

**TRIBUNAIS PENAS  
INTERNACIONAIS E HÍBRIDOS**



AZIZ TUFFI SALIBA  
CARLOS AUGUSTO CANÊDO GONÇALVES DA SILVA  
SALEM HIKMAT NASSER  
(ORGANIZADORES)

BRUNO DE OLIVEIRA BIAZATTI  
(ASSISTENTE EDITORIAL)

# TRIBUNAIS PENAIIS INTERNACIONAIS E HÍBRIDOS



Belo Horizonte  
2020

## CONSELHO EDITORIAL

|                                     |                                       |
|-------------------------------------|---------------------------------------|
| Álvaro Ricardo de Souza Cruz        | Jorge Bacelar Gouveia - Portugal      |
| André Cordeiro Leal                 | Jorge M. Lasmar                       |
| André Lipp Pinto Basto Lupi         | Jose Antonio Moreno Molina - Espanha  |
| Antônio Márcio da Cunha Guimarães   | José Luiz Quadros de Magalhães        |
| Antônio Rodrigues de Freitas Junior | Kiwonghi Bizawu                       |
| Bernardo G. B. Nogueira             | Leandro Eustáquio de Matos Monteiro   |
| Carlos Augusto Canedo G. da Silva   | Luciano Stoller de Faria              |
| Carlos Bruno Ferreira da Silva      | Luiz Henrique Sormani Barbugiani      |
| Carlos Henrique Soares              | Luiz Manoel Gomes Júnior              |
| Claudia Rosane Roesler              | Luiz Moreira                          |
| Clèmerson Merlin Clève              | Márcio Luís de Oliveira               |
| David França Ribeiro de Carvalho    | Maria de Fátima Freire Sá             |
| Dhenis Cruz Madeira                 | Mário Lúcio Quintão Soares            |
| Dirceô Torrecillas Ramos            | Martonio Mont'Alverne Barreto Lima    |
| Edson Ricardo Saleme                | Nelson Rosenvald                      |
| Eliane M. Octaviano Martins         | Renato Caram                          |
| Emerson Garcia                      | Roberto Correia da Silva Gomes Caldas |
| Felipe Chiarello de Souza Pinto     | Rodolfo Viana Pereira                 |
| Florisbal de Souza Del'Olmo         | Rodrigo Almeida Magalhães             |
| Frederico Barbosa Gomes             | Rogério Filippetto de Oliveira        |
| Gilberto Bercovici                  | Rubens Beçak                          |
| Gregório Assagra de Almeida         | Sergio André Rocha                    |
| Gustavo Corgosinho                  | Sidney Guerra                         |
| Gustavo Silveira Siqueira           | Vladmir Oliveira da Silveira          |
| Jamile Bergamaschine Mata Diz       | Wagner Menezes                        |
| Janaína Rigo Santin                 | William Eduardo Freire                |
| Jean Carlos Fernandes               |                                       |

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2020.

**Coordenação Editorial:** Fabiana Carvalho

**Produção Editorial e Capa:** Danilo Jorge da Silva

**Imagem de Capa:** Going to Work (Laurence Stephen Lowry)

**Revisão:** Responsabilidade do Autor

341.1649 Tribunais penais internacionais e híbridos / [Organizado por]  
T822 Aziz Tuffi Saliba, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves Silva [e]  
2020 Salem Hikmat Nasser. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.  
459 p.

ISBN: 978-65-5929-022-2  
ISBN: 978-65-5929-025-3 (E-book)

1. Direito penal. 2. Direito penal internacional. 3. Tribunais penais Internacionais e híbridos.  
4. Justiça penal internacional. 5. Tribunal militar internacional. I. Saliba, Aziz Tuffi (Org.). II. Silva, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da (Org.). III. Nasser, Salem Hikmat (Org.). III. Título.

CDDir – 341.1649  
CDU – 341.645

Elaborada por: Fátima Falci  
CRB/6-700

### MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion  
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000  
Tel: (31) 3031-2330

### FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sé  
São Paulo/SP - CEP 01006-000  
Tel: (11) 3105-6370

[www.arraeseditores.com.br](http://www.arraeseditores.com.br)  
[arraes@arraeseditores.com.br](mailto:arraes@arraeseditores.com.br)

Belo Horizonte  
2020

“Os crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e é somente por meio da punição dos indivíduos que cometem tais crimes que as disposições do direito internacional poderão ser respeitadas”.

*Excerto do Julgamento do Tribunal de Nuremberg  
1º de outubro de 1946*

“A jurisdição criminal internacional é imperfeita em muitos aspectos, assim como o voo de Dédalo e Ícaro. É um instrumento para aumentar o bem-estar da humanidade para alguns e uma causa potencial de medo para outros. A atratividade da justiça criminal internacional é baseada na interação entre a salvação e a apologia. É movida por promessa, ambição moral e fé. [...] Mas a justiça criminal internacional é muitas vezes uma tentativa de seus criadores de lidar com suas próprias falhas e a sua incapacidade de prevenir ou mitigar a catástrofe humana. Muitas vezes é uma maneira conveniente, talvez excessivamente conveniente, de lidar com as complexidades da violência estrutural”.

*Carsten Stahn, 2017*



## AUTORES

### **ADRIANE SANCTIS DE BRITO**

Doutora e mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de pesquisa na Universidade de Helsinki, na Finlândia. Coordenadora geral e pesquisadora do Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT).

### **ANDRE DE CARVALHO RAMOS**

Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito na USP e na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Procurador Regional da República (Ministério Público Federal).

### **AZIZ TUFFI SALIBA**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e mestre em Direito pela Universidade do Arizona, nos Estados Unidos, com bolsa da Comissão FULBRIGHT. Professor de Direito Internacional na UFMG. Diretor de Relações Internacionais da UFMG e Presidente do Ramo Brasileiro da *International Law Association*.

### **BRUNO DE OLIVEIRA BIAZATTI**

Doutorando e mestre em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador no *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*.

### **CARLOS AUGUSTO CANÊDO GONÇALVES DA SILVA**

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com período de pesquisa na Universidade de Sevilla, na Espanha. Professor de Direito na UFMG e Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

### **HELISANE MAHLKE**

Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora de Direito Internacional na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

### **HENRIQUE CHOER MORAES**

Doutorando na Universidade Católica de Louvain, na Bélgica, e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Diplomata do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Professor do Instituto Rio Branco.

### **HUMBERTO ALVES DE VASCONCELOS LIMA**

Doutor em Direito e mestre em Inovação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Internacional no Centro Universitário UNA em Divinópolis, Minas Gerais.

### **MAITÊ DE SOUZA SCHMITZ**

Doutora e mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Diplomata do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Professora do Instituto Rio Branco.

### **MARCILIO TOSCANO FRANCA FILHO**

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, em Portugal, e mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor de Direito na UFPB e líder do LABIRINT (Laboratório Internacional de Investigações em Transjuridicidade). Membro do Conselho Executivo da *International Law Association* (Londres).

### **MARIANA FEROLLA VALLANDRO DO VALLE**

Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

### **MARTTI ANTERO KOSKENNIEMI**

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Turku, na Finlândia. Professor de Direito Internacional na Universidade de Helsinque, na Finlândia, e Diretor do Instituto Erik Castrén de Direito Internacional e Direitos Humanos. Membro do Instituto de Direito Internacional (desde 2003) e da Comissão de Direito Internacional da ONU (2002-2006).

### **SALEM HIKMAT NASSER**

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e mestre em Direito Internacional Público pela Universidade Panthéon-Assas, na França. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

### **SVEN PETERKE**

Doutor em Direito (*summa cum laude*) e mestre em Assistência Humanitária Internacional pela *Ruhr-Universität Bochum*, na Alemanha. Professor de Direito na Universidade Federal da Paraíba.



### **TAINÁ GARCIA MAIA**

Doutoranda em Direito Internacional na Universidade de Münster, na Alemanha, em cotutela com a Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Teoria e Prática de Direitos Humanos pela Universidade de Oslo, na Noruega.

### **TARCISO DAL MASO JARDIM**

Doutorando em Direito Internacional na Universidade de Paris X - Nanterre, na França, e mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Consultor Legislativo do Senado Federal na área de relações exteriores e defesa nacional. Professor no Curso de Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).



## NOTA DOS ORGANIZADORES

A percepção de que o direito não regula e nem poderia regular a totalidade da vida pode nunca ocorrer ao estudante do Direito ou ao jurista. Alguns só descobrem o fato tardiamente, muitos o fazem com surpresa e perplexidade. Uma vez incorporada a nova verdade, alguns a vivem com certo alívio e para outros ela é causa para grande frustração.

Já quem se dedica ao Direito Internacional não pode escapar, desde seus primeiros passos nessa disciplina, do enfrentamento dessa realidade, a de que o Direito é sempre faltante em alguma medida. Esse internacionalista talvez tenha que fazer face às dúvidas sobre ser o seu objeto de estudo de fato Direito: não serão as faltas tantas que mesmo o caráter jurídico esteja ausente?

Resolvida a crise, quer a resposta tenha vindo de um novo modo de conceituar o Direito ou da adequação das definições tradicionais às especificidades do Internacional, está-se diante de normas e instituições jurídicas aptas a cobrirem apenas uma proporção limitada das relações entre os Estados e dos temas que constituem objeto de preocupação para os mesmos Estados ou, se quisermos, da sociedade internacional.

Alguém poderá encontrar nesse estado de coisas razão para um relativo conforto, ou porque não precisará sentir que a “sua” disciplina é responsável, por omissão, pelas injustiças do mundo, ou porque verá nisso um convite para olhar mais além das fronteiras do Direito e do Internacional especificamente.

Já outro viverá essa realidade como frustração, ou porque, justamente, verá essa “sua” disciplina como incapaz de mudar e corrigir a sociedade, ou porque perceberá que seu objeto é por demais limitado e que ele mesmo não domina o instrumental para olhar além dele.

Como quer que seja, há que se lembrar que existe uma razão específica para que o Direito Internacional cubra tão pouco do que seria o seu campo social de aplicação e que, em comparação com o Direito Nacional, seja percebido como especialmente faltante. Essa razão está no fato de que as normas e instituições do Direito Internacional dependem, para virem a existir, da vontade criadora dos Estados ou de uma combinação da prática e da convicção dos Estados. Por isso, dificilmente se encontrará normas que contem com a concordância ou participação de todos os Estados e, também por isso, muitas normas cobrirão apenas partes específicas do comportamento de alguns poucos Estados.

Essa particularidade do Direito Internacional o faz altamente sujeito às dinâmicas da política e dos jogos de poder. Até mesmo as instituições e organizações criadas pelos Estados são levadas a traduzir, na sua constituição e no seu funcionamento, as relações de poder em que se inserem.

E eis que, gradualmente, num direito assim limitado, vai se impondo como novo tema de preocupação, como tema a demandar resposta e regulação, a ideia de que haveria um certo número de crimes de que o Direito Internacional deveria se ocupar e, ainda mais importante, cujos autores o Direito Internacional deveria poder julgar. Perceba-se que, normalmente, um anúncio dessa entrada em cena dos “crimes internacionais” ou relevantes internacionalmente seria mais recheado de adjetivos ou predicativos: os crimes seriam “de tal gravidade”, “tão chocantes para a sensibilidade humana”, que “não deveriam nem poderiam passar impunes” e que, portanto, o tema teria se imposto ao Direito Internacional, “como um sinal claro de sua evolução e seu progresso e seu avanço em direção a um mundo mais justo” e assim por diante.

A razão de nossa economia nos adjetivos está no fato de sabermos que as motivações para a chegada do Direito Penal Internacional, e de seus tribunais, ao Direito Internacional são variadas e de que, junto à real existência de uma consciência humana que denuncia determinadas práticas e se expressa por uma opinião pública crescentemente ativa, vem também a percepção do potencial político que o uso desse direito e de suas instituições representa para atores bem posicionados no cenário mundial. Não se deve esquecer, afinal, que alguns dos tribunais penais que constituem a história desse ramo do Direito Internacional podem, a justo título, serem vistos como “tribunais instituídos pelos vencedores para julgar os perdedores”.

A concomitante verdade das duas proposições, a de uma justiça que pede resposta a crimes especialmente graves e a de uma instrumentalização possível das normas e instituições criadas para, em princípio, responder à

necessidade de justiça, fazem com que o Direito Internacional Penal e seus tribunais sejam um espaço de tensões e de contradições possíveis.

Talvez a noção que melhor pode traduzir essas tensões e essas contradições, assim como pode traduzir os obstáculos à realização da justiça, seja aquela de “seletividade”. Afinal, como pode ser que a ideia forte de que existem crimes que não devem nem podem escapar ao julgamento e à punição, esteja sujeita a uma ordem jurídica em que as normas dependem da vontade dos Estados, ou seja, em que a própria ideia e os tribunais responsáveis por implementá-la, poderá ser recusada pelos Estados, e também sujeita aos jogos de poder que podem torcer e dobrar essa ordem jurídica?

E o quadro que o Direito Internacional soube ou foi capaz de criar para essa ideia é, de fato, um quadro em que a seletividade é uma marca notável: há seletividade na criação, ou não, de tribunais ad hoc; na aceitação, ou não, da jurisdição de um tribunal que se quer universal; no julgamento de alguns e não de outros suspeitos; na investigação de algumas situações e não de outras...

O volume que se tem em mãos, é uma fotografia que, como todas as fotografias, congela o tempo e o espaço e nos mostra uma parte da história recente de alguns dos tribunais e instâncias criados no espaço internacional e que respondem como podem à tensão fundamental que comanda esse ramo do Direito Internacional.

*Aziz Tuffi Saliba*  
*Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva*  
*Salem Hikmat Nasser*



## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| ENTRE IMPUNIDADE E JULGAMENTOS-ESPETÁCULO<br><i>Martti Koskenniemi</i> .....  | 1   |
| EXPERIÊNCIAS ANTERIORES À SEGUNDA GUERRA<br>MUNDIAL: FORMAÇÃO DE PARADIGMAS DE JUSTIÇA<br>INTERNACIONAL PENAL<br><i>Tarciso Dal Maso Jardim</i> ..... | 37  |
| ANEXO I: Linha do Tempo das Experiências Anteriores à<br>Segunda Guerra Mundial.....  | 71  |
| TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL (TRIBUNAL DE<br>NUREMBERG)<br><i>Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva</i> .....                                    | 75  |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 109 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 110 |
| TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO<br>ORIENTE (TRIBUNAL DE TÓQUIO)<br><i>Bruno de Oliveira Biazatti</i> .....                              | 113 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 162 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 163 |
| TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA<br><i>Aziz Tuffi Saliba; Tainá Garcia Maia</i> .....  | 167 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 211 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 212 |

|   |     |
|---|-----|
| ASPECTOS POLÍTICOS DA CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA   |     |
| <i>Aziz Tuffi Saliba; Humberto Alves de Vasconcelos Lima</i> .....  | 221 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 252 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 253 |
| OS PAINÉIS ESPECIAIS PARA CRIMES GRAVES NO TIMOR-LESTE: UM BREVE BALANÇO CRÍTICO  |     |
| <i>Sven Peterke; Marcilio Franca</i> .....  | 261 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 289 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 290 |
| OS TRIBUNAIS HÍBRIDOS E A JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: O CASO DO TRIBUNAL ESPECIAL DE SERRA LEOA                            |     |
| <i>André de Carvalho Ramos; Helisane Mablke</i> .....   | 295 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 329 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 330 |
| TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL  |     |
| <i>Maitê de Souza Schmitz</i> .....   | 337 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 367 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 368 |
| AS CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS NAS CORTES DO CAMBOJA  |     |
| <i>Henrique Choer Moraes; Mariana Ferolla Vallandro do Valle</i> .....  | 375 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 402 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 403 |
| DIREITO INTERNACIONAL E POLÍTICA: TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS E JULGAMENTOS - O CASO DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO |     |
| <i>Salem H. Nasser</i> .....  | 409 |
| ANEXO I: Fluxograma do Procedimento .....   | 439 |
| ANEXO II: Linha do Tempo da Criação e Funcionamento .....   | 440 |



# ENTRE IMPUNIDADE E JULGAMENTOS-ESPETÁCULO<sup>1</sup>

*Martti Koskenniemi*

- I. Por que punir?
- II. Sobre verdade e contexto
- III. Uma breve história sobre as lições da História
- IV. A política da verdade
- V. “Julgamento-espetáculo”?

Quando o ex-presidente Milosevic começou a sua defesa em Haia na terça-feira, dia 12 fevereiro de 2002, não havia nenhuma razão para alguém ser surpreendido pelas táticas escolhidas por ele. Ao apontar o dedo acusador para o Ocidente, em particular para os membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), por sua suposta cumplicidade primeiro na destruição do que Milosevic chamou “mini-Iugoslávia” (Bósnia-Herzegovina) e, em 1999, na condução de uma agressão contra o seu próprio país, ele procurava evitar conduzir sua defesa sob as condições estabelecidas por seus adversários. Ao mesmo tempo, sua manobra destaca, mais uma vez, a dificuldade de se lidar com grandes crises políticas por meio de responsabilização criminal individual e dá razão para se questionar a habilidade de um julgamento criminal para expressar ou manter a “verdade” de uma série complexa de eventos envolvendo frequentemente a ação errática de grandes

---

<sup>1</sup> Tradução por Adriane Sanctis de Brito. Nota do tradutor: procurou-se fidelidade de tradução literal na medida em que o significado geral pudesse ser apreendido. Especificamente sobre a expressão “show-trial”, este artigo traz a escolha de tradução por “julgamento-espetáculo”. Do latim *espetaculum*, a palavra significa “tudo o que chama a atenção, atrai e pende o olhar”, em CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010. Por conta das formas de emprego na expressão no texto, parece ser a expressão em português que melhor reflete as ideias do autor.

*players* internacionais, as grandes potências, a União Europeia, as Nações Unidas, e assim por diante. O julgamento de Milosevic – como o direito internacional penal em geral – oscila de forma ambivalente entre o desejo de punir os individualmente responsáveis por grandes desastres humanitários e o perigo de tornar-se um julgamento-espetáculo.

## I. POR QUE PUNIR?

Trazer Milosevic ao tribunal de Haia foi celebrado como o evento mais significativo nos esforços internacionais para acabar com a cultura da impunidade, em curso desde o estabelecimento dos tribunais para crimes de guerra da Iugoslávia e de Ruanda em 1993 e 1994, a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 1998 e o início das perseguições criminais em vários países contra ex-líderes políticos nacionais ou estrangeiros. O registro desses eventos é confuso. Mas não há dúvida alguma de que eles manifestam hoje um encorajamento renovado a se pensar sobre a política internacional em termos de categorias nacionais. A universalização do *rule of law* requer a realização da responsabilidade criminal no direito internacional tanto quanto no âmbito doméstico. Na visão liberal, não deveria haver nenhum fora-da-lei: todos, independentemente do local de atividade ou da posição formal, deveriam ser responsáveis por seus atos.<sup>2</sup>

No entanto, como Hannah Arendt apontou durante os julgamentos de Nuremberg, “enforçar Göring é certamente necessário, mas totalmente inadequado. Já que essa responsabilidade ... transcende e destrói toda a ordem jurídica”.<sup>3</sup> O que ela quis dizer, é claro, foi que, por vezes, uma tragédia pode ser tão grande, uma série de eventos de tal significância política ou até mesmo metafísica, que punir um indivíduo não chega nem perto de estar à altura disso. Em quase todos os processos criminais relacionados a crimes contra a humanidade cometidos durante ou após a II Guerra Mundial, alguns observadores duvidaram da capacidade do direito penal para lidar com os eventos, precisamente em vista de sua enorme significância moral, histórica ou política.

O filósofo Karl Jaspers, por exemplo, escreveu a Arendt em 1960, poucos meses antes da abertura do julgamento de Eichmann, apontando para a medida em que os eventos pelos quais ele fora acusado “estavam além do âmbito do que é compreensível em termos humanos e morais” e que “algo

<sup>2</sup> A descrição da campanha para o fim da cultura de impunidade como um aspecto da analogia jurídico-doméstica é discutida proveitosamente em BASS, G., 2000, p. 8-36.

<sup>3</sup> Citado em FREI, N., 2000, p.57.

além do direito estava em jogo ali – e tratar isso em termos jurídicos era um erro.”<sup>4</sup> O mesmo argumento foi ouvido ocasionalmente em conexão com os julgamentos mais recentes na França de Klaus Barbie, o “carniceiro de Lyon”, em 1987, e dos dois franceses Paul Touvier e Maurice Papon, em 1994 e 1998 respectivamente. E hoje parece claro que se Milosevic deve ou não ir para a prisão não é de maneira alguma uma resposta “adequada” para o fato de mais de 200.000 pessoas terem perdido suas vidas – enquanto mais outros milhões foram afetados – pela sucessão de guerras na ex-Iugoslávia. Se o julgamento tem um significado, então esse significado tem de estar em outro lugar que não na punição estabelecida a ele.

Por isso ser tão claramente evidente, muitas vezes é argumentado que julgamentos envolvendo genocídio ou crimes contra a humanidade são menos sobre julgar uma pessoa do que sobre estabelecer a verdade dos acontecimentos. Enquanto o julgamento de Eichmann em Jerusalém em 1961, por exemplo, foi quase universalmente considerado como necessário, poucos pensaram que a necessidade residia na necessidade de punir Eichmann, o indivíduo. Ele era, afinal, apenas uma engrenagem na máquina nazista de matar. Em vez disso, o julgamento foi tomado como necessário para trazer a público toda a extensão dos horrores da “guerra nazista contra os judeus”<sup>5</sup>, especialmente porque esse aspecto da criminalidade alemã, na visão de muitos, havia recebido atenção insuficiente no processo de Nuremberg. Para o Estado de Israel, o julgamento traria à tona um aspecto central da história do país e daria um passo no sentido de explicar como tudo pôde ter acontecido.<sup>6</sup> O destino de Eichmann após o julgamento seria consequência secundária. Na verdade, Elie Wiesel sugeriu que Eichmann deveria ser simplesmente posto em liberdade, enquanto Arendt defendeu entregá-lo para as Nações Unidas.<sup>7</sup> Sua morte não repararia de nenhuma forma a enormidade do crime em que ele tinha sido envolvido. Poderia até mesmo diminuir a extensão em que a natureza especial do crime se assentava, em sua natureza coletiva como parte da política oficial da nação alemã.

<sup>4</sup> KHOLER, L; KOHLER, H, 1996, p.410. Também citado em DOUGLAS, L, 2001, p. 174-175. Aqui Jasper estava indubitavelmente se baseando em sua *Die Schuldfrage*, 1946.

<sup>5</sup> Em sua *The Nazi War Against the Jews: 1933-1945*, 1975, Lucy Davidowicz salienta a extensão em que o Holocausto não foi apenas uma derivação acidental, mas uma escolha deliberada do regime de Hitler. (DAVIDOWICZ, L., 1975)

<sup>6</sup> Essa foi certamente a perspectiva tomada pelo promotor, Gideon Hausner, a quem Arendt viu como simplesmente “obedecendo seu metre”, David Bem-Gurion, o Primeiro Ministro; ARENDT, H., 1963, p.5. Para uma discussão recente excelente sobre este aspecto do julgamento, ver DOUGLAS, L, 2001, p. 97 e ss, 150-182.

<sup>7</sup> ARENDT, H., 1963, p. 270-271.

A visão da justiça penal – também do julgamento de Milosevic – como um instrumento da verdade e da memória se iniciou precisamente em resposta às críticas sobre a concentração aparentemente obsessiva do direito penal no acusado. Esse aspecto se destacou durante os primeiros anos do Tribunal da Iugoslávia, enquanto se revelou impossível trazer os acusados de crimes de guerra a julgamento em Haia. O Tribunal recorreu ao procedimento que permite a leitura da acusação em audiência aberta e à emissão de um mandado de prisão internacional na ausência do acusado.<sup>8</sup> O raciocínio por trás de um “tribunal de verbe”, quando a ação foi instaurada em 27 de junho de 1996 contra Karadzic e Mladic, foi resumido como segue:

Incapable jusqu'ici de rendre la justice, contraint de laisser sans châtiement des crimes contre l'humanité et un génocide, le travail du TPI prenait subitement une réelle consistance: la vérité pouvait au moins être dite devant les juges et les victimes reconnues comme telles, face au monde.<sup>9</sup>

Registrar “a verdade” e declará-la para o mundo através do processo criminal foi considerado importante por razões que pouco têm a ver com a punição do indivíduo. Em vez disso, tem-se pensado como necessário para permitir o início do processo de cura na vítima: apenas quando a injustiça a que uma pessoa tenha sido submetida for publicamente reconhecida, as condições para a recuperação do trauma estarão presentes e a dignidade da vítima poderá ser restaurada. Encarar a verdade sobre seu passado é uma condição necessária para permitir que uma comunidade ferida – uma comunidade de perpetradores e vítimas – recrie as condições de vida social viável.<sup>10</sup> Nuremberg, Eichmann e os três julgamentos franceses (assim como os processos mais recentes enfocando a tortura na Argélia) foram defendidos como necessários para fins didáticos, para o estabelecimento de um relato imparcial do passado e para ensinar as gerações mais jovens sobre os perigos envolvidos em certas políticas.<sup>11</sup>

É difícil avaliar a credibilidade psicológica de tais justificações. Na Alemanha, os efeitos didáticos de Nuremberg têm sido obscuros. Na época do próprio processo, setenta e oito por cento da população alemã considerava o

<sup>8</sup> Regra 61 das regras do Tribunal: “Procedure in case of failure to execute a warrant.”

<sup>9</sup> HAZAN, P., 2000, p. 134.

<sup>10</sup> Cf. por exemplo, VERHOEVEN, J., 1999, escrevendo sobre a justiça criminal nos termos de “une fonction qui l'on dirait ‘cosolatrice’, d'ordre thérapeutique et pédagogique... la quietude et la sérénité, p. 55 e ss.(60). E em relação ao genocídio de Ruanda de 1994, NTANDA NSERKO, D.D., 2001, p. 62 e ss..

<sup>11</sup> Para um resumo das justificações, cf. CASSESE, A., 1998, p. 2 e ss, (9-10).

juízo como “justo”, enquanto uma pesquisa semelhante, quatro anos mais tarde, mostrou que apenas trinta e oito por cento tinham essa opinião. Muitas razões devem ter contribuído para uma mudança de percepção como essa: a política aliada na Alemanha ocupada, atitudes em relação à desnazificação e o senso de Nuremberg como justiça do vencedor.<sup>12</sup> A literatura jurídica alemã do período do imediato pós-guerra geralmente tratava o Tribunal Militar Internacional como um tribunal de ocupação (*Besatzungsgericht*) em vez de um tribunal internacional.<sup>13</sup> Os julgamentos realizados na zona de ocupação americana entre 1946-1949 também eram destinados “a reformar e reeducar o povo alemão.”<sup>14</sup> No entanto, eles estavam comprometidos desde o início. Membros influentes do judiciário norte-americano – incluindo juízes dos próprios tribunais – tinham sérias dúvidas sobre a constitucionalidade e sobre a equidade processual dos julgamentos, e o apoio do Congresso para eles era fraco. Sob tais condições, pouca simpatia com os julgamentos poderia ser esperada por parte da população alemã.<sup>15</sup> Em 1952, apenas 10% dos alemães os aprovavam.<sup>16</sup> “Ser julgado por um Tribunal Militar de Nuremberg não significava, pelo menos na República Federal da Alemanha, desonestidade alguma.”<sup>17</sup>

Ao longo dos anos, o governo alemão, as comunidades e os indivíduos tomaram medidas profundas para manter viva a memória dos crimes do regime de Hitler e se confrontarem com ela.<sup>18</sup> Mas a justiça criminal não tem estado na vanguarda da *Vergangenheitsbewältigung*. O processo de

<sup>12</sup> FREI, N., 2000, p. 62-67.

<sup>13</sup> JUNG, S., 1992, p. 89-82, 109-111.

<sup>14</sup> BUSCHER, F. M., 1989, p. 69.

<sup>15</sup> Durante 1946-1949, doze tribunais militares norte-americanos situados em Nuremberg ouviram casos de 185 a 199 réus (os números variam de acordo com a fonte), enquanto a um Comando Europeu do Exército dos EUA estabeleceu seu próprio processo, realizado em Dachau, que julgou 1672 indivíduos. Os julgamentos foram veementemente criticado por várias organizações dos Estados Unidos e da Alemanha. Embora os processos tenham levado a um grande número de condenações, a maioria das sentenças foram posteriormente reduzidas e um grande número de condenados foram anistiados em 1951. A síntese da história daqueles julgamentos é negativa: “... the war crimes programme did little to change German attitudes. Cries of foul play and ‘victor’s justice’ accompanied the proceedings ... The constant attacks against the Allies, especially the United States as the main instigator of those proceedings in the late 1940’s by Germany’s church leaders, politicians, veterans’ and refugee organizations demonstrated that the war crimes programme had not reeducated and democratized the Germans,” BUSCHER, F. M., 1989, p. 22. Para as críticas domésticas norte-americanas, cf. *ibid.*, p. 29-47. Para os usos de revisões administrativas e anistias, cf. *ibid.*, p. 49-89.

<sup>16</sup> BUSCHER, F. M., 1989, p. 91.

<sup>17</sup> JUNG, S., 1992, p. 5.

<sup>18</sup> Para uma revisão detalhada, cf. e.g., GROSSER, A., 1989, p. 87-132.

Auschwitz que terminou em Frankfurt em 1965 teve apenas uma discreta resposta popular, apesar da publicação e cobertura de TV difundidas. Naquele mesmo ano, os Ministérios da Justiça dos *Länder* começaram um esforço sistemático para processar criminosos nazistas: embora o número anual de novos dossiês tenha subido, em anos de pico, até mais de 2000, o maior número de condenações anuais foi de 39, e diminuiu em 1976 a menos de dez por ano.<sup>19</sup> Confirmações empíricas sobre os efeitos positivos de “dizer a verdade” também não estão muito mais acessíveis a partir de outras fontes. O esforço mais significativo a esse respeito, a Comissão da Verdade e Reconciliação Sul-Africana (CVR), foi bastante controversa quando criada, e grande parte dessa controvérsia persiste. Em uma pesquisa recente na África do Sul, apenas 17 por cento dos entrevistados sentiu que esse processo havia tido um efeito positivo, enquanto um total de dois terços expressou a opinião de que as relações raciais após a CVR haviam se deteriorado.<sup>20</sup>

Sem dúvida, muitos tipos de verdade podem ser procurados através de julgamentos criminais. A “negação do Holocausto”, por exemplo, foi criminalizada em um número de países, em parte para honrar a memória das vítimas, em parte para manter as convenções de verdade e de boa fé que fundamentam a base discursiva do Estado. A lei de 1985 na República Federal da Alemanha que proíbe “mentir sobre Auschwitz” não só visa preservar a memória do Holocausto, mas também, e talvez sobretudo, a legitimidade da nova Alemanha, mantendo a distância entre ela e sua antecessora nazista.<sup>21</sup> Quanto mais distantes os acontecimentos, mais frágil se torna sua verdade e, assim, pode parecer, mais necessário é protegê-la pela lei. E ainda, como Lawrence Douglas assinala, o formalismo agnóstico da lei que aceita todos os relatos históricos como de igual valor *prima facie* pode, em um processo adversarial, acabar inadvertidamente legitimando o “negacionismo” como uma posição sobre a qual homens razoáveis podem discordar.<sup>22</sup>

De forma similar, a estratégia escolhida por Milosevic em Haia revela o perigo de se pensar sobre julgamentos penais internacionais em termos históricos ou didáticos. Essa foi a essência da crítica controversa de Arendt sobre o julgamento de Eichmann. Para ela, os problemas do julgamento surgiram a partir da introdução de objetivos históricos, políticos e educacionais.

<sup>19</sup> Cf. RÜCKEL, A., 1984, p. 330. GROSSER, A., 1989, p. 112-113, 121.

<sup>20</sup> KISS, E., 2000, p. 88. E ROTBERG, R.J., 2000, p. 19.

<sup>21</sup> DOUGLAS, L., 2000, p. 218-223.

<sup>22</sup> DOUGLAS, L., 2000, p. 227-238.

O propósito do julgamento é o de realizar a justiça, e nada mais; mesmo os propósitos ocultos mais nobres – ‘a realização de um registo do regime Hitler...’ só podem desvirtuar o objetivo principal do direito: ponderar as acusações interpostas contra o acusado, para apresentar o julgamento e distribuir a devida punição.<sup>23</sup>

Por outro lado, Arendt escreveu, o julgamento de Eichmann se tornou um “julgamento-espetáculo”,<sup>24</sup> encenado pelo primeiro-ministro, David Ben-Gurion, para apoiar motivos políticos que não tinham nada a ver com julgamentos criminais da forma como Arendt os entendia, como sendo sobre a culpa ou a inocência de indivíduos.

Mas Arendt deveria ter a palavra final? Muitos dos problemas da aplicação do direito penal em resposta a enormes injustiças tornaram-se evidentes nas reações às suas críticas. Certamente, como muitos dos envolvidos no processo que levou à assinatura do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em 1998 parecem ter assumido, o valor do novo tribunal reside na sua mensagem de dissuasão, na maneira em que ele serve à prevenção de futuras atrocidades.<sup>25</sup> A força do argumento é, contudo, discutível. Em primeiro lugar, se os crimes contra a humanidade realmente emergem do que Kant rotulou como “mal radical”, um mal que ultrapassa os limites da racionalidade instrumental, que não procura um objetivo além de si mesmo, então, por definição, cálculos sobre a probabilidade de punição futura não entram em cena. De fato, não há cálculo já de início. Mas mesmo se alguém ficasse desconfiado sobre a metafísica do “mal radical” (como a própria Arendt ficou mais tarde) o argumento de dissuasão ainda não seria suficiente para convencer na medida em que as atrocidades do século XX não surgiram a partir de intenção criminosa, mas como derivações de um desejo de fazer o bem.<sup>26</sup> Isso é mais evidente no que se refere aos crimes do comunismo, o Gulag, da fome na Ucrânia, liquidação dos “Kulaks”. Mas até mesmo os piores pesadelos nazistas estavam ligados a um projeto para criar um mundo melhor. Comentando sobre os discursos de Heinrich Himmler para o SS em 1942, Alain Besançon concluiu que até mesmo os campos de extermínio foram operados “au nom d’un bien, sous le couvert d’une a moral.”<sup>27</sup> Mas se os atos não evidenciam intenção criminosa, e em

<sup>23</sup> ARENDT, H., 1963, p. 251.

<sup>24</sup> ARENDT, H., 1963, p. 4-5.

<sup>25</sup> Assim, advoga-se “... punishment of war criminals should be motivated primarily by its deterrent effect, by the impetus it gives to improved standards of international conduct,” BASSIOUNI, C.M., 1992, p. 14. Uma discussão particularmente previdente está em AKHAVAN, P., 2001, p. 7 e ss..

<sup>26</sup> Cf. especialmente TODOROV, T., 2000.

<sup>27</sup> BESANÇON, A., 1998, p. 45.

vez disso surgem como aspectos dos programas ideológicos que se esforçam para a boa vida, por mais longe que esteja no futuro, ou para salvar o mundo de um perigo atual, então o argumento de dissuasão parece fora de questão.<sup>28</sup> Nesse caso, o direito penal em si virá a parecer uma parte do mundo que deve ser posta de lado, um aspecto do “mal” que a ideologia procura erradicar.

Como advogados criminais conhecem bem, encaixar crimes contra a humanidade ou outras grandes violações dos direitos humanos no quadro de dissuasão requer algumas generalizações psicológicas bastante implausíveis. Ou os crimes são aspectos de normalidade política – “banalidade do mal” de Arendt – caso em que não há *mens rea*, ou eles ocorrem em situações excepcionais de destruição maciça e perigo pessoal quando há pouca liberdade de ação.<sup>29</sup> Isso não quer dizer que, em tais casos, as pessoas agem como autômatos, perdendo a capacidade de julgamento independente. Muitos estudos elucidaram a forma como os indivíduos reagem à pressão criada seja por qualquer normalidade, seja por excepcionalidade, e às vezes são capazes de resistir. Mas é implausível acreditar que o direito penal é capaz de ensinar as pessoas a se tornarem heróis, inclusive porque o que o “heroísmo” pode significar em situações determinadas muitas vezes é o cerne do confronto entre os valores políticos subjacentes ao sistema de justiça criminal (talvez visto como justiça do vencedor) e o sistema que está em julgamento.

E ainda há, naturalmente, a própria política por trás do estabelecimento e funcionamento de um tribunal na sequência de uma grande crise que nem sempre pode apoiar a retórica grandiloquente que acompanha, no lado dos vitoriosos, o trabalho da justiça, tão convenientemente subscrevendo as suas visões e preferências de pós-conflito. Até o final da década de 1940, as preferências dos Aliados haviam mudado drasticamente. Não houve apoio político para os julgamentos de industriais alemães e processos contra soldados profissionais de alto escalão foram seguidos com algum embaraço. O medo do comunismo, germanofilia, por vezes antissemitismo, bem como problemas administrativos relacionados com outras punições, tornou as principais potências aliadas cautelosas com novos expurgos na Alemanha e interessados em estabelecer relações normais com ela.<sup>30</sup> Pelo menos alguns deles apoiaram a oposição alemã generalizada ao programa de julgamento de crimes de guerra dos Aliados de 1946-1949: “Os alemães viam-se como vítimas e não como perpetradores.”<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Cf. KLABBERS, J., 2000.

<sup>29</sup> Para uma análise recente, cf. TALLGREN, I., 2002.

<sup>30</sup> Cf. BLOXHAM, D., 2001, p. 38-56.

<sup>31</sup> BUSCHER, F. M., 1989, p. 110.



Na situação iugoslava, também, não pode ser exclusivamente o resultado de manipulação pelos líderes locais o fato de que as populações muitas vezes parecem ter pouca fé na verdade proposta pelo Tribunal. A flutuação do apoio ocidental, a impunidade visível apreciada por um grande número de criminosos importantes da guerra dos Balcãs e o fracasso em processar os bombardeamentos da OTAN à Sérvia em 1999 forneceram espaço para cinismo e negação. Quatro anos após os horrores de Srebrenica, sérvios residentes na área persistem em afirmar que “[n]ada aconteceu aqui ... É tudo propaganda.”<sup>32</sup>

Por tais razões, os estudos sobre as transformações de regimes autoritários em democracias mais ou menos liberais na Europa Central e Oriental, América do Sul e África do Sul têm sugerido uma compreensão muito mais complexa do papel dos julgamentos criminais como não apenas sobre a punição ou retaliação nem, na verdade, sobre dissuasão, mas como um aspecto de uma “justiça de transição” maior que, nas palavras de um comentarista, “performa [...] um ‘julgamento final’ de sucesso no sentido religioso, uma performance que afinal permite ao próprio Estado agir como um agente moral.”<sup>33</sup> Sob esse ponto de vista, é o simbolismo do julgamento criminal – e do julgamento eventual – que permite à comunidade afirmar ritualmente os seus princípios orientadores e, assim, tornar praticável uma “comunidade moral”.

Mas nenhuma jurisprudência uniforme surgiu a partir do uso de julgamentos criminais de ex-líderes políticos em situações de transição. Talvez a principal generalização que pode ser feita é que esses julgamentos foram poucos, eles foram alvejados de forma muito seletiva, as condenações têm sido moderadas e anistias têm sido amplamente utilizadas.<sup>34</sup> Os princípios jurídicos têm sido vigorosamente contestados, a principal controvérsia focando na medida em que tais julgamentos seriam apenas instrumentos políticos para atingir antigos adversários com base em leis que não estavam em vigor no momento em que eles estavam agindo.

Mas se os julgamentos usam a lei superpositiva (tal como a “fórmula Radbruch” na Alemanha) ou a interpretação retrospectiva do direito pré-transição,<sup>35</sup> parece claro que, a fim de alcançar o simbólico, o efeito de criação

<sup>32</sup> HAZAN, P., 2000, p. 245-247.

<sup>33</sup> BORNEMAN, J., 1997, p. 23.

<sup>34</sup> Cf. TEITEL, G., 2000, p. 51-59.

<sup>35</sup> Para essa controvérsia sobre a unificação alemã, especialmente em relação aos julgamentos dos guardas da fronteira do DDR e os julgamentos dos membros do Honecker and antigo Politbüro, cf. MCADAMS, J., 2001, p. 23-54.

de comunidade que ele deveria ter, o direito criminal não precisa ser aplicado a todos. É suficiente que alguns poucos julgamentos notórios sejam feitos em que a “verdade” do passado seja demonstrada, as vozes das vítimas sejam ouvidas e os princípios morais da (nova) comunidade sejam afirmados.<sup>36</sup>

Isso às vezes também pode se tornar uma necessidade logística. Em 1946, por exemplo, mais de 100.000 suspeitos de crimes de guerra residiam nas zonas de ocupação britânicas e americanas na Alemanha. E em 2001, as prisões ruandesas alojavam cerca de 120.000 detentos. Um julgamento completo de cada indivíduo era impossível em ambos os casos. Na situação de Ruanda, está sendo feita uma tentativa de usar “tribunais Gacaca”, tribunais populares semelhantes a comissões da verdade, para agilizar o trabalho da justiça e da perspectiva de reconciliação.<sup>37</sup> Claramente, pelo menos algumas vezes as vítimas não esperam tanto a punição (embora, é claro, isso não seja insignificante), mas sim um reconhecimento do fato de que o que as fez sofrer estava “errado”, e que a sua grandiosidade moral está afirmada simbolicamente.<sup>38</sup> Para tais fins, “julgamentos-espetáculo” são bastante suficientes, especialmente se eles são complementados com outras medidas, tais como compensações, desqualificações, medidas administrativas, comissões da verdade, abertura de arquivos etc. No entanto, tais medidas complementares não estão disponíveis a nível internacional. E aqui está o problema com a analogia entre tribunais internacionais e justiça de transição. As razões que fazem “julgamentos-espetáculo” – ou seja, julgamentos de poucos líderes políticos – aceitáveis, até mesmo benéficos, a nível nacional, enquanto outros são anistiados, não estão presentes quando a justiça criminal é conduzida no plano internacional. Quando os julgamentos são realizados por um promotor estrangeiro, e diante de juízes estrangeiros, nenhuma comunidade moral está sendo confirmada para além da ilusória e autocongratatória “comunidade internacional”. Cada fracasso em julgar é um escândalo, cada julgamento muito pequeno para restaurar a dignidade das vítimas, e nenhum simbolismo persuasivo o suficiente para justificar o risco da divisão entre o passado e o futuro.<sup>39</sup>

Em outras palavras, se o argumento de dissuasão não é convincente como justificação para a justiça penal internacional, e se as bases lógicas simbólicas, criadores de comunidades, só podem ser invocadas com a maior dificuldade, a tentação é grande para ver o ponto do julgamento de Milosevic na sua função

<sup>36</sup> TEITEL, G., 2000, p. 46-49, 66.

<sup>37</sup> Cf. MOGHADLI, K.C., 2001.

<sup>38</sup> Cf. e.g. BOURETZ, P., 2000, p. 53.

<sup>39</sup> Sobre esta crítica em relação ao TPII, cf. HAZAN, P., 2000, p. 239-263.

de dizer a verdade, contra as críticas de Arendt e outros. Talvez o argumento possa assim se desenvolver, de que o julgamento não é importante por poder acabar punindo Milosevic, nem por fazer potenciais ditadores ou seus capangas pensarem duas vezes, nem porque permite a recriação de sociedades dos Balcãs como comunidades morais. Talvez, poderíamos pensar, a importância deste “julgamento do século” está na maneira como ele vai trazer a verdade sobre o que realmente aconteceu ao conhecimento geral – como quer que a “verdade” venha a ser então usada e por quem quer que seja no nível nacional ou no internacional.

## II. SOBRE VERDADE E CONTEXTO

Como advogados criminais sempre souberam, a verdade histórica e a jurídica estão longe de serem idênticas. Quanto maior é o contexto em que a culpa individual tem de ser entendida, e quanto mais tal compreensão se submete às contingências de interpretação histórica, mais evidentes são os limites do processo penal para atingir a “verdade”.<sup>40</sup> Um dos poucos méritos incontestáveis de comissões da verdade vis-à-vis a justiça criminal foi identificado na forma como as primeiras são capazes de apurar muito mais ampla e profundamente a criminalidade sob escrutínio e, assim, oferecer mais “oportunidades para a sutura, a cura e a reconciliação.”<sup>41</sup> Isso não quer dizer que não haveria nenhuma relação intrínseca entre os dois tipos de verdade, a histórica e a criminal. Na sociedade nacional, e no contexto de um processo penal interno, essa relação é raramente questionada. Mesmo se um crime é excepcionalmente chocante – “assassinatos em série”, por exemplo – normalmente há pouca dúvida sobre como entender os atos relevantes em seu contexto histórico. O único problema é “o acusado fez isso”? Não existe mais nenhuma pergunta que surja sobre como entender o que ele fez, como colocar o seu comportamento em relação ao comportamento geral dos que o rodeavam. A verdade do contexto mais amplo é, ou ao menos relativamente, incontestada. Em períodos de transição, no entanto, o debate sobre a normalidade passada assume um aspecto de contestação, político. Como lidar com a espionagem de rotina por parte dos cidadãos entre si, disparos contra aqueles que desejam escapar, ou a liquidação sistemática de oponentes políticos? Como julgar as ações dos indivíduos vivendo e trabalhando em uma normalidade “criminoso” (*Unrechtsstaat*): quanto “heroísmo” é necessário? E quanto à (mera)

<sup>40</sup> Cf. WILDT, M., 2000, p. 251-257. Cf. também, LOCHAK, D., 2000, p. 49-54.

<sup>41</sup> KISS, E., 2000, p. 69.

passividade? E por último mas não menos importante – podem aqueles julgar, os que não viveram sob tais condições?<sup>42</sup>

Grande parte disso se aplica também à esfera internacional, onde os problemas de interpretação são ainda mais difíceis. Para qualquer evento importante da política internacional – e as situações em que a responsabilidade criminal dos dirigentes políticos é invocada são inevitavelmente desse tipo – há muitas verdades e muitas partes interessadas nelas. No julgamento de Milosevic, por exemplo, a narrativa da “Grande Sérvia” colide frontalmente com as histórias de autodeterminação das populações secessionárias, enquanto abordagens políticas do “socialismo” e do “nacionalismo” competem com quadros históricos e até religiosos de longo prazo. Grande parte da visão ocidental depende de uma compreensão (liberal) dos efeitos sombrios do alegado irracionalismo atávico subjacente às diferentes identificações dos Balcãs – uma visão que minimiza drasticamente os aspectos políticos do conflito e o papel dos grupos de interesse (incluindo o liberal) no fomento à hostilidade étnica. Como entender as ações dos líderes das comunidades iugoslavas – se eles eram “criminosos” ou não – depende de qual quadro de interpretação se aceita.<sup>43</sup>

Os realistas políticos, como Hans Morgenthau sempre destacaram as fraquezas do processo legal para dar conta de grandes acontecimentos da política internacional. Já em 1929, Morgenthau concluiu que o papel do estabelecimento de uma disputa formal permanecia limitado no contexto internacional, porque, inevitavelmente, focava apenas em alguns dos aspectos menores de uma situação mais abrangente. Uma “disputa” jurídica para ele sempre foi apenas uma parte – e às vezes uma parte muito marginal – do que chamava de uma “tensão” política.<sup>44</sup> Quanto mais estreito o foco, menos o processo iria construir qualquer compreensão aprofundada da situação, e menor era a razão para pensar que ele traria um resultado político confiável. Porque o processo legal inevitavelmente distorcia o contexto político, ele era não só inútil mas também contraproducente para o objetivo de proporcionar uma base para a paz e para a reconciliação.

O esforço de acabar com a “cultura de impunidade” emerge de uma interpretação do passado – da Guerra Fria, em particular – como uma abordagem política inaceitável sobre uma crise internacional. Focar-se no

<sup>42</sup> Para a discussão sobre essa dificuldade na situação da Alemanha, cf. BORNEMAN, J., 1997, p. 80-96, 99-100. E MCADAMS, J., 2001, p. 47-54.

<sup>43</sup> Para o papel de interpretação assim no julgamento Milosevic, cf. CAVOSKI, K., 2002, p. 77-89.

<sup>44</sup> MORGENTHAU, H., 1929, p. 62-72. Para o contexto geral e uma discussão cf. KOSKENNIE-MI, M., 2002, p. 440-445.

indivíduo abstrai o contexto político, isto é, o descreve em termos de ações e intenções particulares, de indivíduos bem situados. Na verdade, isso é precisamente o que a promotora no julgamento de Milosevic, Carla del Ponte, disse que estava fazendo em Haia, em fevereiro de 2002. A nação (da Sérvia) não estava em julgamento, mas apenas um indivíduo. Mas a verdade não é necessariamente servida por um foco individual.<sup>45</sup> Pelo contrário, o significado dos acontecimentos históricos muitas vezes ultrapassa as intenções ou ações de indivíduos em particular e só pode ser compreendida por atenção a causas estruturais, tais como necessidades econômicas ou funcionais, ou uma lógica institucional ampla através da qual as ações de indivíduos criam efeitos sociais. Normalmente, entre os historiadores, as explicações “intencionistas” sobre a destruição dos judeus europeus sofrem a oposição de explicações “funcionais” que apontam para as causas materiais e estruturais que, finalmente, na conferência de Wannsee de 1942 – mas não até então – levou a política nazista a um extermínio de grande escala. Quando Arendt e outros estavam criticando o julgamento de Eichmann, apontaram para a impossibilidade de um foco individual para fornecer uma compreensão da forma como o *Shoah* não surgiu como uma série de ações por parte de indivíduos depravados com uma mente criminosa, mas através de atos *Schreibtisch*, por servidores obedientes de um estado criminoso.

É por isso que a individualização não é neutra nos seus efeitos. O uso de termos como “hitlerismo” ou “stalinismo” deixa intactas as estruturas políticas, morais e organizacionais que são a condição necessária para o crime.<sup>46</sup> Focar em líderes individuais pode até servir como alibi para a população em geral se aliviar da responsabilidade. Algo assim ocorreu nos julgamentos de criminosos nazistas na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. O fracasso das potências aliadas em concordar com um “julgamento de industrialistas” pode ter refletido uma preocupação emergente no Ocidente sobre o aparecimento de um novo inimigo – a União Soviética – e a necessidade de alistar uma Alemanha democrática do seu lado. Mas isso minimizou drasticamente o grau de participação de economia e da sociedade alemãs nos crimes nazistas.<sup>47</sup> À medida em que os processos acusatórios passaram para os tribunais alemães, a legislação dos aliados, particularmente a Lei nº 10 do Conselho de Controle, foi colocada de lado como contrária ao princípio da não retroatividade. Recreou-se ao direito penal alemão, cujas

<sup>45</sup> WILDT, M., 2000, p.251.

<sup>46</sup> Como apontado em GROSSER, A., 1989, p. 76-77.

<sup>47</sup> Cf. BLOXHAM, D., 2001, p. 28-32.

disposições pertinentes tinham a ver com assassinato e homicídio culposo. Esses dispositivos descreviam a criminalidade relevante em termos puramente individuais. Assassinato, sob a interpretação da *Bundesgerichtshof*, tinha que ocorrer com uma “intenção de matar” (*Mordlust*) ou “de forma maliciosa e brutal” de uma maneira que falhou completamente em compreender o tipo de “ação de gabinete” em que grande parte da criminalidade nazista consistia e em que os indivíduos poderiam acreditar (com razão) serem totalmente substituíveis caso não desempenhassem as suas funções de acordo com as regras que eram criminosas em si mesmas.<sup>48</sup> Quando dos julgamentos de Auschwitz em Frankfurt em 1963-1965, o crime de homicídio culposo já havia prescrito, de forma que os réus só puderam ser julgados por assassinato, e pela definição de assassinato se referir a uma intenção individual não pôde ser aplicada senão aos mais brutais operadores do sistema de extermínio; a maioria dos nazistas não só escapou ao julgamento, mas foi integrada como cidadãos leais da República de Bonn.<sup>49</sup>

O ponto aqui não é tentar resolver a controvérsia epistemológica sobre se o foco individual ou o contextual (funcional, estrutural) oferece a melhor verdade, mas, sim, que um não pode se impor sobre o outro *a priori* e que em algumas situações é adequado focar indivíduos enquanto em outros casos – como a criminalidade nazista, e talvez fazendo um balanço da colaboração dos Stasi na DDR – o contexto fornece o melhor quadro de interpretação. Mas se é assim, então não há garantia de que um processo penal orientado *a priori* para a culpa individual como o julgamento de Milosevic constitui necessariamente uma lição de verdade histórica. Pelo contrário, ele pode em vez disso obstruir esse processo exonerando da responsabilidade as grandes estruturas (políticas, econômicas e mesmo jurídicas) no âmbito das quais foram criadas as condições para a criminalidade individual – no âmbito das quais a normalidade social de uma sociedade criminoso emerge.

Como o historiador alemão Martin Broszat salientou, a “personalização unilateral” e a conceptualização rígida de categorias criminais podem conduzir não só a um tipo diferente de verdade, mas também a uma maneira diferente de distribuir a responsabilidade em relação à que é produzida por um estudo histórico contextualmente orientado em uma situação como a Alemanha sob o regime de Hitler.<sup>50</sup> Se alguém está participando de um empreendimento coletivo com um senso de missão histórica e um

<sup>48</sup> Para uma consideração sobre as dificuldades procedimentais em processar antigos nazistas na Alemanha sob o direito criminal comum, cf. RÜCKEL, A., 1984, p. 261-288.

<sup>49</sup> Cf. PENDAS, D.O. 2000, p. 85-93. E também DOUGLAS, L, 2001, p. 188-190.

<sup>50</sup> GRAML, H.; HENKE, K.D., 1987, p. 47-49.

propósito moral (“felicidade da humanidade”), tais como o “comunismo”, por exemplo, então pouco se ganha com uma interpretação retrospectiva dos efeitos desse esforço – entre 85 e 100 milhões de inocentes mortos – em termos dos atos malignos de determinado número de indivíduos. A lógica do “*tentation du bien, mémoire de mal*” no trabalho no comunismo só pode ser alcançado através da tentativa de entender o processo coletivo que combina utopismo e cientificismo com um espírito revolucionário.<sup>51</sup>

Mas no final, a individualização também é impossível. Afinal, as defesas disponíveis ao acusado referem-se precisamente ao contexto em que seus atos foram realizados. Havia um motivo aceitável ou um curso alternativo de ação? A vítima contribuiu para a ação?<sup>52</sup> E sobre os atos do Milícia Croata em Krajina ou a Eslavônia Oriental, no início da guerra, ou o UÇK no Kosovo? Qual foi a cadeia de comando que levou ao campo de Omarska ou ao massacre de Srebrenica? Como um jornalista comentando sobre o inquérito Racak durante o julgamento de Milosevic observou: “Mesmo entre os especialistas que detestam o Sr. Milosevic, há preocupações sobre se os procedimentos podem parecer uma justiça dos vencedores e se a promotora, Carla Del Ponte, pode prover a evidência que traça uma linha direta entre o Sr. Milosevic e organismos como os descobertos aqui “. <sup>53</sup> Criar essa cadeia terá, na ausência de ordens escritas, que envolver interpretações amplas e suposições sobre a cultura política e administrativa do território, incluindo ligações pessoais e expectativas entre os vários protagonistas. Dessa forma, mesmo o foco nos indivíduos pressupõe um contexto mais amplo em que determinados indivíduos sobem a posições-chave em que as suas escolhas e preferências são formuladas e vêm a parecer como “normais” ou “desviantes”. Os atos do *Politbüro* de ex-nazistas ou do Partido Comunista – ou talvez de forma mais mundana, agentes da *Stasi* ou membros dos esquadrões da morte do *apartheid* – não eram antissociais no sentido da criminalidade regular, mas parte da “normalidade” política das sociedades criminosas. É precisamente por isso que Milosevic é capaz de revelar a hipocrisia na posição da promotora: o julgamento é um julgamento da nação sérvia na medida em que seus atos eram parte (e não um desvio) da normalidade social do passado recente da Sérvia.

<sup>51</sup> TODOROV, T., 2000, p. 36-41; BESANÇON, A., 1998, p. 59-64.

<sup>52</sup> Até a individualização da culpa é uma política – isto é, uma política de impunidade coletiva. “We have to individualize the guilt”, disse Ivan Djordjevic, um antigo advogado dissidente e oficial no Ministério dos Negócios Internos da Sérvia. “Otherwise we have this feeling of collective guilt, that this whole nation had the goal of eliminating other people and killing. Not all of us supported this”, New York Times, 11 de fevereiro de 2002.

<sup>53</sup> New York Times, 11 de fevereiro de 2002

É neste ponto que a estratégia escolhida por Milosevic recebe o seu pleno significado, e tende a demonstrar os limites do processo penal como instrumento de verdade material e reconciliação política. Quando um julgamento diz respeito a grandes acontecimentos políticos, ele necessariamente implicará uma interpretação do contexto, que é precisamente o que é contestado nas ações individuais que são o objeto do julgamento.<sup>54</sup> Aceitar os termos em que o julgamento é conduzido – que atos são apontados, quem está sendo acusado – é já aceitar uma interpretação do contexto daqueles entre os quais a luta política foi travada. Isso é o que Jean-François Lyotard famosamente chamou de *Différend* – uma situação em que aceitar um método ou critério de resolução é já ter aceitado a posição do seu adversário:

Um caso de *différend* entre duas partes tem lugar quando a ‘regulação’ do conflito que os opõe é feita no idioma de uma das partes, enquanto o mal sofrido pelo outro não tem significado nesse idioma.<sup>55</sup>

Em caso de *différend*, tudo está em jogo e o contexto é sempre uma parte da própria disputa. Para entender o bombardeio alemão de Coventry e de Birmingham em novembro de 1940, com os seus mais de 1200 vítimas como um crime de guerra, mas não ver um bombardeio de saturação da Alemanha, que resultou em 600.000 mortes de civis, só é possível se já se aceitar como verdade a opinião dos Aliados. Não condenar a Alemanha, e apenas a Alemanha, teria colocado em questão a justiça da própria causa aliados. O idioma Nuremberg presumiu que a guerra havia sido lançada como agressão do Eixo e que todas as atrocidades surgiram como uma consequência dela.

Se a criminalidade individual sempre pressupõe algum contexto e é o contexto que está em disputa, então é necessário para um acusado como Milosevic atacar o contexto que seus adversários lhe oferecem. Esse é o ponto onde um julgamento torna-se inevitavelmente uma aula de história, e a disputa que está em seu cór um debate político sobre a plausibilidade das “interpretações” históricas. Culpar a política ocidental pela destruição da Jugoslávia e pelas atrocidades cometidas no que foi seu território, como feito por Milosevic, joga com causalidades estruturais complexas e interpretações de longo prazo que são difíceis de examinar no seio um julgamento formal. Mas é imperativo notar que, enquanto a cadeia de causalidade

<sup>54</sup> Como observou Charles Leben, em grandes crimes políticos, a relação ordinária entre fato e contexto se quebra. Os juízes não conseguem mais se confinar ao último, historiadores no primeiro: ao julgar os fatos, os juízes também julgam o contexto, “Remarques dans un debar de table ronde le 22 janvier 2000”, p. 64

<sup>55</sup> LYOTARD, J. F., 1988, p. 9, p. 9.



não for estabelecida (e até agora esse não tem sido o caso) em relação a atrocidades individuais, colocar a culpa em Milosevic joga em suposições e interpretações igualmente complexas. O fato de que Milosevic está sob julgamento, e não os líderes ocidentais, pressupõe a correção da visão ocidental do contexto político e histórico. E pelo contexto ser parte da disputa política, o julgamento de Milosevic só pode, do ponto de vista dele, ser uma participação em um julgamento-espetáculo que vai significar a admissão de vitória ocidental.

Não há dúvida de que os julgamentos de Haia são um efeito da política ocidental. O Tribunal não teria vindo à existência sem pressão do governo Clinton e setores do governo francês.<sup>56</sup> Mas ao Ocidente não deveria ser permitido permanecer confiante de que sua versão da história recente das populações iugoslavas será automaticamente sustentada. Um julgamento que “automaticamente” vindica a posição da promotoria é um julgamento-espetáculo no preciso sentido stalinista dessa expressão. Essa, afinal, foi a fonte de constrangimento dos juízes ocidentais em Nuremberg, quando seu colega soviético no início do julgamento celebrou a perspectiva de que “todos serão punidos”.<sup>57</sup>

Para evitar que se pareçam com Vyshinsky, os juízes não só devem permitir que Milosevic fale, mas devem levar a sério o que ele diz. Eles terão que aceitar ser dirigidos por Milosevic para o contexto em que ele vai construir a sua defesa em termos de anti-imperialismo patriótico. Como a “verdade” política e histórica dos Balcãs torna-se um aspecto do julgamento, então o Ocidente deve aceitar que parte – talvez um bocado – de responsabilidade será atribuída à sua política fraca e contraditória. O bombardeio da Sérvia na primavera de 1999 que causou cerca de 500 mortes de civis se tornará um dos fatores relevantes.<sup>58</sup> O Tribunal não pode ignorar a questão de saber se era um preço razoável a pagar para voar em altitudes elevadas de modo a evitar o perigo para os pilotos da OTAN.<sup>59</sup> Mas quem pode dizer o quão longe no passado a cadeia de causalidade política conduz e em que

<sup>56</sup> Para a história diplomática, cf. HAZAN, P., 2000, p. 55-77.

<sup>57</sup> “They will all hang”, Vyshinsky, como relatado em TAYLOR, T., 1992, p. 211.

<sup>58</sup> Para a visão do promotor que, embora “alguns erros” tenham sido cometidos, nenhuma violação do direito humanitário estava envolvida, cf. Annual Report of IC’fY, Doc. A/55/273, 30-31, para. 192. A legalidade do bombardeio foi, no entanto, severamente contestada entre as organizações humanitárias, dentre elas o CICV. Para o conteúdo de um memorando confidencial do CICV, cf. HAZAN, P., 2000, p. 219-223.

<sup>59</sup> Comparution de M. Slobodan Milosevic, Les incoherences du Tribunal penal international, Le Monde Diplomatique (20 juillet 2001) par Catherine Samary, <http://www.monde-diplomatique.fr/cahier/ikosovo/samary0701>.

irá transformar-se quando Milosevic revelar sua interpretação de por que o Ocidente o rejeitou como interlocutor aceitável?

No decurso do julgamento, Milosevic conduziu a sua defesa menos a fim de salvar a si mesmo do que a fim de levar a sua versão da verdade a todo o público na Sérvia, assim como para a “história” de um modo geral. Ele não retrata a si mesmo de forma diferente do armênio Tehlirian que em Berlim, em 1921, matou a tiros Talaat Bey, um dos responsáveis pelo genocídio armênio de 1915, e se entregou à polícia, a fim de ser julgado e de ter a oportunidade para dar publicidade à causa do povo armênio. Podemos concordar que a punição de um homem é incomensurável em relação às atrocidades cometidas na ex-Iugoslávia. Mas não temos o direito de esquecer que esse homem também pode compartilhar do sentido de sua própria insignificância, e escolher atuar não por sua absolvição, mas pela verdade e pela história.

Tendo finalmente se afastado da Cila da impunidade – ainda que de forma incoerente e em resposta a pressões externas – o Ocidente agora se dirige ou para uma lição de história e política em que a sua própria culpa terá de ser avaliada, ou para o Caríbdis dos julgamentos-espetáculo.<sup>60</sup> Se Milosevic foi ou não finalmente indiciado só porque o Ocidente tinha decidido que já não precisava dele, e para fornecer suporte para a sua campanha de bombardeios, uma vez que o julgamento havia começado, o Ocidente havia perdido completamente o controle sobre para onde isso poderia levar. O Ocidente pode ter errado em acreditar que a “verdade” internacional é una, da mesma forma como a verdade doméstica. Agora que o julgamento será sobre o contexto, o Ocidente já não pode permanecer confiante de que sua versão será automaticamente vindicada – a menos, claro, que prefira ter um julgamento-espetáculo.

### III. UMA BREVE HISTÓRIA SOBRE LIÇÕES HISTÓRICAS

A ideia do julgamento como um processo didático, um processo de aprender a verdade sobre os acontecimentos em julgamento tem sido frequentemente expressa. O promotor francês François de Menthon, por exemplo, dirigiu-se ao Tribunal de Nuremberg com as seguintes palavras:

A obra da justiça é igualmente indispensável para o futuro do povo alemão. Essas pessoas foram intoxicadas pelo nazismo por muitos anos... A sua reeducação é indispensável ... A condenação inicial da Alemanha

<sup>60</sup> Para os aspectos desta culpa, cf. KOSKENNIEMI, M., 2002b, p. 159 e ss.

nazista por seu Alto Tribunal será uma primeira lição para essas pessoas e constituirá o melhor ponto de partida para o trabalho de revisão de valores e de reeducação, que devem ser a sua grande preocupação durante os próximos anos ....<sup>61</sup>

Mas a verdade sobre a qual os alemães estavam por ser educados em Nuremberg decorria de escolhas controversas sobre a forma de concentrar o caso dos Aliados. Em sua acusação de quatro horas, o próprio Menthon referiu-se à destruição dos judeus em apenas uma frase e não mencionou nenhuma vez o regime de Vichy, ajudando assim a construir o mito gaullista da nação francesa unida por *résistance*.<sup>62</sup>

Acima de tudo, no entanto, a busca enérgica das prioridades dos Estados Unidos pelo juiz Jackson na preparação do julgamento levou a que a principal acusação aos nazistas fosse a de terem elaborado e conduzido uma guerra de agressão. Como uma consequência, as atrocidades contra os civis – “crimes contra a humanidade” – foram despidas de um papel independente e tornaram-se relevantes apenas na medida em que tinham ocorrido depois de 1939 e “em execução de qualquer crime dentro da competência do tribunal “. Como o próprio Jackson colocou em junho de 1945:

Nosso caso contra os principais réus se refere ao plano-mestre nazista, não a barbaridades individuais ou perversões que ocorreram independentemente de qualquer plano central.<sup>63</sup>

Tal ênfase – desafiada até o final pelo juiz francês Donnedieu de Vabres – minimizou o significado dos ataques às populações civis e, especialmente, as perseguições por motivos raciais, realizadas em paralelo, e em grande medida independentemente do esforço de guerra. Como a acusação controversa de “plano comum ou conspiração” com base na qual membros de organizações nazistas seriam julgados foi finalmente, e talvez de forma distraída, ligada unicamente com a acusação de guerra de agressão (minando assim a ideia original de cobrir também as perseguições pré-1939),<sup>64</sup> o resultado foi uma interpretação do regime nazista como um regime predominantemente de militaristas agressivos e que colocava seu caráter racista e genocida em

<sup>61</sup> Citado em MARRUS, M., 1997, p. 90

<sup>62</sup> MARRUS, M., 1997, p. 88; BLOXHAM, D., 2001, p. 101-102; Mas Edgar Faure, substituto de Menthon, foi a grandes detalhes pesquisando descrevendo a perseguição a judeus e outros crimes contra a humanidade do Ocidente. Cf. WIEVIORKE, A., 1996, p. 62-77.

<sup>63</sup> Jackson, “6 June 1945” como citado em MARRUS, M., 1997, p. 42.

<sup>64</sup> Cf. TAYLOR, T., 1992, p. 75-76.

um plano secundário e, por vezes, quase invisível.<sup>65</sup> Por exemplo, Belzec, Sobibor e Treblinka, em que 1,7 milhões de judeus foram exterminados, compartilharam entre si apenas uma referência passageira durante o julgamento.<sup>66</sup> O mecanismo industrial de assassinatos em massa foi completamente ofuscada pela concentração da promotoria sobre o “plano comum” e as acusações de “agressão”. Como o historiador Michael Marrus observou: “A distorção e exagero eram de fato os resultados – criando um quadro irreal para os historiadores posteriores.”<sup>67</sup>

A verdade histórica de Nuremberg surgiu através de um jogo complexo das prioridades nacionais, evidências disponíveis e interpretação. Entre os momentos mais embaraçosos do julgamento esteve uma acomodação parcial do desejo dos russos de evitar referências ao Pacto Ribbentrop que tinha dividido as esferas de interesse entre a Alemanha e a União Soviética em agosto de 1939 e cuja existência foi apenas indiretamente afirmada através dos interrogatórios do próprio Ribbentrop e do embaixador Ernst von Weizsäcker.<sup>68</sup> Os britânicos também tinham seu esqueleto no armário e foi apenas devido à persistência dos advogados de defesa que transpareceu no interrogatório do almirante Erich Raeder que a razão para o ataque da Alemanha sobre a Noruega em 1940 era evitar um ataque planejado pela Grã-Bretanha. “Em relação a esses assuntos”, Telford Taylor observou mais tarde, “o tribunal estava se envolvendo em meias-verdades, se é que de fato tais coisas existem.”<sup>69</sup>

Nuremberg demonstra os limites do processo penal como instrumento de “verdade” sobretudo em seu tratamento do extermínio dos judeus europeus. Como Lawrence Douglas mostrou recentemente, quando o documentário *Nazi Concentration Camps*, o qual foi feito imediatamente após a libertação dos campos e que inclui as famosas imagens de montanhas de corpos nus arrasados em valas comuns, foi exibido em Nuremberg pela primeira vez, a voz por trás das imagens falou dos excessos da guerra e da brutalidade política, destacando, assim, crimes de guerra em vez de crimes contra a humanidade.<sup>70</sup> Não é necessário interpretar isso como manipulação

<sup>65</sup> Para uma crítica, cf. DOUGLAS, L, 2001, p. 48-56.

<sup>66</sup> BLOXHAM, D., 2001, p. 108-110.

<sup>67</sup> MARRUS, M., 1997, p. 127. Para uma descrição e crítica continuadas da ênfase no TMI e os julgamentos sucessores, Cf. BLOXHAM, D., 2001, p. 57-128.

<sup>68</sup> MARRUS, M., 1997, p.134-139.

<sup>69</sup> TAYLOR, T., 1992, p. 555. Cf também, MESSERSCHMIDT, M., 1996, p.91-92. Outros “descuidos” famosos incluem o bombardeio de terror sobre cidades alemãs e, claro, Hiroshima e (especialmente) Nagasaki. Para o tratamento da embaraço do massacre de Karyn, cf. VIATTEAU, A., 1996, p. 145-155; e TUSA, A.; TUSA, J., 1983, p. 410-412.

<sup>70</sup> DOUGLAS, L, 2001, p. 57-63.

das evidências. Demorou anos até que a extensão da catástrofe judaica fosse revelada para os vencedores. Mas destaca o problema de que como um julgamento escreve a história no rescaldo dos acontecimentos, a sua interpretação irá necessariamente se basear em evidências fragmentárias e influenciadas por interpretações por parte dos contemporâneos com uma participação concreta no resultado.<sup>71</sup>

O julgamento de Eichmann tentou corrigir o que foi sentido em Israel como um peso insuficiente dado em Nuremberg à política nazista contra os judeus. Desta vez, o *Nazi Concentration Camps* foi exibido como prova das atrocidades contra os judeus. Mas este não era o seu único objetivo e muitos observadores criticaram a forma como o julgamento foi usado para reforçar a autoconfiança do Estado de Israel recém-criado, afastando o foco da imagem dos judeus como vítimas indefesas conduzidas como cordeiros para abate e para trazer à luz histórias leves de resistência e heroísmo judaicos.

A esse respeito, a história do uso francês do conceito de “crimes contra a humanidade” no julgamento controverso de Paul Touvier é talvez ainda mais ilustrativa. Em 1964, quando apareceu no horizonte a perspectiva de antigos criminosos nazistas escaparem a julgamento devido à passagem dos 20 anos do período de prescrição, a Assembleia Nacional francesa aprovou uma lei sobre a não prescrição de crimes contra a humanidade.<sup>72</sup> O que seria tomado como tal, foi posteriormente definido pela *Cour de Cassation* em 1985 como:

todos os atos e perseguições desumanas que, em nome de um estado praticando uma política de hegemonia ideológica, foram cometidos de forma sistemática, não só contra as pessoas por causa de seu pertencimento a um grupo racial ou religioso, mas também contra os adversários dessa política, qualquer que seja a forma de sua oposição.<sup>73</sup>

Agora, Touvier era um francês que havia estado a serviço da milícia de Vichy e, nessa qualidade, participou no fuzilamento de sete reféns em

<sup>71</sup> A crítica crescente e o uso decrescente por historiadores da documentação de Nuremberg é apontada por exemplo, em *Reaching judgment at Nuremberg*, 1977, xv-xvi. Um aspecto da interpretação da guerra fria está na lenda sobre a inocência do *Wehrmacht* nos crimes da SS, necessário de modo a preparar a cooperação militar com o Ocidente. Cf. BLOXHAM, D., 2001, p.129-133.

<sup>72</sup> Lei n. 64-1326 de 26 de dezembro de 1964. Para uma discussão sobre os debates em torno da adoção dessa lei, cf. LAQUIÈZE, A., 2000, p. 19-40.

<sup>73</sup> Cour de Cassation, Julgamento de 20 de dezembro de 1985. Para uma análise extensiva do esboço dessa linguagem, cf. WEXLER, L. S., 199, p. 287 e ss; cf. também BINDER, G., 1989, p. 1321 e ss (1337-1338).

Rillieux-la-Pape, perto de Lyon, em 29 de junho de 1944. Seu julgamento trouxe pela primeira vez à justiça a natureza da cumplicidade de Vichy nas atrocidades durante a ocupação alemã. Como Leila Wexler aponta em seu estudo detalhado do caso, havia um sentido de que deveria ser “o julgamento de toda a sociedade francesa e não apenas de um homem.”<sup>74</sup> A sociedade francesa estava pronta para se submeter a julgamento?

Touvier havia sido condenado à morte à revelia em 1946 e 1947. Após essas sentenças terem prescrito em 1969, porém, ele surgiu na França e, dois anos mais tarde, recebeu o perdão do presidente Pompidou sobre o restante das condenações. Ele foi levado a julgamento novamente em 1973 com base na lei de 1964 e, depois de várias voltas, o seu caso chegou ao Tribunal de Apelações de Paris, que em uma decisão de 13 de abril de 1992, aplicou a definição acima citada da *Cour de Cassation* de modo a concluir que não havia motivo para processá-lo, como o regime de Vichy não havia realizado uma “política da hegemonia ideológica”. A decisão causou um tremendo tumulto, não menos importante entre os historiadores franceses que ficaram “escandalizados com a forma como os juízes se permitiram escrever a história e caracterizar a natureza ideológica do Estado francês”.<sup>75</sup> A sentença foi parcialmente revertida pela câmara criminal da *Cour de Cassation* em 27 de Novembro de 1992. No entanto, ao aplicar a definição do Tribunal, não atribuiu atos de Touvier à França de Vichy, mas à Alemanha, ao apontar que, embora Touvier fosse um membro da milícia francesa, ele estava agindo instigado pela Gestapo e “nos interesses dos países do Eixo Europeu”, tal como definido no artigo 6 da Carta de Nuremberg. Assim, finalmente, o Tribunal conseguiu defender uma interpretação da natureza e do papel do regime de Pétain durante o período de ocupação que não entrava em conflito com o consenso da Quinta República sobre um abismo intransponível entre a França e o regime de Hitler.<sup>76</sup>

Esse consenso, no entanto, era frágil. Trabalhos de historiadores sobre Vichy, contemporâneos ao julgamento, trouxeram evidência crescente do entusiasmo com que os administradores franceses colaboraram com os nazistas, iniciando uma ação legislativa que desqualificou judeus do serviço

<sup>74</sup> WEXLER, L. S., 1994, p. 346.

<sup>75</sup> WIEVIORKE, A., 1996, p. 83.

<sup>76</sup> Touvier foi finalmente condenado à prisão perpétua pelo tribunal de apelação de Versalhes em 19 de abril de 1994. Para a parte relevante do ato de acusação, cf. CHANLADON, S.; NIVELLE, P., 1998, p. 160-163. Para uma descrição e crítica dos julgamentos de 1992, cf. WEXLER, L. S., 1994, p. 334-353 e 361-367; Cf. também o anexo II do artigo, que contém a *ratio decidendi* da corte de Paris acabando na conclusão de que a França de Vichy não estava exercendo “uma política de hegemonia ideológica” *ibid.* 376-379.

público e exigia o seu registo de uma forma que muito facilitou cercá-los para transporte aos campos de extermínio. A deportação de 75.000 judeus da França foi em grande parte organizada pelos próprios franceses, às vezes sem a pressão da Alemanha. Particularmente notória a esse respeito foi a batida de Vel d'Hiv em julho de 1942, quando 7.000 internados foram mantidos em um estádio esportivo no 15<sup>o</sup> *arrondissement* em condições atroz por quatro dias antes de serem enviados ao centro Draney de internamento e, em seguida, para campos de extermínio.<sup>77</sup>

A própria política da França de Vichy foi levada a julgamento em 1997-98, quando Maurice Papon, o secretário-geral da prefeitura de Gironde em Bordeaux em 1942 foi indiciado por seu papel na deportação de 1600 judeus da região de Bordeaux. Papon, um francês e, ao contrário Touvier, um administrador de colarinho branco a serviço do “L’Etat français” tinha organizado as batidas, mantido listas de judeus e fornecido transporte e proteção policial para os comboios.<sup>78</sup> Ele também tinha desfrutado de uma carreira de sucesso na França pós-guerra, tendo sido prefeito de Paris, em 1958, membro da Assembleia Nacional em 1968 e mesmo Ministro das Finanças no Governo francês, em 1978. Houve funcionários de Vichy de escalão mais alto que participaram das perseguições, como René Bousquet e Jean Leguay, mas ambos tinham morrido no decorrer do processo contra eles em 1980. Estava então claro para a maioria dos franceses que trazer Papon a julgamento foi visar a própria França de Vichy.<sup>79</sup> O fato de que ele foi condenado, em 2 de abril de 1998, a apenas dez anos de reclusão, e que as autoridades francesas fizeram tudo menos se apressar com a execução da sentença, joga apenas uma leve sombra sobre a clareza dessa mensagem.

Os casos de Eichmann, Touvier e Papon foram cada um sobre como evitar a impunidade. Mas eles também foram sobre verdade histórica e memória. Como tal, eles entraram no terreno onde as identidades nacionais são construídas a partir de interpretações do passado da nação -, nestes casos, os de Israel e o da Quinta República da França. Mas não há acordo sobre essas identidades. O que “Israel” ou a “França moderna” representam são questões de controvérsia política fundamental entre nacionais e não nacionais. O envolvimento de um tribunal com “verdade” e “memória” é,

<sup>77</sup> Cf. especialmente MARRUS, M.; PAXTON, R. O., 1983, p. 250-252.

<sup>78</sup> SADAT, L., 2000, p. 141-142.

<sup>79</sup> Esse tema é tratado em GOLSAN, R. J., 2000. Mas, cf. especialmente PAXTON, R. O., 2000, p. 169-170; LÉVY-WILLARD, A.; VALLAEYS, B., 2000, p. 181; E. WEILL, N.; SOLÉ, R., 2000, p. 176-177. Que julgar Papon era julgar a França de Vichy foi até um aspecto da defesa de Papon. Cf. CHANLADON, S.; NIVELLE, P., 1998, p. 510-513, 515.

portanto, sempre um engajamento com o antagonismo político e em lugar algum lida tanto com eventos de ampla importância internacional e moral. Historiadores discordam sobre a interpretação de tais eventos. Então não é nenhuma surpresa que os juízes possam achar difícil lidar com eles. Mas não importa o quanto os juízes possam buscar proceder de boa-fé para com os seus julgamentos, no contexto do julgamento não se pode – ao contrário do seminário de história – presumir a manifestação de boa-fé da parte de todos. Essa não é uma investigação desinteressada feita por um grupo de observadores externos, mas parte da história que ela procura interpretar. Muito está em jogo para os protagonistas – isto é, a natureza do julgamento – e nenhuma verdade pode permanecer sagrada dentro dele.

#### IV. A POLÍTICA DA VERDADE

A fim de atingir a “verdade” e para evitar um julgamento-espetáculo, ao acusado deve ser permitido falar. Mas isso cria o risco de o julgamento se transformar em um *show* de propaganda. Esta foi a grande preocupação em Nuremberg e continua a ser uma preocupação predominante em como os Estados Unidos vão levar a julgamento os prisioneiros de sua guerra contra o terrorismo no Afeganistão, atualmente detidos em Guantánamo. Uma das razões para o estabelecimento de um Tribunal Militar em vez de um procedimento civil ordinário, é precisamente para evitar tal constrangimento.<sup>80</sup>

A esse respeito, Nuremberg foi apenas parcialmente bem-sucedida. Como o interrogatório por Jackson de Göring saiu do controle, este último mais tarde se regozijou com satisfação: “Eu tive os melhores cérebros legais da Inglaterra, dos Estados Unidos, da Rússia e da França dispostos contra mim em toda a sua maquinaria jurídica – e lá estava eu, sozinho”.<sup>81</sup>

Não há nenhuma razão para pensar que a verdade histórica, em um julgamento como o do ex-presidente Slobodan Milosevic aconteceria através da cooperação obediente do acusado. Um julgamento criminal é definido por adversidade e a construção do contexto histórico é parte do antagonismo entre o promotor e a defesa. No julgamento de Milosevic, a batalha sobre o terreno histórico-didático claramente supera em importância a questão de o acusado ser ou não considerado culpado. Até agora, o seu comportamento refletiu bem isso. Aqui está o resumo de um repórter:

<sup>80</sup> Cf. a resposta de Jackson ao presidente em 6 de junho de 1945, citado por MARRUS, M., 1997, p. 41.

<sup>81</sup> Citado por MARRUS, M., 1997, p. 118.



Il fait le spectacle, tantôt boudeur, tantôt blagueur, toujours agressif et défiant face à des juges impassibles et des procureurs appliqués. Il bouscule chaque témoin produit par l'accusation. Il use et abuse des contre-interrogatoires au grand dam de l'accusation ... Parallèlement, l'accusé ne rate pas une occasion de s'emparer de cette tribune pour diffuser sa parole politique à son opinion publique.<sup>82</sup>

Quando a lista de nomes que formaram o grupo de advogados de Milosevic foi publicado, ficou claro que muito do julgamento seria conduzido nesse terreno. Essa lista incluía o nome do controverso advogado francês Jacques Vergès, conhecido não só como o advogado de Klaus Barbie, o “carniceiro de Lyon”, do terrorista *high-profile* “Carlos” e defensor de ativistas palestinos, mas também como o teórico do “julgamento de ruptura” em que a defesa é conduzida inteiramente como um ataque ao sistema representado pela acusação.<sup>83</sup> Em contraste com o julgamento de “conivência”, no qual o acusado visa simplesmente colocar os fatos em questão, uma estratégia de ruptura começa a partir da existência do que eu anteriormente me referi como um *différend* – duas estruturas incompatíveis de interpretação, e ataca diretamente a moldura do adversário:

La rupture bouleverse toute la structure du procès. Les faits passent au deuxième plan ainsi que les circonstances de l'action; au premier plan apparaît soudain la contestation brutale de l'ordre public.<sup>84</sup>

Os julgamentos de Sócrates, de Louis XVI, e do Comunista, Dimitrov, acusado pelos nazistas do incêndio do Reichstag de 1934, envolvem aspectos desta estratégia – como, aliás, faz a postura de Prometheus, recusando-se a defender-se nos termos da lei divina, ou o ataque de Zola aos promotores de Dreyfus: *J'accuse*. A estratégia da Dimitrov foi publicada no Pravda em 4 de março de 1934, em termos de tomar a iniciativa, fazendo com que o promotor, bem como os altos representantes do Estado chamados ao banco das testemunhas, parecessem ridículos. O único objetivo do julgamento, como descrito por Vergès, era avançar a causa do proletariado. Todo o resto, incluindo o próprio destino de Dimitrov – ele se recusou a valer-se de um alibi sobre estar longe de Berlim na noite do incêndio – era secundário.<sup>85</sup>

O julgamento de Klaus Barbie em Lyon, em 1987, é um caso exemplar da utilização de uma estratégia assim. Para a maioria dos observadores, a

<sup>82</sup> CHÂTELOT, C., 2002, p. 15.

<sup>83</sup> Cf. VERGÉS, J., 1968.

<sup>84</sup> VERGÉS, J., 1968, p. 86-87.

<sup>85</sup> VERGÉS, J., 1968, p. 104-112.

importância primordial daquele julgamento também tinha a ver com a verdade e a memória, educando uma nova geração de franceses sobre os fatos da política nazista sob a ocupação. “O julgamento era necessário”, escreveu André Frossard, membro da *l'Académie française*, ex-membro da resistência e prisioneiro de guerra dos alemães, salvo apenas pelo fato de sua ascendência ter sido qualificada como não mais do que “três quartos” judaica, no momento imediatamente depois do julgamento:

la jeune génération d'aujourd'hui ne savait presque rien du passé où l'histoire devenue folle était sortie du monde connu pour séjourner quelque temps en enfer. Le proces Barbie l'a instruite.<sup>86</sup>

Para dar essa lição, Barbie era um excelente candidato. Ele tinha sido o chefe da Seção de Informação da Gestapo em Lyon, em 1942-1944, conseguiu escapar do julgamento depois da guerra participando na contra-inteligência dos EUA na Alemanha e fugiu em seguida para a Bolívia “onde ele passou as próximas três décadas gerindo negócios e assumidamente divulgando causas nazistas e outras causas militaristas”.<sup>87</sup>

Ele foi finalmente sequestrado na Bolívia pela Polícia Secreta Francesa em 1982 e o julgamento contra ele se iniciou alguns anos depois. Entre as acusações, duas foram particularmente importantes. Em abril de 1944 Barbie havia organizado a entrega para Auschwitz de 44 alunos judeus que tinham ficado em um *Foyer des enfants* religioso no vilarejo de Izieu, a 75 km de Lyon, juntamente com as suas cinco professoras. Nenhuma das crianças e apenas uma professora retornou. E ele era conhecido como o oficial da Gestapo que havia capturado e torturado – às vezes até a morte – membros da resistência, entre eles o herói da resistência Jean Moulin.

Dois aspectos do julgamento de Barbie trazem impressionantemente à tona a política de um julgamento realizado para fins históricos ou didáticos. Houve, por um lado, a questão de saber se a regra de prescrição francesa era aplicável às atividades de Barbie contra os membros da *résistance*. Essa regra limitava a possibilidade de persecução dos crimes mais graves do direito comum (tais como assassinato) a 20 anos. Uma exceção foi, no entanto, criada pela lei 1964, acima referida, que integrou “crimes contra a humanidade” ao direito penal francês e os fez imprescritíveis. Em 1985, o tribunal de Lyon (*Chambre d'accusation*) interpretou a noção de modo

<sup>86</sup> FROSSARD, A., 1997, p. 40. Sobre a recepção do julgamento de Barbie na França cf. também uma abordagem proveitosa em ROUSSO H., 1944, p. 191-216. Também é interessante BINDER, G., 1989.

<sup>87</sup> DOUGLAS, L., 2001, p.187-188.

a permitir apenas a acusação de deportação de judeus “inocentes” – as crianças de Izieu juntamente com outras quatro acusações de ação contra civis judeus –, mas não da tortura e assassinato de Jean Moulin, sendo este último um “crime de guerra” e, portanto, não abrangido por “crimes contra a humanidade.”<sup>88</sup>

Sob pressão de organizações de antigos membros da resistência, especialmente daqueles próximos a Jean Moulin, a decisão foi objeto de recurso para a Câmara Criminal da Corte de Cassação que escolheu uma interpretação menos restritiva de “crimes contra a humanidade.” Como vimos, o Alto Tribunal definiu o conceito de modo a incluir na noção também os crimes contra os “opponentes” de um “Estado praticante de uma política de hegemonia ideológica seja qual for a forma de sua oposição.”<sup>89</sup> Essa definição permitiu ao tribunal focar não só nas vítimas judias, mas também nas medidas tomadas pela Gestapo contra os membros da resistência, uma preferência determinada por muitos políticos da Quinta República. A França deveria ser lembrada não só como uma terra de vítimas e colaboradores, mas também como um país de heróis e combatentes, como argumentado por muitas das partes civis nas audiências de Lyon.<sup>90</sup> Por essa via, no entanto, como Frossard aponta, a noção de “crimes contra a humanidade” foi diluída de modo que quase qualquer francês poderia tê-la invocado contra qualquer alemão na ocupação.<sup>91</sup> Ao contrário da decisão do Tribunal Lyon, a visão mais ampla da *Cour de Cassation* estava aberta a críticas por igualar os dois fatos históricos que formaram o plano de fundo do julgamento – a destruição dos judeus e as atuações da resistência. Ao fazê-lo, parecia apagar o horror específico do genocídio judeu, capturado em uma compreensão de “crimes contra a humanidade” como ocorrendo somente se, para citar Frossard mais uma vez, alguém é morto “sob o pretexto de ter nascido”.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Decisão de 4 de outubro de 1985. Para extratos da petição de acusação da Corte de Lyon, cf. CHANLADON, S.; NIVELLE, P., 1998, p. 17-28.

<sup>89</sup> Julgamento de 20 de dezembro de 1985. Cf também a citação na página 22 e WEXLER, L. S., 1994; cf. BINDER, G., 1989.

<sup>90</sup> Cf. e.g. a abordagem da declaração do defensor a favor da *Ligue des droits de l'homme*, Henri Noguères, vivenciando o “choque de assistir a uma discriminação entre os judeus e não-judeus que haviam sido lançados no último trem de Lyon a Auschwitz em 11 de agosto, 1944”, CHANLADON, S., 1998, p. 125.

<sup>91</sup> FROSSARD, A., 1997, p. 17.

<sup>92</sup> FROSSARD, A., 1997, p. 70. Em seu comentário aprofundado do caso, L. Sadat toma a posição de que a definição de Frossard, que coincidiu com a visão restrita da Corte de Lyon, era tanto “ilógica” quanto possivelmente “insensível”, SADAT, L., 2000, p. 137. Cassese também apoia a definição mais ampla – mas estranhamente a defende com base em que as pessoas visadas foram escolhidos “apenas porque pertencem ao inimigo” (em vez de serem beligerantes), CAS-

Com efeito, essa confusão percorre certo caminho no sentido de apoiar interpretações revisionistas sobre a política nazista que, por vezes, procuram explicar a ação contra os judeus como dirigido contra algum tipo de oposição ou um “perigo” para o regime de Hitler. Quando um historiador alemão de direito internacional, por exemplo, não consegue dizer uma palavra sobre a Shoah ao abordar o comportamento das potências beligerantes na Segunda Guerra Mundial, em vez disso apontando para ações contra civis por “ambos os lados”, destacando o “papel triste” que execuções em massa desempenharam nas atividades contra os “partidários”, ele está envolvido em um ato particularmente desagradável de revisionismo histórico que poderia ser contornado como sendo mais um ato de apologia negacionista se não fosse o fato de vir da disciplina de direito internacional, de onde um dia emergiu a noção de “crimes contra a humanidade.”<sup>93</sup>

O segundo aspecto da política da história no julgamento de Barbie é ainda mais imediatamente relevante para o caso de Milosevic. A tática declarada do advogado de Barbie, Jacques Vergès, era usar o julgamento para o propósito de atacar a hipocrisia do Estado francês em acusar Barbie pelos atos que tinham sido parte da rotina de sua própria campanha colonial e particularmente da política francesa na guerra da Argélia (1954-1962). Ele mesmo de origem vietnamita, Vergès foi um *ancien combattant* na causa da descolonização que tinha casado com uma mulher argelina que foi barbaramente torturada e condenada à morte pelos militares franceses. Em suas declarações pré-julgamento, Vergès afirmou que a verdadeira batalha não estava em atingir a libertação de seu cliente, mas em conseguir o controle dos aspectos históricos e didáticos do julgamento – questões muito mais importantes do que o destino de um velho Nazi.<sup>94</sup> Na verdade, ele declarou, a acusação original havia sido formulada de modo a cobrir só atos contra civis judeus, de modo a evitar o óbvio paralelo entre a ação nazista contra membros da resistência e da repressão francesa à oposição argelina, bem como para manter ocultos os nomes dos membros da resistência – supostamente ocupantes de altos cargos na França contemporânea – que haviam entregue Moulin à Gestapo em 21 de junho de 1943.<sup>95</sup>

---

SESE, A., 1986, p. 112. Mas certamente os judeus não foram visados porque eram o inimigo. E certamente isso é precisamente onde reside a especialidade do genocídio nazista, como Frossard argumenta, e o que é perdido da definição mais abrangente.

<sup>93</sup> GREWE, W., 2000, p.277 e ss.. E a minha resenha do livro em iclq 51, 2002, e também Kristische Justiz 35 (2002), 277 et seq.

<sup>94</sup> Para a carreira de Vergès e as declarações pré-julgamento, cf. BINDER, G., 1989, p. 1356-1359; e CASSESE, A., 1986, p. 113-115.

<sup>95</sup> ROUSSO H., 1944, p. 208-209.

Para realizar seu “juízo de ruptura”, Vergès convidou dois juristas africanos para acompanhá-lo no banco de defesa, o argelino Nabil Bouaita e o congolês Jean-Martin Mbemba, como para sugerir que o que aconteceu com os judeus na Europa havia sido culpa intra-europeia”, uma gota de sangue europeu no oceano de sofrimento humano que, assim, apenas concernia o homem branco.”<sup>96</sup> A equipe de Barbie não tentou ilibar Barbie do que tinha feito, procurar circunstâncias atenuantes ou apontar seu papel marginal na Gestapo. Sua principal preocupação foi desenvolver o *tu quoque* para efeito máximo no público, para demonstrar que, em essência, não havia praticamente nenhuma diferença entre o que Barbie tinha feito em Lyon e o racismo francês durante os anos de suas guerras coloniais. Por que chorar os mortos em lutas de extermínio dos colonialistas brancos, arrogantemente rotulado de “Guerra Mundial”? Não demonstrava o julgamento de Barbie que a piedade do homem branco se estendia apenas a um outro homem branco, sua compaixão transformada em narcisismo, esgotando sua energia emocional e perpetuando seu racismo em relação a tudo o que é não-europeu?”<sup>97</sup> “Racismo”, Vergès argumentou em seu discurso de encerramento para o Tribunal de Lyon, “nós sabemos o que é. Inclínamos nossas cabeças também frente ao martírio dos filhos de Izieu porque nos lembramos do sofrimento dos filhos da Argélia.”<sup>98</sup>

No final, o advogado de Barbie não entrou em detalhes sistemáticos na produção de provas das torturas cometidas como parte da política oficial da França na guerra da Argélia ou revelou muito que fosse desconhecido sobre a prisão de Moulin. No entanto, ele reafirmou seu argumento principal reiteradamente. Atos de brutalidade colonial na África e na Indochina foram trazidos como aspectos do contexto histórico em que as ações da Barbie deveriam ser interpretadas: no dia da vitória dos Aliados, em 8 de maio de 1945, as tropas francesas massacraram 15.000 manifestantes argelinos na cidade de Sétif que se juntaram à festa da vitória com um clamor pela autodeterminação nacional.<sup>99</sup> Não havia nenhuma razão – para além de razões racistas – para destacar a política nazista dos padrões históricos de violência contínua exercida pela Europa sobre todos. Não havia nenhuma razão para negar o Holocausto, apenas para colocá-lo no quadro histórico correto – no qual a sua significância se tornou automaticamente relativa.

<sup>96</sup> FINKELKRAUT, A., 1998, p. 51-52.

<sup>97</sup> FINKELKRAUT, A., 1998, p. 61-63.

<sup>98</sup> Vergès, 1 de julho de 1987, como descrito em CHANLADON, S.; NIVELLE, P., 1998, p. 138.

<sup>99</sup> CHANLADON, S.; NIVELLE, P., 1998, p. 139-140.

A tática de defesa no julgamento de Barbie foi aceitá-lo como sendo sobre a verdade histórica. Então, escolhendo um contexto interpretativo adequado – colonialismo europeu –, as ações do acusado necessariamente pareciam um episódio relativamente “normal” no fluxo de perseguições racistas e sofrimento maciço de que a história europeia havia consistido. Essa também foi a escolha de Milosevic em Haia. Ao apontar o seu dedo acusador para o Tribunal e para as forças que estão por trás da sua criação e da queda dele próprio, Milosevic também pretende escrever a história das guerras mais recentes dos Balcãs como uma continuação da política das grandes potências que haviam reiteradamente despedaçado a península, jogando seus povos uns contra os outros como parte de um jogo cruel de dominação europeia.

Quando o debate é movido a esse nível, então é claro que se torna muito mais difícil de receber sutura pelo julgamento. As avaliações e análises opostas sobre a forma de pensar a história dos Balcãs não deixará de existir quando o julgamento for lido. O julgamento não irá fornecer o único prisma através do qual os eventos subsequentes à dissolução da antiga Iugoslávia serão lidos. Pelo contrário – e isso dá ao acusado sua linguagem – o julgamento vai se tornar parte das complexidades da história dos Balcãs. Se Milosevic consegue se tornar um representante de uma visão, talvez controversa mas ainda respeitável, dessa história, então ele terá alcançado duas vitórias.

Primeiro, ele terá escapado à força integral do julgamento jurídico. O julgamento vai parecer manifestar apenas uma entre várias interpretações do passado e receber sua validade acima de tudo a partir do poder das forças que estavam por trás dele. Não seria nada mais do que “justiça dos vencedores”. A condenação do acusado não pareceria então carregar significância moral universal. Pareceria que ele foi considerado culpado, como Göring colocou em Nuremberg, “porque ele estava do lado de quem perdeu a guerra.”

Em segundo lugar, articulando e dando a aparência concreta à visão histórica particular que ele dizia estar sob julgamento, ele vai ter reforçado essa visão, fornecendo-lhe a aura de um iconoclasmo que parecia crítico o suficiente para ter sido sujeitado à medida extraordinária de um julgamento formal. O martírio que será a imagem privada do homem condenado vai refletir, sobre a verdade histórica que ele representa como sua força crítica secreta, o seu poder revolucionário.

## V. “JULGAMENTO-ESPETÁCULO”?

É precisamente porque teóricos realistas como Morgenthau e E. H. Carr estavam certos sobre a necessidade de sempre olhar para o contexto mais amplo que a pura individualização não pode ser levada a cabo. Um

sistema jurídico que não julgasse a morte de inocentes como um crime seria inaceitável. Como a CIJ observou na opinião consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996, o artigo 6 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos proíbe apenas a privação “arbitrária” da vida e não se pode determinar se a morte de civis inocentes em determinada situação é um crime atroz ou um efeito colateral de ação necessária para proteger algum interesse mais fundamental.<sup>100</sup>

Mas tão logo o direito tenta abordar esse interesse maior e avaliar os dados contextuais relevantes, vai se mover para uma área de indeterminação e conflito político. As guerras dos Balcãs devem ser interpretadas por referência às animosidades étnicas ou pelos interesses e alianças das grandes potências na região? Foi observado que vários dos 271 fatos históricos que o Tribunal considerou judicialmente no caso Galic de 1998 envolveram suposições controversas que eram divergências entre os historiadores.<sup>101</sup> A Corte não pode evitar a análise judicial de um determinado número de fatos contextuais. Mas no momento em que faz isso, irá parecer que está conduzindo um julgamento político no sentido de que o que aqueles fatos são e como deveriam ser entendidos é parte do conflito que está sendo julgado.

Mesmo assim, o sucesso não é necessariamente garantido tampouco pela técnica oposta de recusar qualquer dos fatos em disputa como dados. Julgamentos contra “negadores do Holocausto” trouxeram à superfície a fraqueza perigosa do processo adversarial: a testemunha *realmente* viu quem deu ordens para o massacre enquanto ela ou ele se escondia atrás do celeiro? Se ninguém viu, o massacre *realmente* aconteceu? Pode ser que ninguém *realmente tenha visto* judeus intoxicados com gás em Auschwitz e vivido para contar: então as câmaras de gás realmente existiram? Até as minúcias extensas de Raoul Hilberg no exame do processo e explicações detalhadas sobre a participação de “homens comuns” nos *Einsatzgruppen* são apenas “rumores” e portanto talvez inadmissíveis como evidência num julgamento político.<sup>102</sup> Quanto mais se tenta provar esses fatos no tribunal, mais frágeis eles ficam. Testemunhas contradizem a si mesmas ou entre si, memórias se modificam,

<sup>100</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, 226 E ss., (p. 239-240, para. 24-25). Cf. adicionalmente KOSKENIEMMI, 1999, p. 488, 490-498.

<sup>101</sup> CAVOSKI, K. 2002, p. 77-89.

<sup>102</sup> Cf. a consideração sobre o julgamento de Ernst Zundel, em seu panfleto “Did Six Million really Die?” em Toronto, Canadá, em 1988, DOUGLAS, L, 2001, p. 226-254. Através do interrogatório agressivo do defensor de Zundel, D. Christie, “a memória foi ridicularizada, o sobrevivente transformado em um amnésico na melhor das hipóteses, e completamente mentiroso na pior das hipóteses,” 240. Para os enormes riscos envolvidos na tentativa de provar “fatos sagrados” por meio da banalidade do processo legal, Cf. também GUTTENPLAN, D. D., 2001, p. 307-308.

ou se conservam inscritas nas palavras que deram forma a elas, perdem sua proximidade e se tornam mito. Um interrogatório vigoroso leva até a testemunha mais confiável a um estado de confusão. Ao final, a memória pode não ter sido servida, mas minorada – para não dizer nada da dignidade das vítimas que, como a jovem que sobreviveu ao massacre de Racak em janeiro de 1999, a qual testemunhou sobre isso em Haia em maio de 2002, e cuja evidência foi reduzida a uma série de “Eu não sei” cheios de pânico por um Milosevic agressivo.<sup>103</sup> O tribunal – qualquer tribunal – está aqui entre a escolha difícil de aceitar alguns fatos como comumente conhecidos (e integrando as controvérsias relativas à adequação do que é “comumente conhecido”) e a construção de fatos que técnicas procedimentais – incluindo coleta de depoimentos – eventualmente apresentam. Aqui a linha entre justiça, história e manipulação tende a se tornar invisível.

O objetivo de se educar pessoas sobre verdades históricas através do direito emerge de uma necessidade de levar em conta o contexto, mas também de nossa rejeição da conclusão dos realistas – isto é, que o direito não é útil aqui. Tudo bem falar de um dever de memória, mas “memória” pode não ser algo passível de conserto autoritativo por um processo legal. Documentar e testemunhar é necessário. Mas documentos e depoimentos não são memória em si. A organização de arquivos e as interpretações dos depoimentos para construir narrativas coerentes envolve seleção e ênfases que são aspectos do ofício histórico. “L’historien écrit et cette écriture n’est ni neutre ni transparente”, escreve o historiador Pierre Vidal-Naquet em sua polêmica contra o revisionismo do Holocausto,<sup>104</sup> assim também fazendo explícita a dificuldade de conceber tribunais como instrumentos da história e da memória. Uma corte decide – e deve decidir – sobre culpa ou inocência individual e fazendo isso deve se esforçar pela neutralidade e transparência. Se isso é bem-sucedido pode apenas ser aferido a partir de fora, talvez como em Nuremberg, apenas depois de décadas de avaliação e crítica. Um tipo de memória envolve precisamente essa avaliação e crítica, uma interação ativa com o passado a partir da perspectiva da própria recordação e experiência pessoais, uma memória que olha para o passado mas abre-se para o futuro, pronta para a transgressão, possivelmente para a reconciliação. Isso contrasta com outro tipo de memória, rotulado pelo filósofo Alain Finkelkraut como “memória vã”, em que nós, de fora, admiramos nossas próprias sensibilidades e capacidades morais para a compaixão rápida, uma memória

<sup>103</sup> Interrogatório da Senhora Drita Emini em 28 e 30 de maio de 2002, transcrição do julgamento de Milosevic, p. 5747-5764.

<sup>104</sup> VIDAL-NAQUET, P, 1987, p. 148.



que serve aos nossos projetos pessoais e sociais, bem removidas dos acontecimentos sob julgamento<sup>105</sup> – talvez a construção de uma “comunidade internacional” a partir das tragédias dos outros.<sup>106</sup>

Até agora, os procedimentos burocráticos e secos do TPII surtiram pouco efeito nas comunidades do território da ex-Iugoslávia. Não há muita evidência de um senso de culpa desenvolvido entre as populações. O espetáculo do julgamento de Milosevic foi seguido com interesse variado na imprensa e no terreno. Após cinco meses, outras preocupações parecem ter se instalado. Isso é da natureza do processo penal, o famoso tédio de Nuremberg tão frustrante para um jornalista, mas indispensável em um processo legal complexo. No entanto, não se pode deixar de se perguntar em que medida um processo conduzido perante juízes estrangeiros em Haia é capaz de atingir os fins didáticos esperados; até que ponto a memória dos Balcãs pode ser construída ou dirigida por um processo internacional. Já contrariadas pela ausência da pena de morte, e a celebração como um herói de um criminoso de guerra condenado em seu retorno a Zagreb depois de cumprir sua sentença de dois anos e meio,<sup>107</sup> as vítimas terão que aceitar ser ensinadas por um Ocidente hipócrita que assegurou que sua própria culpa não seria formalmente adjudicada no processo. No lado do agressor, a articulação da estória de Milosevic lhe dá uma medida de respeitabilidade que de outro modo nunca teria recebido. Tudo isso segue como uma questão de curso do julgamento criminal que busca a punição. Qualquer coisa além – “verdade”, “lição”, “catarse”, “reconciliação” – depende de como o tribunal será capaz de lidar com um paradoxo constitutivo que está no centro do seu trabalho.

Este é o paradoxo: para transmitir uma “verdade” histórica inequívoca ao seu público, o julgamento terá que silenciar o acusado. Mas nesse caso, ele acaba como um julgamento-espetáculo. Para que o julgamento seja legítimo, o acusado deve ter o direito de falar. Mas nesse caso, ele será capaz de desafiar a versão da verdade representada pelo promotor e relativizar a culpa que é imputada a ele pelos poderes sobre cuja força

<sup>105</sup> FINKELKRAUT, A., 1998.

<sup>106</sup> Muitas vezes parece que a memória para a qual o julgamento em Haia é encenado não é a memória das populações dos Balcãs, mas a de uma “comunidade internacional” narrando seu passado como uma narrativa de progresso de “Nuremberg a Haia,” impunidade para o Estado de Direito. Essa “comunidade” construir-se-ia na imagem de um “tempo público” (em analogia com o “espaço público”), no qual contemplaria seu passado e daria um significado moral a desastres como Ruanda ou Srebrenica como que insinuando uma promessa de futuro radiante. Sobre a ideia do “tempo público”, cf. VILLAVENCIO, 1996, p. 216-217.

<sup>107</sup> HAZAN, P., 2000, p. 243-247.

o Tribunal se sustenta. A verdade da revolução será sua e ele mesmo um mártir para a causa revolucionária.

## REFERÊNCIAS

- AKHAVAN, P. Beyond Impunity. Can International Criminal Justice Prevent Future Atrocities? *American Journal of International Law*, v. 95, 2001.
- ARENDRT, H. *Eichaman in Jerusalem. A report on the Banality of Evil*. Nova Iorque: Penguin Books, 1963.
- BASS, G. *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- BASSIOUNI, C.M. *Crimes against Humanity in International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1992.
- BESANÇON, A. *Le malheur du siècle: sur le communisme le nazisme et l'unicité de la Shoah*. Paris: Fayard, 1998.
- BINDER, G. *Representing Nazism: Advocacy and Identity in the Trail of Klaus Barbie*. Yale Law Journal, v. 14, 1989.
- BLOXHAM, D. *Genocide on Trial, War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.
- BORNEMAN, J. *Settling Accounts. Violence, Justice and Accountability in Postsocialist Europe*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- BOURETZ, P. Prescription: table ronde du 22 janvier 1999. *Droits*, v. 31, 2000.
- BUSCHER, F. M., *The U.S. War Crimes Trials Programme in Germany*. Santa Barbara: Praeger, 1989.
- CASSESE, A. *Law and Violence in the Modern Age*. Princeton: Princeton University Press, 1986.
- CASSESE, A. On the Current Trend towards Criminal Prosecution and Punishment for Breaches of International Humanitarian Law. *European Journal of International Law*, v.9, 1998.
- CAVOSKI, K. Juger l'histoire. In: GALLOIS, P. M.; VERGÈS, J. *L'apartheid judiciaire: ou Le TPI, arme de guerre*. Lausanne: L'Âge d'Homme, 2002.
- CHALANDON, S. Le procès de Klaus Barbie. In: CHALANDON, S.; NIVELLE, P. (Eds). *Crimes contre l'humanité. Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*. Timmendorfer Strand: Plon, 1998.
- CHALANDON, S.; NIVELLE, P. (Eds). *Crimes contre l'humanité. Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*. Timmendorfer Strand: Plon, 1998.
- CHÂTELOT, C. Le procès Milosevic s'enfonce dans la routine. *Le Monde*, 25 de maio de 2002.
- DAVIDOWICZ, L. *The Nazi War Against the Jews: 1933-1945*. Nova Iorque: Bantam Books, 1995.
- DOUGLAS, L. Régenter le passé: Le négationnisme et la loi. In: BRAYARD, F. (Ed), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*. 2000.
- DOUGLAS, L. *The Memory of Judgment. Making Law History in the Trials of the Holocaust*. Yale: Yale University Press, 2001.
- FINKELKRAUT, A. *La mémoire vaine. Du crime contre l'humanité*. Paris: Gallimard, 1998.
- FREI, N. Le retour du droit en Allemagne. La justice et l'histoire contemporaine après l'Holocauste - un bilan provisoire. In: BRAYARD, F. (Ed), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*. 2000.
- FROSSARD, A. *Le crime l'humanité*. Paris: Robert Laffont, 1997.
- GRAML, H.; HENKE, K.D. Nach Hitler. *Der schwierige Umgang unserer Geschichte. Beiträge von Martin Broszat*. Munique: Hermann Graml, 1987.
- GREWE, W. *The Epoch of International Law*. Tradução : BYERS, M. Boston: De Gruyter, 2000.
- GROSSER, A. *Le crime et la mémoire*. Paris: Flammarion, 1989.
- GUTTENPLAN, D. D. *The Holocaust on Trial. History, Justice and David Irving Libel Case*. London: Granta, 2001.
- HAZAN, P. *La justice face à la Guerre. De Nuremberg à la Haye*. Paris: Stock, 2000.

- JUNG, S. *Die Rechtsproblem der Nürnberger Prozesse*. Tübingen: Mohr, 1992.
- KISS, E. Moral Ambition Within and Beyond Political Constraints. Reflections on Restorative Justice. In: ROTBERG, R.J.; THOMPSON, D. *Truth v. Justice. The Morality of Truth Commissions*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- KLABBERS, J. Just Revenge? The deterrence Argument in International Criminal Law. *Yearbook of International Law*, v. 11, 200.
- KOHLER, L.; KOHLER, H. (Ed). *Hannah Arendt - Karl Jaspers. Correspondence 1992-1969*. Nova Iorque: Mariner Books, 1996.
- KOSKENIEMMI, M. The Silence of Law/ The Voice of Justice. In BOISSON DE CHAZOURNES, L.; SANDS, P. *International Law, International Court of Justice, and Nuclear Weapons*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- KOSKENIEMI - book review - *International and Comparative Law Quarterly*, v.51, 2002.
- Kritische Justiz, 35, 2002.
- KOSKENIEMI, M. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002a.
- KOSKENIEMI, M. The Lady Doth Protest too Much. Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. *The Modern Law Review*, v.65, 2002b.
- LAQUIÈZE, A. Le débat de 1964 sur l'imprescritibilité des crimes contre l'humanité. *Droits*, v. 31, 2000.
- LÉVY-WILLARD, A.; VALLAEYS, B. Those who Organized the Trains Knew There Would be Deaths. In: GOLSAN, R. J. *The Papon Affair. Memory and Justice on Trial*. Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2000.
- LOCHAK, D. Prescriptions, remarques dans um table round du 22 janvier 1999, *Droits*, v. 31, 2000.
- LYOTARD, J. F. *The Differend. Phases in Dispute*. Tradução: ABEELE, G. Van Den. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.
- MARRUS, M. *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-46. A Documentary History*. Boston: Bedford/St. Martin's, 1997.
- MARRUS, M.; PAXTON, R. O. *Vichy France and the Jews*. Sanford: Stanford University Press, 1983.
- MCADAMS, J. *Judging the Past in Unified Germany*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001.
- MESSERSCHMIDT, M. La quête de la responsabilité.... In: WIEVIORKA, A. (Ed). WIEVIORKA, A. (Ed). *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*. Bruxelles: Complexe, 1996.
- MOGHADLI, K.C. No peace without Justice. The Role of International Criminal and Humanitarian Law in Conflict Settlemente and Reconciliation. In: *From Impunity to a Culture of Acountability*. Utrecht, 26-28 novembro de 2001.
- MORGENTHAU, H. *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*. Leipzig : R. Noske, 1929.
- NIVELLE, P. Le procès papon. In: CHALANDON, S.; NIVELLE, P. (Eds). *Crimes contre l'humanité. Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*. Timmendorfer Strand: Plon, 1998.
- NTANDA NSERKO, D.D. Genocidal Conflict in Rwanda and the ICTR. *The Netherlands International Reviews*, v. 48, 2001.
- PAXTON R. O. Libération 3 October 1997. In: GOLSAN, R. J. *The Papon Affair. Memory and Justice on Trial*. Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2000.
- PAXTON, R. O. Vichy on Trial. In: GOLSAN, R. J. *The Papon Affair. Memory and Justice on Trial*. Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2000.
- PENDAS, D.O. 'Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était' Le procès d'Auschwit à Francfort et l'opinion public allemande. In: BRAYARD, F. (Ed), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*. 2000.
- PENDAS, D.O. Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était' Le procès d'Auschwit à Francfort et l'opinion public allemande. In: BRAYARD, F. (Ed), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*. 2000.

- ROTBURG, R.J. Truth Commissions and the Provision of Truth Justice, and Reconciliation. In: ROTBERG, R.J.; THOMPSON, D. Truth v. Justice. *The Morality of Truth Commissions*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- ROUSSO H. The Vichy Syndrome. *History and memory in France since 1944*. Tradução: GOLDHAMMER, A. Boston: Harvard University Press, 1991.
- RÜCKEL, A. NS-Verbrechen vor Gericht. *Verusch einer Vergangenheitsbewältigung*. Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 1984.
- SADAT, L. The Legal Legacy of Maurice Papon. In: GOLSAN, R. J. *The Papon Affair. Memory and Justice on Trial*. Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2000.
- TALLGREN, I. The sensibility and sense of International Criminal Law. *European Journal of International Law*, v.13, 2002.
- TAYLOR, T. *The Anatomy of the Nuremberg Trials. A personal Memoir*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf Inc., 1992.
- TEITEL, G. *Transitional Justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.
- TODOROV, T. *Tentation du bien, mémoire du mal*. Paris: Robert Laffont, 2000.
- TUSA, A.; TUSA, J. *The Nuremberg Trial*. Nova Iorque: Skyhorse Publishing, 1983.
- VERGÉS, J. *De la stratégie judiciaire*. Paris: Minuit, 1968.
- VERHOEVEN, J. Vers un ordre répressif universel? *Annuaire Français de Droit International*, v. 45, 1999.
- VIATTEAU, A. Comment a été traitée la question de Katyn à Nuremberg. In WIEVIORKA, A. (Ed). *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*. Bruxelles: Complexe, 1996.
- VIDAL-NAQUET, P. *Les assassins de la mémoire*. Paris: La Découverte, 1987.
- WEILL, N.; SOLÉ, R. Today, Everything Converges on the Haunting Memory of Vichy. Entrevista com NORA, P. Le Mond, 1 de Outubro de 1997. In: GOLSAN, R. J. *The Papon Affair. Memory and Justice on Trial*. Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2000.
- WEXLER, L. S., The Interpretation of The Nuremberg principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again. *Columbia Journal of Transnational Law*, v.32, 1994.
- WIEVIORKE, A. La France et le procès de Nuremberg. In: WIEVIORKA, A. (Ed). *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*. Bruxelles: Complexe, 1996.
- WILDT, M. Des vérités qui diffèrent. Historiens et procureurs face aux crimes de Nazis. In: BRAYARD, F. (Ed), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*. 2000

# EXPERIÊNCIAS ANTERIORES À SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: FORMAÇÃO DE PARADIGMAS DE JUSTIÇA INTERNACIONAL PENAL

*Tarciso Dal Maso Jardim*

## 1. PARADIGMA HUMANITÁRIO – A GÊNESE DOS CRIMES DE GUERRA COMO PONTO DE PARTIDA

Os tribunais internacionais de Nuremberg e de Tóquio, criados após a Segunda Guerra Mundial, são considerados, com frequência, como a origem da justiça internacional penal, o que ignora longo desenvolvimento doutrinário sobre o assunto, algumas experiências frustradas, a anterior construção jurídica do que se compreende como crime internacional e a formação dos paradigmas do atual quadro de jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas.

Como elemento de partida, importa destacar que os crimes internacionais foram sendo identificados apesar da ausência de correlato mecanismo que ordenasse a responsabilidade internacional penal. Em outros termos, as mais graves violações do direito internacional foram consideradas potencialmente como crime antes da constituição efetiva de um regime internacional penal. Posteriormente, quando as consequências penais dessas violações foram melhor aclaradas, a tarefa de investigação e da punição dos possíveis responsáveis foram atribuídas aos tribunais nacionais e às instituições internacionais, ainda com restrições<sup>1</sup>.

Igualmente notório é o fato de, entre todos os tipos penais internacionais que fazem parte das atuais jurisdições internacionais, os crimes de guerra são os mais antigos.

---

<sup>1</sup> Há muitas e variadas jurisdições internacionais penais atualmente, mas elas ainda mantêm limites indesejados de jurisdição, como os provocados pela não ratificação do Estatuto de Roma por certas potências, o que contribui para visão do direito internacional penal como um ramo do direito com aspectos rudimentares. CASSESE Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 17.

A história dos crimes de guerra perpassa o curso das sociedades e sua repressão possui contornos consuetudinários inegáveis. Contudo, considerado o objeto aqui proposto, teceremos considerações sobre dois momentos importantes para a construção da responsabilidade internacional penal segundo olhar contemporâneo. Primeiro, o julgamento do cavaleiro Pierre de Hagenbach por crimes de guerra, considerado equivocadamente por alguns autores como exemplo pioneiro da justiça internacional penal. Segundo, o início da codificação dos crimes de guerra, a partir da Convenção de Genebra de 1864 e o debate em torno da possibilidade de criação de uma jurisdição internacional penal para julgar seus violadores.

### 1.1. O crime ainda não internacional e o julgamento “internacional” do cavaleiro Hagenbach

O julgamento internacional mais antigo de índole penal referido pela doutrina atual é o ocorrido contra Pierre de Hagenbach, em 9 de maio de 1474. Essa hipótese de jurisdição foi propagada por Schwarzenberger com seu artigo no *Manchester Guardian*, de 28 setembro de 1946, intitulado “A Forerunner of Nuremberg : the Breisach war crimes of 1474”<sup>2</sup>, e rapidamente se transformou em referência para o direito internacional penal<sup>3</sup>.

#### 1.1.1. Os crimes ainda não internacionais

O cavaleiro Hagenbach foi acusado de ter cometido assassinatos, pilhagens, detenções arbitrárias, agressões e violações sexuais, invadir casas para alojar combatentes, cobrar impostos abusivos, entre outras acusações<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> SCHWARZENBERG Georg, «A Forerunner of Nuremberg: the Breisach War Crimes of 1474», in *Manchester Guardian*, 28<sup>th</sup> September, 1946, section 9, p. 4. Ver também SCHWARZENBERG Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Conflict*, v. II, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1968, p. 466.

<sup>3</sup> FINCH George A., “The Nuremberg Trial and International Law”, in *The American Journal of International Law*, V. 41, N<sup>o</sup>. 1 (Jan., 1947), pp. 20-37; *Estados Unidos c. von Leeb*, Case n<sup>o</sup>. 72, The German High Command Trial, Trial of Wilhelm von Leeb and thirteen others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30<sup>th</sup> December, 1947 – 28<sup>th</sup> October, 1948, in United Nations war Crimes Commission (selected and prepared by), *Law Reports of Trials of War Criminals*, His Majesty’s Stationery Office, London, 1949, v. XII, p. 61; WOETZEL Robert K., *The Nuremberg Trials in International Law*, Stevens & Sons Ltd., London / Praeger Inc., New York, 1960, pp. 20-1; BASSIOUNI Cherif, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, Sijthoff & Noordhoff Publishers, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 8.

<sup>4</sup> BARANTE M. de, *Histoire des Ducs de Bourgogne de la Maison de Valois (1364-1477)*, Tome Dixième – Charles le Téméraire, quatrième édition, Paris, Librairie Ladvocat, 1826, pp.190-1.

Esses crimes teriam sido cometidos durante quatro anos que administrava os territórios de Ferrette e da alta Alsácia, repassados pelo duque Sigismundo da Áustria a Carlos I, o Temerário, duque da Borgonha, em decorrência do tratado de Saint-Omer (1469). Hagenbach, em grande medida apoiado pelo duque da Borgonha, não respeitou o ato de juramento em questão e teria violado as *leis de Deus e dos homens*, segundo a acusação do procurador Henry Iselin<sup>5</sup>.

Os crimes foram descritos como violação da base contratual (tratado de Saint-Omer) e do direito natural. Entretanto, segundo Schwarzenberger<sup>6</sup>, esses crimes seriam similares aos crimes contra a humanidade previstos no art. 6, *c*<sup>7</sup>, do Estatuto do Tribunal internacional militar de Nuremberg. Alternativamente, eles poderiam ser considerados como crimes de guerra<sup>8</sup> em sentido amplo, se a situação fosse definida como atos de hostilidade em território austríaco sob ocupação borgonhesa. Justamente essa última hipótese justifica o subtítulo do artigo de Schwarzenberger no *Manchester Guardian* em 1947: “the Breisach war crimes of 1474”. Na realidade, apesar de podermos nesse caso buscar raízes europeias dos dois tipos de crimes internacionais, a posição de Schwarzenberger não tem precisão científica e deve ser incluída como um suporte argumentativo ao tribunal de Nuremberg<sup>9</sup>. Nesse sentido, reconhece o tribunal militar americano no caso *Estados Unidos c. von Leeb*:

We also refer to an article from the *Manchester Guardian* of 28<sup>th</sup> September, 1946, containing a description of the trial of Sir Peter of Hagenbach held

<sup>5</sup> BARANTE M. de, op. cit., p. 190.

<sup>6</sup> SCHWARZENBERG Georg, «A Forerunner of Nuremberg: the Breisach War Crimes of 1474», loc. cit.

<sup>7</sup> Art. 6, *c*, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg: “(c) Dos Crimes contra a humanidade: homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos ou perseguições, constituindo ou não violação de direito interno do país onde foram cometidos, foram cometidos como parte de qualquer crime sujeito à jurisdição do Tribunal, ou em conexão com este crime”.

<sup>8</sup> Art. 6, *b*, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg: “(b) Crimes de guerra: as violações de leis e costumes da guerra. Estas violações incluem, entre outros, maus-tratos e deportação para trabalhos forçados, ou para qualquer outra finalidade, da população civil em território ocupado; homicídio ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas no mar; execução de reféns; pilhagem de propriedade pública ou privada; destruição arbitrária de cidades e aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar”.

<sup>9</sup> DESCHÊNES Jules, “Toward international criminal justice”, in CLARK Roger S.; SANN Madeleine (ed.), *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1996, p 32.

at Breisach in 1474. The charges against him were analogous to ‘Crimes against Humanity’ in modern concept. He was convicted.

However, these citations are of academic interest only, merely given to show the soundness of the Judgment of the IMT. We think it may be said the basic law before mentioned simply declared, developed, and implemented International Common Law.<sup>10</sup>

Igualmente sublinhemos que as relações internacionais e as comunicações no século XV não eram estruturadas para identificar regras universais. No máximo, havia ambiências intelectuais e políticas que projetavam transformações do direito no século XVI.

De um lado, os fatos do caso Hagenbach são marcados por relações de suserania e votos de obediência, e não entre soberanias. Os territórios centrais onde Hagenbach cometeu seus crimes eram cedidos sob garantias ao duque da Borgonha, a partir de pagamento de uma soma de 50.000 florins de ouro à Casa da Áustria e de outras condições reguladas pelo tratado de Saint-Omer, como a manutenção de algumas autonomias e liberdades dos habitantes e a possibilidade de “readquirir os territórios”<sup>11</sup>. As ações criminais de Hagenbach foram consideradas justamente como contrárias a esses termos de suserania. Analogicamente, parte dessas ações poderia ser caracterizada como violações cometidas em território ocupado, a partir do momento em que o duque não aceitou o pagamento oferecido por Sigismundo da Áustria para “readquirir” suas terras e tampouco as restituiu. Ao contrário, como meio de resistência, ele ocupa a estratégica Breisach<sup>12</sup>. Assim, alguns atos de hostilidade cometidos « sob ocupação » poderiam estar associados aos crimes de guerra, apesar de o mais correto ser os classificar como uma forma primitiva de crimes contra a humanidade<sup>13</sup>.

De outro lado, o direito aplicado fazia parte de normas aceitas pelas cidades e pela nobreza suíça e do Sacro Império Romano. Costumeiramente,

<sup>10</sup> Caso *Estados Unidos c. von Leeb*, loc. cit., p. 61.

<sup>11</sup> O duque da Borgonha considerava essa cláusula do tratado como uma simples formalidade, pois conhecia a prodigalidade de Sigismundo e não acreditava que ele reunisse dinheiro para « readquirir » essas terras. CLAERR STAMM Gabrielle, *Pierre de Hagenbach : le destin tragique d'un chevalier sundgauvien au service de Charles le Téméraire*, Société d'Histoire du Sundgau, Strasbourg, 2004, p. 69.

<sup>12</sup> Breisach era uma fortaleza que comandava a rota da Alsácia ao leste. CLAERR STAMM Gabrielle, op. cit., pp. 69 et 74.

<sup>13</sup> GREPPI Edoardo, « The evolution of individual criminal responsibility under international law », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n. 835, 1999, pp. 531-553; LEONARD Eric K., *The Onset of Global Governance: International Relations Theory and the International Criminal Court*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 2005, p. 18.



elas eram ligadas às regras da cavalaria e dos códigos de conduta dos exércitos, oriundas do direito natural ou do direito imperial. Entretanto, o direito penal costumeiro dos membros do Sacro Império Romano não estava harmonizado no momento do caso *Hagenbach*. As tentativas de reformas unificadoras do direito penal medieval do Sacro Império Romano, a partir da recepção do direito romano, obtiveram os primeiros resultados significativos com as *ordonnances* de Bamberg (1507) e de Brandebourg (1516), que anunciaram um código penal do imperador<sup>14</sup>. Assim, não havia um direito comum entre as cidades participantes do julgamento de Hagenbach a justificar um direito penal com motivação “humanista”.

O internacionalismo do direito nesse caso é reduzido ao direito natural emergente, que teria importância fundamental na formulação do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, mas com autores posteriores ao julgamento de Hagenbach, especialmente os da Escola de Salamanca e Hugo Grotius, nos séculos XVI e XVII. De qualquer forma, o direito aplicado no caso em análise não é o direito internacional em sentido moderno<sup>15</sup>.

### 1.1.2. A jurisdição “internacional” penal

Conforme exposto, não podemos afirmar que Hagenbach foi julgado por crimes internacionais no sentido estrito, tampouco que seu julgamento fazia parte de uma jurisdição internacional penal. Por iniciativa do arquiduque da Áustria, uma jurisdição intercomunal com fundamento no direito da cavalaria e no direito natural foi criado, como demonstra essa narrativa de Barante:

Chaque ville avait quelque grief à lui imputer, et réclamait sa punition. Afin que toutes fussent assurées d’avoir bonne justice, l’archiduc régla qu’il aurait pour juges des hommes graves et sages, députés par toutes les villes, Strasbourg, Colmar, Schelestadt, Fribourg en Brisgau, Brisach, et Bâle, et seize chevaliers pour l’ordre de la noblesse. Berne et Soleure, bien que villes suisses, envoyèrent aussi leurs députés prendre part au jugement<sup>16</sup>.

Após doze horas de julgamento, Gaspard Hurter, arauto do imperador, anuncia que Hagenbach fora condenado à morte e, por requisição de

<sup>14</sup> CARTUYVELS Yves, *D’où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Les Presses de l’Université de Montréal, les Presses de l’Université d’Ottawa, De Boeck Université (Bruxelles), 1996, p. 28.

<sup>15</sup> CRYER Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, p. 18.

<sup>16</sup> BARANTE M. de, op. cit., p. 189.

dezesseis juizes cavaleiros, ele é destituído de sua dignidade de cavaleiro e de todas as suas honrarias<sup>17</sup>.

O fato de que o Sacro Império Romano não se caracterizasse pela unidade e de as cidades suíças envolvidas fossem fortemente independentes são fatores considerados por alguns autores como suficientes para afirmar que a jurisdição exercida era internacional<sup>18</sup>. Contrariamente, o caráter internacional de julgamento em uma época anterior ao direito internacional moderno é duramente contestável, apesar desse exemplo nos oferecer indicativos históricos importantes para análise<sup>19</sup>.

Sobre a reparação do dano provocado por Hagenbach, poderíamos tecer duas observações. Primeiro, o suserano duque de Borgonha era reconhecido como responsável por atos de Hagenbach, quanto a tal reparação. O emblemático caso das minas de prata do abade de Lure demonstra que o duque de Borgonha, em nome de seus interesses econômicos e de poder, apoiava as ações de Hagenbach, que aproveitava dessa confiança para cometer abusos. Nessa situação, o duque requisitou arbitrariamente as minas de Plancher do abade de Lure em 4 de setembro de 1470, instigado por Hagenbach, que, sem esperar informe jurídico de Dijon, deteve o abade junto com cavaleiros e escudeiros que lhe acompanhavam. Ele relaxaria essa detenção em troca de um juramento de lealdade do abade ao duque<sup>20</sup>.

Posteriormente, o abade solicitou ao duque a anulação desse juramento e a reparação do dano respectivo, segundo carta de 17 de janeiro de 1472:

He asks us to annul and repeal the oath made by him as described, as not being customary and as being an infringement of the franchises ; liberties and powers of his said church, and [he asks] that condign and sufficient

<sup>17</sup> BARANTE M. de, op. cit., p. 194.

<sup>18</sup> SCHWARZENBERGER Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Conflict*, op. cit., p. 464; GREPPI Edoardo, « The evolution of individual criminal responsibility under international law », op. cit., pp. 531-553.

<sup>19</sup> McCORMARK Timothy L. H., « From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime », in McCORMARK Timothy L. H., SIMPSON Guerry J., *The Law of War Crimes: national and international approaches*, Kluwer Law International, La Haye/Londres/Boston, 1997, pp. 37-39; CRYER Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, pp. 18-19. Para uma visão distinta, ver GORDON, Gregory. “The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law”, in HELLER, Kevin and SIMPSON, Gerry (eds.). *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp.13-49.

<sup>20</sup> BRAUNSTEIN Philippe, *Travail et Entreprise au Moyen Age*, De Boeck Université, Bruxelles, 2003, p.271.

reparation be made to him for the shame, injuries, violences and arrest inflicted on him and the others above-mentioned by our said bailiff and that, above all, it may please us to administer brisk and fair satisfaction and justice<sup>21</sup>.

O duque submete a questão ao conselho de Dijon, que não reconhece o dano, mas restitui as minas a título provisório ao abade de Lure mediante sentença de 1472<sup>22</sup>. Podemos constatar que os atos atentatórios à dignidade das pessoas cometidos por Hagenbach faziam parte de uma política geral de domínio do duque da Borgonha, que conhecia a situação e a tolerava. Os atos de Hagenbach seriam reconhecidos como de sua responsabilidade individual em matéria penal, por várias entidades políticas, mas a reparação do dano causado por esses atos eram da sociedade política em nome da qual ele agia, ou seja, o ducado de Borgonha.

Segundo, conforme Barante, Hagenbach solicitou perdão a Deus e às vítimas antes de morrer:

Je ne regrette ni ma vie, ni mon corps ; je supplie seulement Dieu de me pardonner d'avoir mérité une telle sentence et plus cruelle encore. Vous tous aussi, dont j'ai été le gouverneur durant quatre années, pardonnez-moi ce que j'ai pu faire par défaut de sagesse ou par malice : j'étais homme ; priez pour moi<sup>23</sup>.

O pedido de perdão de Hagenbach tem conteúdo religioso, mas ele reconhece seus erros não somente diante seu Deus, mas também diante suas vítimas e aos que acompanhavam o julgamento. Essa postura de Hagenbach, de pedir perdão às vítimas, poderia ser hoje percebida como um fator para diminuição de pena ou uma forma de reparação frente jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas.

## **1.2. As tentativas de tipificar atos contrários à Convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864 para a melhoria dos militares feridos nos exércitos em campanha**

Diferentemente da indefinição do direito aplicado no caso Hagenbach, a Convenção de Genebra de 1864 para a melhoria dos militares feridos

<sup>21</sup> VAUGHAN Richard, *Charles the Bold: the last valois duke of Burgundy*, Boydell & Brewer, Woodbridge, Suffolk, U.K.; Rochester, N.Y., 2002, p.98.

<sup>22</sup> BESSON Abbé L., *Mémoire historique sur l'abbaye et la ville de Lure suivi d'une notice sur le prieuré de Saint-Antoine et les seigneurs de Lure et de passavant*, Bintot imprimeur-éditeur, Besançon, 1846, pp. 83-4.

<sup>23</sup> BARANTE M. de, op. cit., p. 196.

nos exércitos em campanha pertence sem dúvida ao direito internacional. Na realidade, podemos afirmar que tal tratado inaugurou o direito internacional humanitário escrito com vocação universal, e, em torno dele, a doutrina contemporânea do direito internacional penal emergiu. O sucesso dessa Convenção é devido ao trabalho de uma geração de humanistas, como Gustave Moynier, um dos fundadores do movimento da Cruz Vermelha e do Instituto de Direito Internacional e negociador da Convenção de 1864.

A Convenção de Genebra de 1864 fixou normas até hoje atuais, como o princípio da neutralidade (inviolabilidade) do pessoal sanitário e dos bens sanitários; a obrigação de cuidar dos feridos e enfermos sem distinção de nacionalidade; e o emblema distintivo da cruz vermelha sob fundo branco identificando o pessoal sanitário e os bens sanitários. Importa igualmente notar que, logo após a Convenção ter sido celebrada, projetos foram concebidos para reprimir as violações de seus preceitos, bem como para estabelecer mecanismos para investigar e julgar internacionalmente seus responsáveis.

### 1.2.1. O primeiro ensaio de tipificação dos crimes de guerra

A Convenção de Genebra de 1864 confiou aos Estados a tarefa de aplicá-la, mas sem fazer menção à tipificação das condutas por ela rechaçadas. Na realidade, o art. 8º da Convenção simplesmente fixa que os detalhes de sua execução, conforme os princípios gerais lá enunciados, serão regulados pelos comandantes dos exércitos beligerantes, segundo as instruções de seus governos respectivos.

Alcançar acordo sobre esse tema já era uma vitória e almejar tipos penais não estava sobre a mesa. No momento da negociação da Convenção de Genebra de 1864 haviam pouquíssimos tratados que previam sanções penais por violações a tratados<sup>24</sup>. Como exemplo raro, podemos mencionar a Convenção de Mainz de 31 de março de 1831, relativa à navegação no Reno, e o tratado entre Suíça e a França sobre propriedade literária, artística e industrial de 30 de junho de 1864, que permitiam aos tribunais nacionais aplicarem penas aos ofensores do tratado e de determinar reparações a suas vítimas<sup>25</sup>. Havia, contudo, a concepção da jurisdição universal, concebida

<sup>24</sup> MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, Soullier et Wirth, Genève, 1872, p.3.

<sup>25</sup> ROLIN-JAEQUEMYS Gustave, « Convention de Genève : Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention ». In *Revue de droit international et de législation comparée*, 1872, pp. 340-1.

inicialmente para o crime de pirataria. Cita-se o *leading case Estados Unidos v. Smith*, de 1820, quando a Suprema Corte estadunidense considerou os piratas como inimigos da humanidade (*hostis humani generis*) e, portanto, puníveis nos tribunais de todas as nações<sup>26</sup>.

As críticas contra o art. 8º da Convenção faziam parte de uma nova aprendizagem. Inicialmente, Moynier vislumbrava esse artigo como um complemento normal e feliz do tratado e não como o culpado pela não efetividade da Convenção nas guerras<sup>27</sup>. Contudo, ele acreditava que havia a necessidade de mecanismos adicionais ao previsto pelo art. 8º, mas não sua supressão<sup>28</sup>. Em 1870, Moynier confessou que o esperado pelos negociadores da Convenção era que os Estados partes tipificassem os atos contrários a ela e os reprimissem. Como exemplo, evocou a proposição de 2 de dezembro de 1868 de Ferdinando Palasciano, segundo o qual ele sugeriu tipificar os atos proibidos pela Convenção de 1864 no contexto da reforma do código penal marítimo do Reino da Itália<sup>29</sup>. O pioneiro médico e parlamentar italiano desejava, assim, adaptar os princípios dessa Convenção à guerra marítima, o que internacionalmente fora feito em Genebra em 20 de outubro de 1868 mediante os artigos adicionais à Convenção, os quais a Itália havia assinado, mas que somente fora ratificado pelos Estados Unidos, em 1882.

<sup>26</sup> SCHARF Michael P., “Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression”, in *Harvard International Law Journal*, Volume 53, Number 2, Summer 2012, pp.366.

<sup>27</sup> MOYNIER Gustave, *La Convention de Genève pendant la guerre franco-allemande*, Imprimerie Soullier & Wirth, Genève, 1873, p. 52.

<sup>28</sup> Mesmo após essa posição de Moynier, Gillot considerava o art. 8º como inútil: « Nuisible si les commandants en chef y voient la possibilité pour eux d’appliquer ou non la Convention suivant qu’ils jugeront son application propice ou gênante – Inutile si l’on entend par là qu’il importe aux commandants de veiller à la stricte observation de la Convention ». GILLOT Louis, « La Révision de la Convention de Genève », Arthur Rousseau Paris, 1901, pp. 329.

<sup>29</sup> Segundo tradução de Moynier, o projeto de Palasciano era o seguinte : « a) Quiconque aura dépouillé soit un homme de la marine, soit un individu adjoint au service militaire naval, soit un prisonnier de guerre, lesquels seraient trouvés blessés ou malades, ou aura commis sur leur personne les actes visés par les articles 279, 280 e 281 du présent code, sera puni, selon les circonstances, de la mort, ou des travaux forcés à vie ou à temps, sans préjudice de la dégradation s’il y a lieu. b) Le vol, le détournement ou la destruction des vivres, médicaments, engins et instruments destinés au soulagement des malades et des blessés, quel que soit celui des belligérants auquel ils appartiennent, sera puni du maximum de la réclusion militaire. c) la détention arbitraire des blessés ou des malades neutralisés sera punie des travaux forcés à temps. d) La détention arbitraire des personnes neutralisées, sans être ni malades ni blessés, sera punie de la réclusion militaire de sept ans au minimum. e) la fraude commise en simulant soit le fait d’être malade ou blessé, soit toute autre qualité qui rend une personne neutre, sera punie du maximum de la réclusion militaire ». MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, Librairie de Joël Cherbuliez, Paris, 1870, pp. 309-310.

Se Moynier esperava um gesto razoável dos Estados em direção à implementação da Convenção, a tipificação internacional foi proposta por outro negociador durante esse processo de ampliação da Convenção de 1864, que culminou no tratado de 1868. O movimento revisionista teve as primeiras manifestações feitas pela sociedade médica de Darmstadt em 1865, objetivando justamente a aplicação da Convenção nas guerras navais. Exatamente nessa cidade o militar e cavaleiro Karl August Brodrück, um dos negociadores da Convenção de 1864 em nome do Grã-Ducado de Hesse, propôs uma Convenção penal para a complementar<sup>30</sup>. Pela primeira vez a tipificação internacional fora concretamente proposta, no sentido que entendemos hoje, com os seguintes artigos:

1 - Quem roubou, maltratou ou feriu soldado fora de combate, como feridos, enfermos ou prisioneiros, será punido com pena de prisão e degradação, ou, se provocou morte, a pena de morte.

2 - Qualquer pessoa que, conscientemente e sem uma ordem de serviço, perturbado pela força no cumprimento de seu mandato ou feito prisioneiro um oficial médico do exército inimigo, ou qualquer outro indivíduo pertencente ao pessoal médico sanitário inimigo e equipado com o emblema internacional, será punido com pena de prisão. Será punido com a mesma pena e com a degradação qualquer que, intencionalmente e sem provocação anterior, maltratou ou feriu uma das pessoas acima designadas; se abusados ou feridos uma das pessoas designadas acima, se a provocou morte, a pena será a capital.

3 - Será punido com as penas características contra roubo, pilhagem, ou extorsão, qualquer pessoa que, sem uma ordem de serviço, apreendeu, danificou ou destruiu material sanitário de qualquer exército a que pertença.

4 - Será punido com a exclusão do serviço, ou a degradação e prisão, qualquer militar que intencionalmente, com premeditação e sem provocação anterior, executou ou ordenou um ataque armado contra locais de enfermaria, de leprosários, ambulâncias, ou contra um comboio, seja de feridos ou de enfermos.

5 - Qualquer médico militar e qualquer pessoa pertencente ao serviço sanitário ou adjunto a este serviço, e munido do emblema internacional, que, além do caso evidente de legítima defesa, participou a um combate

<sup>30</sup> BRODRÜCK, Karl August. *Das Kriegsrecht des neunzehnten Jahrhunderts in Beziehung auf den Genfer Congress*. Darmstadt, 1865, p. 46. Jamais encontrei esse livro, mas construo essa citação a partir de referências e pistas retiradas de obras do século XIX.

ou engajamento, ou cometeu qualquer outro ato de hostilidade, será punido com pena de prisão e, se for o caso, com a exclusão do serviço ou a degradação.<sup>31</sup>

Brodrück morreu em 1866 e não teve tempo de expor suas idéias, mas com seus artigos propostos ele inspirou Moynier a buscar estratégias para tipicar os atos contrários à Convenção de Genebra de 1864. Nesse prisma, cumpre ressaltar que Rolin-Jaequemyns, seguido de Moynier<sup>32</sup>, defendia que a tipificação internacional deveria ser estendida a outros tratados similares à Convenção de Genebra. Eles reconheciam, então, a existência de uma família de crimes de guerra, como afirmou Moynier:

Ce n'est pas seulement à Genève qu'on a légiféré sur la guerre : à Paris en 1856, à St-Petersbourg en 1868, on a fait de même. Dès lors, il serait logique de mettre ces derniers traités, sans préjudice de ceux de la même famille qui sont encore à naître, au bénéfice des faveurs octroyées à celui pour lequel je les revendique<sup>33</sup>.

Os dois tratados mencionados por Moynier são a Declaração regulando vários pontos do direito marítimo, de 16 de abril de 1856, e a Declaração de São Petersburgo sobre a proibição do uso de certos projéteis em tempo de guerra, de 11 de dezembro de 1868. A Declaração de 1856, sucedânea à Guerra da Criméia e por ela influenciada, é uma extensão da proibição da pirataria, evitando a emissão de carta de corso e contrabandos de guerra e de bloqueio militar, não tendo uma trajetória unanime. Moynier et Engelhardt, em relatório conjunto de 1895 ao Instituto de Direito Internacional, quando avaliavam as dificuldades enfrentadas para obter a tipificação internacional, fizeram referência à posição dos Estados Unidos sobre o acordo de 1856, ao qual se opuseram em razão de admitirem a carta de corso como prática legítima<sup>34</sup>. De fato, 150 anos depois,

<sup>31</sup> Versão feita a partir de tradução de Gustave Moynier em seu *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., pp. 307-309.

<sup>32</sup> MOYNIER Gustave, « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève », loc. cit., 1872, p. 9.

<sup>33</sup> MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, Imprimerie F. Regamey, Lausanne, 1893, p. 30.

<sup>34</sup> Relatório apresentado em nome da Sexta Comissão por G. MOYNIER et Ed. ENGELHARDT, relatores, « De la sanction pénale à donner à la Convention de Genève », in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, quatorzième volume (1895-1896), Session de Cambridge – Aout 1895, A. Pedone Librairie éditeur, Paris, 1895, p. 25. Em 1870, Moynier já demonstrava sua insatisfação com a postura dos Estados Unidos em relação à Declaração de 1856 (MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 27).

esse exemplo ainda pode ser resgatado como um fator da dificuldade de universalização da justiça internacional, com a oposição estadunidense ao Tribunal Penal Internacional e a prática do curso replicada no *September 11 Marque and Reprisal Act of 2001*<sup>35</sup>. Apesar disso, a Declaração de Paris foi ratificada por mais de cinquenta Estados, a considerar que alguns deles não existam mais.

Diferentemente da Declaração de Paris, o segundo tratado mencionado por Moynier é o fundador da proibição ou da limitação de alguns meios de combate. Trata-se da Declaração de São Petersburgo, de 11 de dezembro de 1868, que proíbe o uso, pelas tropas do exército ou da marinha, de qualquer projétil de peso inferior a 400 gramas, que poderá ser explosivo ou carregado com fulminantes ou inflamáveis. Além disso, definiu o controverso princípio de que a ciência tem de conciliar as necessidades da guerra com as leis da humanidade. Este princípio é esclarecido no preâmbulo da Declaração, quando determina que o único objetivo legítimo que os Estados devem almejar durante a guerra é enfraquecer as forças militares do inimigo; que este objetivo seria ultrapassado pelo emprego de armas que agravam inutilmente o sofrimento dos homens fora de combate ou tornam a sua morte inevitável; e que o uso de tais armas seria, portanto, contrário às leis da humanidade.

A Declaração de São Petersburgo inaugura uma série de tratados sobre proibição de armas e seria explicitamente mencionada nos preâmbulos das declarações da Haia IV, 1, de 1899, sobre proibição de lançar projéteis e explosivos a partir de balões ou por outros similares novos métodos, por um período de cinco anos; IV, 2, de 1899, sobre a proibição do uso de projéteis cujo objetivo é a difusão de gases asfixiantes ou deletérios; IV, 3, de 1899, sobre proibição do uso de balas que se expandem ou achatam facilmente no corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente seu interior ou possui incisões; e XIV, de 1907, sobre a proibição de projéteis e explosivos a partir de balões.

A primeira aproximação desses dois ramos do direito internacional dos conflitos armados inaugurados pelas Convenções de 1864 e 1868 é o art. 23,

<sup>35</sup> O artigo I, seção 8, da Constituição dos Estados Unidos reconhece ao Congresso a faculdade de declarar guerra, acordar cartas de corso e de represálias e de estabelecer regulamentos concernentes à captura sobre terra e sobre o mar. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, que foram considerados nos Estados Unidos como *acts of air piracy contrary to the law of nations*, as cartas de corso, símbolos do poder corsário, foram revigoradas para combater a pirataria terrorista. Essa regulamentação foi feita justamente pelo *September 11 Marque and Reprisal Act of 2001*, que confere ao Presidente dos Estados Unidos o poder de outorgar cartas de corso e de represálias para combater a pirataria aérea ou de outro ato de guerra similar do al Qaeda.



*a, e e f*, comum aos Regulamentos Anexos à Convenção II, de 1899, e à Convenção (IV), de 1907, relativos às leis e aos usos da guerra terrestre. O art. 23, *a*, proíbe o emprego de veneno ou armas envenenadas; o art. 23, *e*, o emprego de armas, projéteis ou materiais destinados a causar males supérfluos; e o art. 23, *f*, o uso indevido da bandeira parlamentária, da bandeira nacional, insígnias militares ou uniforme do inimigo, bem como os emblemas distintivos da Convenção de Genebra. Estas proibições comporiam, posteriormente, crimes de guerra da jurisdição do Tribunal Penal Internacional <sup>36</sup>.

A identificação entre esses tratados, segundo Moynier, era devido às motivações dos governos que, a fim de mitigar as calamidades da guerra, aproximaram a filosofia do direito à moral<sup>37</sup>. O objetivo foi humanizar a guerra, tanto quanto possível e estabelecer um direito da guerra adequado aos tratados, que se multiplicariam e cessariam apenas com a abolição da guerra em si<sup>38</sup>.

### 1.2.2. A primeira concepção de jurisdição penal internacional

Em 1870, Moynier não acreditava ser viável a proposta de lei penal internacional formulada por Brodrück, apesar de acreditar que a criação de um tribunal internacional forte seria a única salvaguarda racional para alcançar o respeito dos termos convencionados<sup>39</sup>. Da mesma forma, a proposta inovadora de Brodrück parecia inábil aos olhos de Moynier, oriunda de um homem de senso excessivamente prático<sup>40</sup>. Na verdade, Moynier reconhece o valor do projeto de Brodrück, mas segundo ele seria razoável

<sup>36</sup> Arts. 8, §2º, b, vii, xvii, xviii, xix e xx do Estatuto de Roma : “vii) utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; (...) xvii) utilizar veneno ou armas envenenadas; xviii) utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; xix) utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões; xx) utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123”.

<sup>37</sup> MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 25.

<sup>38</sup> MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 31.

<sup>39</sup> MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 300.

<sup>40</sup> MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 307.

considerá-lo simplesmente como um modelo para leis nacionais a serem propostas, tal qual fez Palasciano na Itália. Segundo Moynier, Palasciano tinha avaliado a questão mais sadiamente que o major Brodrück<sup>41</sup>. Ele julgava que cada Estado Parte da Convenção se apressaria, após a ratificação, em prever, internamente, penas com potencial de intimidar as pessoas<sup>42</sup>.

Logo após a exposição desses sentimentos, Moynier mudaria radicalmente de posição, em razão da guerra entre o Segundo Império francês e os reinos alemães unidos pela Prússia, de 19 de julho de 1870 a 28 de janeiro de 1871, quando os Estados Partes da Convenção de Genebra de 1864 não só se omitiram em implementá-la internamente, como não a respeitaram suficientemente. Em 1972, o jurista suíço propõe um projeto de lei internacional penal, com a obrigação de instalar uma jurisdição automática a cada conflito. Ele acreditava que a existência de um tratado geral de caráter humanitário favoreceria a criação da justiça internacional, diferentemente das iniciativas de justiça internacional de cunho filosófico já alvitadas<sup>43</sup>. Este projeto de jurisdição internacional penal é considerado o pioneiro<sup>44</sup>, mas geralmente esquecem os créditos dados por Moynier a Brodrück<sup>45</sup>.

O modelo de jurisdição de Moynier foi infundido pelo caso *Alabama*, que para ele era um sinal de que a sociedade internacional começou a aceitar

<sup>41</sup> MOYNIER Gustave, *Etude sur la Convention de Genève*, loc. cit., p. 309.

<sup>42</sup> MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, loc. cit., p. 7.

<sup>43</sup> MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, loc. cit. p. 3.

<sup>44</sup> DUMAS Jacques, *Responsabilité internationale des États à raison de crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers*, Sirey, Paris, 1930, pp. 492-3 ; HALL Christopher Keith, « Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente ». In *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 829, 1998, p.59-78 ; PETIT DE GABRIEL Eulalia W., «La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)», in CARRILLO SALCEDO Juan Antonio (coord.), *La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 29-88. Contra : Quadri considera que o tribunal internacional de Nuremberg não tem precedentes : « Même si en 1872 on avait transformé en convention le projet du président de la Croix-Rouge internationale, le Suisse Moynier, relatif à la formation d'un tribunal international (2 juges nommés par les Etats belligérants et trois par les Etats neutres) avec compétence pour juger les crimes de guerre à la place des tribunaux militaires des belligérants, on ne pourrait nullement parler d'un véritable précédent, car à part la limitation *ratione materiae* aux seuls crimes de guerre, le but du projet était d'éviter que les criminels de guerre soient jugés par les belligérants ». QUADRI R., *Cours général de droit international public*, Recueil des cours, Volume 113 (1964-III), p. 408.

<sup>45</sup> MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, op. cit., nota de rodapé 1, p. 14 : « Avant moi, un Allemand avait soutenu cette opinion et même rédigé un projet de loi (...) ».

meios jurisdicionais de soluções de controvérsias<sup>46</sup>. Seu projeto era de um tribunal de arbitragem internacional cujos árbitros seriam nomeados a cada guerra, e não de um tribunal penal internacional permanente. Curiosamente, embora inspirada em Brodrück, Moynier não tentou tipificar condutas, mas apenas concebeu a organização do tribunal para determinar a responsabilidade penal individual. Aos poucos, diante as resistências a seu projeto, ele o alterava, sempre em busca de solução para a efetividade da Convenção de Genebra.

Entre seus críticos, Holtzendorff et Rolin-Jaequemyns<sup>47</sup> sugeriram, no lugar de um tribunal penal internacional, a instalação de comissões de inquérito que averiguassem as circunstâncias das supostas violações. Esta ideia foi aceita inclusive por Moynier, sem obter sucesso, que posteriormente, em 1893, ofereceu outro projeto de acordo adicional à Convenção de Genebra de 1864, mediante o qual os Estados se comprometeriam a desenvolver legislação nacional para reprimir violações dessa Convenção e designariam instituições judiciárias superiores que poderiam servir como uma instância neutra para análise de denúncias que enviariam terceiros em guerra. Então, o veredicto de culpabilidade seria enviado aos respectivos juízes naturais a fim de punirem conforme a legislação nacional<sup>48</sup>.

Finalmente, houve propostas sobre a uniformidade de repressão por parte dos Estados como a única medida de eficiência possível pela Convenção de Genebra<sup>49</sup>. Lueder, em reforço, defendeu que os governos deveriam impor sanções severas contra os violadores da Convenção<sup>50</sup>. No Instituto de Direito Internacional, em 1875, mais amplamente, o voto posto pelo general Arnaudeau fora a favor de um acordo entre Estados para unificar as penas aplicáveis aos crimes, delitos e contravenções cometidos em violação do direito internacional, criando um direito penal de guerra, não em relação à Convenção de Genebra<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, loc. cit., p. 3.

<sup>47</sup> ROLIN-JAEQUEMYSNS Gustave, « Convention de Genève : Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention ». In *Revue de droit international et de législation comparée*, 1872, pp. 325-346.

<sup>48</sup> MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, loc. cit., 1893.

<sup>49</sup> Como perspectiva de defesa da soberania, ver: BRUSA Emilio, *Di una Sanzione Penale alla Convenzione Ginevrina per i feriti in guerra*, Carlo Clausen Libraio della R. Accademia delle Scienze, 1896.

<sup>50</sup> LUEDER C., *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, Eduard Besold Editeur, Erlangen, 1876, p. 367.

<sup>51</sup> Ver as conclusões da IV Comissão do Instituto de Direito Internacional sobre a Declaração de Bruxelas relativa às leis e aos costumes de guerra na *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Tome VII, 1875, pp. 287 et 510.

Enfim, Moynier acaba por oferecer, com Engelhardt, um outro projeto sobre a sanção penal referente às violações das Convenção de Genebra, em nome do Instituto de Direito Internacional, em 1895, pelo qual os Estados se comprometeriam a desenvolver legislação penal no prazo de três anos. Neste projeto, eles propõem uma comissão internacional de inquérito composto majoritariamente por membros de Estados neutros, em relação aos dos Estados beligerantes, com o objetivo de se pronunciar sobre a culpabilidade do réu, mas sob a condição de seu governo submeter a causa ao órgão jurisdicional competente. Sobre este último ponto, o Instituto de Direito Internacional não aprovou a proposta de comissão de inquérito e somente admitiu o direito de iniciativa de Estado neutro para solicitar ao interessado a instalação de inquérito<sup>52</sup>.

De qualquer modo, como disse Moynier na oportunidade, ninguém contesta que a Convenção de Genebra deva ser complementada por uma lei penal<sup>53</sup>. Ao fim, Moynier, em nome do realizável, se resigna em apresentar um projeto que conste a obrigação de os Estados elaborarem uma lei particular<sup>54</sup>. Conforme Gillot, esse retorno à obrigação de legislar não resolveria a dependência da eficácia da Convenção à boa vontade dos Estados. Contudo, a instituição obrigatória da repressão internacional encontraria insuperáveis dificuldades políticas à época, o que confirmou negociações posteriores, como as que previram o caráter opcional das arbitragens no âmbito das Convenções de 1899 e 1907 para a solução pacífica das controvérsias internacionais feitas na Haia<sup>55</sup>.

De qualquer forma, como resultado deste debate, emerge a obrigação de punir os crimes de guerra, como decorre dos arts. 41 e 56, parágrafo 2<sup>o</sup><sup>56</sup>, comum aos anexos das Convenções sobre as Leis e Costumes da Guerra

<sup>52</sup> Annuaire de l'Institut de Droit International, quatorzième volume, session de Cambridge – Aout 1895, A. Pedone, Librairie-Editeur, Paris, 1895, p.188.

<sup>53</sup> Id. ibidem, p. 18.

<sup>54</sup> MOYNIER Gustave, *La Révision de la Convention de Genève : Etude historique et critique suivie d'un Projet de Convention révisée*, Comité international de la Croix Rouge, Genève, pp. 35 et 51.

<sup>55</sup> GILLOT Louis, Op. cit., pp. 324-5.

<sup>56</sup> O art. 41 permite a busca pela punição de quem rompeu com as regras do armistício: “Art. 41. A violação das cláusulas do armistício feita por particulares, agindo por conta própria, dá direito somente a reclamar a punição dos culpados e, se for necessário, a indenização pelos danos sofridos”. Já o art. 56 estabeleceu o dever de reprimir crimes contra bens culturais: “Art. 56. Os bens municipais, os dos estabelecimentos consagrados ao culto, à caridade e à educação, às artes e às ciências, ainda que pertencentes ao Estado, serão tratados como propriedade privada. / A apropriação, destruição ou dano intencional dos ditos estabelecimentos, de monumentos históricos, obras de arte e de ciência estão proibidos e devem ser punidos”.

Terrestre de 1899 e de 1907; dos arts. 27<sup>57</sup> e 28<sup>58</sup> da Convenção de Genebra de 1906 para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha; ou do art. 21<sup>59</sup> da Convenção de Haia de 1907, para adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra. Essas normas provocaram, assim, várias leis sobre a repressão do crime, o que satisfaz parcialmente a doutrina<sup>60</sup>.

Entre seus artigos, o art. 41 comum do Regulamento relativo às Leis e Costumes da Guerra Terrestre, nos interessa particularmente: “A violação dos termos do armistício por indivíduos agindo por iniciativa própria dá direito de exigir a punição dos culpados e, se for o caso, uma indenização pelas perdas sofridas”. Neste artigo, a violação do armistício por indivíduos permite somente a solução judiciária como resposta, tanto do ponto de vista retributivo como restaurativo. Este princípio não só escolheu a eficácia do tratado pela via penal, mas a conjugou com a reparação do dano, o que é um reflexo justo do pensamento de Moynier.

<sup>57</sup> O art. 27 fixou a obrigação de legislar: “Os Governos Partes, cuja legislação não seja, na data da publicação desta Convenção, suficiente, tomarão e proporão às suas legislaturas as medidas necessárias para impedir a todo tempo o emprego por particulares ou por sociedades, à exceção daquelas que a isso tenham direito em virtude da presente Convenção, do emblema ou da denominação de *cruz vermelha* ou *cruz de Genebra*, especialmente, com objetivo comercial, por meio de marca de fábrica ou comércio. / A interdição do emprego de emblema ou de denominação em questão produzirá o seu efeito a partir da época determinada por cada legislação, e, o mais tardar, cinco anos depois de posta em vigor a presente Convenção. Desde essa entrada em vigor não será mais lícito adotar uma marca de fábrica ou de comércio contrária a estas interdições”.

<sup>58</sup> O art. 28 obriga os Estados a legislar penalmente sobre a pilhagem, os maus tratos e a usurpação de emblemas: “Os Governos Partes tomarão ou proporão aos seus parlamentos, em caso de insuficiência das suas leis penais, as medidas necessárias para reprimir, em tempo de guerra, os atos individuais de pilhagem e de maus tratos contra enfermos e feridos dos exércitos, bem como para punir, como usurpação das insígnias militares, o uso abuso da bandeira e da braçadeira da Cruz Vermelha por militares ou particulares não protegidos pela presente Convenção. / Trocação entre si, por intermédio do Conselho Federal Suíço, as disposições relativas a essa repressão, o mais tardar em cinco anos a partir da ratificação da presente Convenção”.

<sup>59</sup> O art. 21 desta Convenção adapta à guerra marítima o art. 28 da Convenção de Genebra de 1906: “As Potências contratantes comprometem-se igualmente a tomar ou a propor às suas legislaturas, em caso de insuficiência de suas leis penais, as medidas necessárias para reprimir em tempo de guerra os atos individuais de saque e de maus-tratos dos feridos e enfermos das marinhas, bem como para punir, como usurpação de insígnias militares, o uso abusivo dos sinais distintivos designados no art. 5º por navios não protegidos pela presente Convenção. / Comunicar-se-ão mutuamente, por intermédio do Governo dos Países Baixos, as disposições relativas a essa repressão, o mais tardar dentro dos cinco anos seguintes à ratificação da presente Convenção”.

<sup>60</sup> Voy. POLJOKAN I. B., *La responsabilité pour les crimes et délits de guerre (étude de droit pénal international)*, Jouve et Cie Editeurs, Paris, 1923, pp. 35 e seguintes.

É emblemático que o direito à reparação já esteja presente no art. 7º da proposta de tribunal penal internacional permanente de Gustav Moynier de 1872<sup>61</sup>:

Artigo 7º - Quando uma denúncia é acompanhada de um pedido de compensação, o tribunal é competente para decidir tal alegação e determinar o montante da indenização.

O governo do infrator será responsável pela execução da sentença.

Observa-se que, apesar de a responsabilidade penal internacional do projeto é Moynier seja individual e não estatal, seu art. 7º define que a obrigação de reparar é devida aos governos do criminoso. O autor reconhece que a obrigação do autor do dano de reparar era elementar. No entanto, ele deslocou esta obrigação ao Estado porque, em primeiro lugar, a Convenção de 1864 “somente pode ser violada por agentes estatais”. Assim, excluía a possibilidade de crimes de guerra serem cometidos por agentes não estatais, o que era compreensível no século XIX, já que na época o direito internacional era reduzido a relações entre Estados e não se admitia, ainda, regulações de conflitos armados não internacionais. Segundo, porque “os governos são a causa de todos os males da guerra”<sup>62</sup>. Ele identificava o Estado como o responsável mediato dos atos criminosos de seus agentes e que não seria equitável para os lesados se eles fossem novamente vítimas da insolvência dos culpados imediatos. Além disso, ele vislumbrava essa obrigação como uma ferramenta benéfica para a prevenção, já que seria uma maneira de pressionar os Estados para fazer valer os preceitos do tratado a seus cidadãos, evitando o pagamento de indenizações<sup>63</sup>.

Holtendorff, que era favorável ao estabelecimento de comissão internacional de inquérito, e não do tribunal internacional proposto por Moynier, também acreditava que os governos são obrigados por danos decorrentes dos crimes de guerra, pois a Convenção tinha sido violada por sua própria culpa ou por oficiais exercendo comando<sup>64</sup>. Ele não explica claramente as

<sup>61</sup> MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, loc.cit, pp.10-12; MOYNIER Gustave, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l'Institut de droit international*, loc. cit., 1893.

<sup>62</sup> MOYNIER Gustave, « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève », loc.cit, p. 7.

<sup>63</sup> MOYNIER Gustave, « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève », loc.cit, p. 7-8.

<sup>64</sup> ROLIN-JAEQUEMYS Gustave, « Convention de Genève : Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention », in *Revue de droit international et de législation comparée*, 4e livraison, 1872, p. 334.

condições jurídicas da culpa estatal, nem a diferencia da responsabilidade do Estado devido à falta de oficiais exercendo comando. Em qualquer caso, essa responsabilidade do Estado era vista como “civil”, não penal, conforme declarou claramente Achille Morin, que apoiou o projeto de Moynier<sup>65</sup>.

Gustave Rolin-Jaequemyns é mais claro quando nega a responsabilidade “civil” dos Estados por *todos os males da guerra*. Além disso, segundo ele era necessário verificar a parte de responsabilidade do governo para cada fato material da violação da Convenção, e não todo dano derivado de fazer a guerra. Do contrário, a indenização prevista nos tratados de paz transformaria a condenação de indenizar como desnecessária para o vencedor e ilusória para o perdedor. Igualmente, notou várias dificuldades na determinação da indenização por certas violações da Convenção, como o crime de perfídia no uso do emblema da Cruz Vermelha, que poderia produzir impressão de não equivalência dos danos sofridos em relação ao dinheiro pago.

Por estas razões, entre outras, ele era defensor do estabelecimento de comissão internacional de inquérito que forneça a base para um pedido de indenização no interior dos Estados ou, eventualmente, a árbitros especiais<sup>66</sup>. Sobre esse ponto, importa registrar a posição de Kamarovsky, que acreditava que a proposta de comissão feita por Rolin-Jaequemyns e Westlake conduziria a consagrar o tribunal de Moynier, porque este debate sobre a escolha dos meios de defesa jurídica da Convenção era parte de uma única e mesma reforma, em que o tribunal é a mais opção juridicamente mais lógica<sup>67</sup>.

Por fim, ressalta-se que o art. 5º do projeto de Moynier de 1893, que previa tribunais neutros para averiguação dos fatos, determinava que eles deveriam negar partes civis que requeressem perdas e danos, mas poderiam se manifestar a respeito, o que não teria força executória. Na realidade, como essas instituições dos Estados neutros enviariam seus vereditos a juízes naturais, Moynier acreditava que, dentro desses Estados, o culpado não escaparia das consequências de sua má conduta, sejam elas penais ou civis<sup>68</sup>.

Nenhuma dessas sugestões doutrinárias foram postas em prática no século XIX, mas deixaram sementes preciosas para experiências futuras, fornecendo bases para a concepção do crime internacional e de modelos de justiça internacional penal. Entretanto, um mundo conturbado estaria por vir, ex-

<sup>65</sup> Id. *Ibidem*, pp. 336-337.

<sup>66</sup> Id. *Ibidem*. op. cit., pp. 342-5.

<sup>67</sup> KAMAROWSKY L., *Le Tribunal international*, traduit par Serge de WESTMAN, A. Durand et Pedone-Lauriel Editeurs, Paris, 1887, pp. 414-415.

<sup>68</sup> MOYNIER Gustave, « Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève présentées à l’Institut de droit international », loc. cit., pp. 25-27.

tremamente violento e dividido ideologicamente, sem condições de fomentar o surgimento de uma “comunidade” internacional capaz de acordar valores fundamentais a serem reprimidos penalmente. Como diria E. H. Carr, refletindo sobre a primeira metade do século XX, nas “relações internacionais modernas, o mecanismo de solução judiciária se desenvolveu muito antes do estabelecimento da ordem política na qual possa funcionar eficazmente”<sup>69</sup>.

A seguir veremos que, ao lado do paradigma humanitário e sua preocupação com as vítimas, surgiriam entre as duas Guerras Mundiais dois outros paradigmas de justiça internacional penal, o preocupado com a paz e o outro com a defesa da sociedade interna. Mesmo com essa mudança de paradigma, entretanto, como pontuou E. H. Carr, não houve desenvolvimento político de comunidade internacional capaz de apoiar e manter tal regramento jurídico nesse momento histórico, o que somente mudaria com as Nações Unidas.

## 2. PARADIGMAS PACIFICANTE E DEFENSIVO – A BUSCA DE UM *LOCUS* PARA O CRIME INTERNACIONAL

### 2.1. Paradigma pacificante – a justiça internacional emerge distinta na negociação da Grande Guerra

A guerra, por muito tempo, foi tolerada pelo direito internacional sem lhe impor amarras significativas. Houve, por certo, o fomento de certo pacifismo jurídico na fundação do direito internacional, capitaneado por Giovanni de Legnano<sup>70</sup>, Erasmo de Roterdã<sup>71</sup>, Francisco de Vitória<sup>72</sup> e a Escola de

<sup>69</sup> CARR E. R., *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*, Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado, Editora Universidade de Brasília/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Brasília, 2001, p. 256.

<sup>70</sup> A obra *Tractatus de bello, de repesaliis et de duello*, 1360 (1ª ed. 1477), do professor de Bologna Giovanni Legnano, é considerada o primeiro estudo sobre a legalidade do uso da força. SCHRIJVER Nico, “Article 2 paragraphe 4”, in COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, « La Charte des Nation Unies : commentaire article par article », 3ª édition, ed. Economica, Paris, 2005, p.439.

<sup>71</sup> Erasmo de Rotterdam foi pioneiro no combate à idéia de guerra justa, como está posto em seu *Institutio principis christiani*, sem contudo negar a legítima defesa em casos específico, como foi sua resposta em 1530 ao jurista alemão Rinck sobre a ameaça de invasão turca, que invadira a Hungria e se aproximava de Viena (*Consultatio de bello Turcico*, édition A.G. Weiler, *Erasmii opera omnia*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, V-3, 1986, p. 1-82). Ver, igualmente, MARGOLIN Claude. *Guerre et paix dans la pensée d'Erasmus de Rotterdam*, Paris, Aubier Montaigne, 1973.

<sup>72</sup> Francisco de Vitória, um dos fundadores do direito internacional moderno, debruçou-se sobre a concepção de guerra justa, mas na realidade a condicionava a certa noção de legítima defesa,



Salamanca, Hugo Grotius<sup>73</sup>, Abade Saint-Pierre<sup>74</sup>, entre outros. Essa linha de pensamento alicerçaria o repúdio à guerra de agressão e o princípio da solução pacífica das controvérsias internacionais, parâmetro que substituiu gradativamente o de guerra justa no quadro do Direito. Antes deste estágio, contudo, perseverou a partir dos acordos de paz de Westphalia de 1648 a lógica da liberdade do recurso à força para resolver controvérsias internacionais.

Porém, muito mais longo foi o caminho da responsabilização penal dos indivíduos por um crime contra a paz. Inversamente, a anistia de criminosos de guerra era vista como um fator importante para alcançar a paz, sendo cláusula obrigatória em tratados de paz. Quanto aos criminosos contra a paz, sequer se mencionava a hipótese de responsabilização internacional penal.

Autores como Vattel acreditavam que a paz é sinônima de ausência de conflito e, por via de consequência, requer a anistia sobre o ocorrido na guerra. Para ele, se o tratado de paz nada dispõe sobre o assunto, a anistia é implícita, mas o ideal é que ela seja o artigo 1º do tratado de paz<sup>75</sup>. Essa preocupação de Vattel estava direcionada a crimes ocorridos durante a guerra (*jus in bello*) e não com a provocação da guerra (*jus ad bellum*), em geral não considerada como crime. A defesa da paz, o repúdio à guerra, o elogio à cooperação e à confederação entre Estados, gradativamente, apontavam para a responsabilidade internacional do Estado agressor, e não à punição de comandantes militares, reis, presidentes, primeiros-ministros ou outros que cometiam o crime contra a paz.

Há quem indique como precedente de julgamento por crime de agressão a condenação à morte, em 1268, de Conradin von Hohenstaufen, por ter desencadeado uma guerra injusta, mesmo sendo seu julgamento organizado por seu desafeto, Charles d'Anjou<sup>76</sup>. Certamente um exagero citar esse

---

que seria a resposta proporcional à ofensa sofrida. Seu livro *Relection posterior de indis posterior sive de iure belli Hispanorum in barbaros*, 1539, é a base desse pensamento.

<sup>73</sup> Grotius, além de versar sobre os limites da guerra, defendia que os reis tivessem o direito de punir frente uma violação grave, não somente do Direito Natural, mas também do Direito das Gentes. GROTIUS Hugues, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, chez Pierre de Coup, Amsterdam, 1724, tome second, chapitres XX et XL.

<sup>74</sup> O abade Saint-Pierre foi precursor na concepção de formar organização internacional a fim de alcançar a paz. Seu livro .... inspirou muitos autores, como Emanuel Kant e Rousseau, e é considerado como inspiração para a formação da Liga das Nações.

<sup>75</sup> VATTEL Emer de, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, ed. SCOTT James Brown, Carnegie Institution, Washington, tomo II, 1916 (livros III e IV da edição de 1758), p. 266.

<sup>76</sup> CRYER Robert, FRIMAN Hakan, ROBINSON Darryl, WILMSHURST Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, second edition, Cambridge University

fato como exemplo de julgamento internacional de um crime contra a paz, talvez um pecadilho de autores europeus impactados pela primeira pena de morte imputada a um monarca europeu, o que a distinguia de morte em batalhas ou assassinatos.

Conradin tinha 16 anos no momento de sua decapitação, quando invadira a Itália para resgatar o título de imperador do Sacro Império Romano-Germânico que pertencera a seu avô, Frederico II da Germânia, e tinha sido dado a Charles d'Anjou, e não a seu pai, Conrado IV da Germânia, que por sua vez fora excomungado pelo papa Inocêncio IV. Foi julgado por ofender a paz da Igreja, por arrogar-se rei de trono alheio, ter ocupado violenta e indevidamente o reino e conspirado à mão armada contra o rei legítimo<sup>77</sup>. Esse fato tem poucos elementos de tutela penal internacional da paz. Não havia direito internacional moderno à época, tampouco seu julgamento poderia ser considerado internacional, já que vigorava sobreposição de poderes eclesiástico e nobiliárquico típicos da Idade Média, e, materialmente, a paz não era o bem protegido, mas sim títulos de nobreza e o poder da Igreja. Sequer essa condenação foi vista à época como justa, ao contrário, rendeu muitos protestos e até mesmo desagravo de Dante Alighieri na Divina Comédia<sup>78</sup>.

Séculos passados desse fato, distinto seria o caso de outro rei germânico, Wilhelm II de Hohenzolern, após a Grande Guerra, quando o direito internacional penal toma novos rumos, é estimulado por debates intensos e, com a instituição da Liga das Nações, dispõe de espaço público internacional propício para conceber o julgamento internacional, ou fundado no direito internacional.

O tratado de Versalhes de 1919 dá os primeiros passos para a criação de um cenário jurídico coletivo, sem o qual o direito penal não prospera, embora a tonalidade inicial era a da vindicta estatal, o que nunca conduz a um cenário de paz<sup>79</sup>. Assim, essa nova etapa, contraria o velho conceito de que um tratado de paz necessariamente acata a anistia, o que tem reflexo até nossos dias. Contrariamente, o Tratado de Versalhes admite a justiça penal como instrumento para estabelecer a paz, embora em contexto que não a favorece.

---

Press, New York, 2010, p. 232; BASSIOUNI Cherif, *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, third edition, volume I, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, note 91, p. 17.

<sup>77</sup> BOYS Albert Du, *Histoire du droit criminel des peuples modernes: depuis la chute de l'Empire Romain jusqu'au XIXe Siècle*, Auguste Durand Libraire-Éditeur, Paris, 1858, p. 502.

<sup>78</sup> ALIGHIERI Dante, *Divina Comédia, Purgatório*, Editora 34, São Paulo, Canto XX, par. 67, p.131.

<sup>79</sup> BASSIOUNI Cherif, "World War I: 'the war to end all wars' and the birth of a handicapped international criminal justice system", in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2002, v. 30, n. 3, pp. 244-291.

Temos que distinguir, aqui, a relação entre dois paradigmas da justiça internacional penal, em relação à paz. A primeira concepção, fundada nos tipos penais do paradigma humanitário<sup>80</sup>, é a de que não há paz sem a justiça, sem o julgamento dos responsáveis por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A finalidade originária, nesse caso, é de caráter humanitário, de reconciliação, e tem suas origens nos negociadores da Convenção de Genebra de 1864, cujo objeto inicial era a proteção de combatentes feridos.

O Tratado de Versalhes dispôs nos arts. 228 e 229 que os criminosos de guerra alemães ou outros poderiam ser julgados por cortes dos aliados e associados. O objetivo era instrumentalizar a jurisdição universal como meio de organizar o pós-guerra, e não estimular comportamentos humanitários, sendo incidente sobre crimes de guerra, e não sobre o crime de agressão, como Estados vieram a adotar posteriormente<sup>81</sup> e seria objeto de atenção em Campala na revisão do Estatuto do Tribunal Penal Internacional<sup>82</sup>. Na verdade, como os tratados de direito internacional dos conflitos armados se abstinham de atribuir a sanção penal, sua aplicação dependia de disposições de leis penais domésticas<sup>83</sup>.

Inspirado no direito interno e influenciado por situações pós-guerra, o debate internacional estabelece mecanismos de sanção seguindo a natureza do que é violado, se penal (crime/pena) ou civil (dano/reparação)<sup>84</sup>. Assim, dentro do contexto de responsabilidade internacional do Estado, e não do interesse da vítima, o art. 231 do Tratado de Versalhes impõe à Alemanha e seus parceiros a obrigação sobre perdas e danos sofridos pelos governos aliados e associados e seus nacionais em razão da guerra que lhes foi imposta

<sup>80</sup> O paradigma humanitário tem sua origem nas negociações da Convenção de Genebra de 1864 e pretende evitar violações graves à dignidade humana. Portanto, é mais receptivo à garantia de reparações às vítimas, como demonstram o Tribunal Penal Internacional e as Câmaras Extraordinárias do Camboja, girando em torno dos tipos penais de crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Ver MOYNIER Gustave, *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*, Soullier et Wirth, Genève, 1872.

<sup>81</sup> Azerbaijão, Bielorrússia, Bulgária, República Checa e Estônia adotaram legislação que permite a jurisdição universal para julgamento do crime de agressão. Ver U.N. Secretary-General, *Report of the Secretary-General Prepared on the Basis of Comments and Observations of Governments: The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*, at 29, U.N. Doc. A/65/181 (July 29, 2010).

<sup>82</sup> SCHARF Michael P., "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression", in *Harvard International Law Journal*, Volume 53, Number 2, Summer 2012, pp.358-389.

<sup>83</sup> POLJOKAN I. B., op. cit., pp. 92 et suivants.

<sup>84</sup> BOLLECKER-STEIN Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Éditions A. Pedone, Paris, 1973, p. 14.

pela agressão. Só mais tarde, como revela a posição de Roberto Ago no seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia em 1939, defende-se que um mesmo ilícito internacional possa produzir os dois efeitos, a reparação e a sanção<sup>85</sup>, mas essa noção teria terreno mais fértil no paradigma humanitário. Mais precisamente, no Tribunal Penal Internacional e nas Câmaras extraordinárias dos tribunais cambojanos.

No ano seguinte ao tratado de Versalhes, em 1920, o Tratado de Sèvres<sup>86</sup>, celebrado entre os aliados e o Império Otomano, previa o julgamento dos jovens turcos pelo genocídio dos armênios, que posteriormente foram anistiados pelo Tratado de Lausanne de 1923, em anexo oculto<sup>87</sup>.

Similar concepção seria replicada na constituição de jurisdições internacionais, nomeadamente os tribunais posteriores à Segunda Mundial, a começar pelos tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio, e nos tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda<sup>88</sup>. Há muitas diferenças entre todas essas experiências, mas não fazem parte de um paradigma humanitário. São tribunais militares de quem venceu a guerra, selecionando quem julgar, ou criados pelo Conselho de Segurança da ONU, elegendo a justiça penal para resolver certas situações internacionais. Todavia, esses tribunais, apesar desse enquadramento político, em muitos aspectos conseguiram superar seu enquadramento institucional.

Díspar da origem da competência material desses tribunais, a finalidade última dessas pretensões ou realizações de julgamento, não é a proteção humanitária, mas auxiliar a paz, ser um instrumento da paz, embora não isolado de outras questões políticas. Nesse sentido, ao lado de preocupações políticas e econômicas, alertou Kelsen durante a Segunda Guerra Mundial

<sup>85</sup> AGO Roberto, *Le délit international*, Recueil des cours, Volume 68 (1939-II), p. 429.

<sup>86</sup> McCORMACK Timothy, “From Sun Tzu to the Sixth Committee: the evolution of an International Criminal Law”, in McCORMACK, Timothy; SIMPSON, Gerry. *The Law of War Crimes: national and international approaches*, Kluwer Law International, Hague, 1997, p. 48; SCHABAS William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 4.

<sup>87</sup> O art. 226 do Tratado de Sèvres concede às Potências Aliadas o poder de julgar os turcos que cometeram crimes de guerra durante a Primeira Guerra Mundial. E o art. 230 aventa a possibilidade de um tribunal ser criado pela Liga das Nações para esse efeito. Essas pretensões foram fracassadas, e definitivamente afastadas pelo Tratado de Lausanne de 1923.

<sup>88</sup> KNOOPS Geert-Jan Alexander, “International and Internationalized Criminal courts: the new face of international peace and security?”, in *International Criminal Law Review*, v. 4, 2004, p. 531: “(...) it can be said that the notion of international peace and security as the sole cause for setting up international criminal courts may increase the perception of “humanitarian imperialism.” However, there appears to be no reason why international peace and security may not be a causative effect of such courts”.

que a justiça internacional em si seria um mecanismo apto para a busca da paz internacional, quando derivado de um tratado, o que viria com a Carta das Nações Unidas e sua Corte Internacional de Justiça e, no âmbito penal, com o Tribunal Penal Internacional<sup>89</sup>.

Reflexo dessa experiência, o preâmbulo do Estatuto de Roma também reconhece que “crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz”, além da segurança e ao bem-estar da humanidade”, embora não tenha a Conferência de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, conseguido fechar proposta para tipificar o crime contra a paz ou, se preferirem, o crime de agressão. Em Roma, concentraram-se os negociadores a criar um tribunal de tom humanitário, rebatendo críticas passadas, como a necessidade de ser um órgão permanente<sup>90</sup>, prever a reparação às vítimas e atender ao princípio da legalidade. Todavia, importa registrar não somente a magnitude do valor paz nesse esforço internacional de consolidar o direito internacional penal, mas também que muitos princípios caros à justiça internacional derivaram de experiências anteriores ao TPI e que privilegiaram o objetivo de alcançar paz. A seguir, nossa atenção passa a ser a de verificar a outra faceta desse paradigma, que chamamos de *pacificante*.

Esse paradigma da jurisdição internacional penal possui lado mais ostensivo, que não diz respeito a julgar crimes ocorridos durante a guerra e assim contribuir para a paz, mas julgar o crime de provocar a guerra, o chamado crime contra a paz, que é o crime de agressão. Quanto ao Tratado de Versalhes, lembremos seu art. 227, que imputa responsabilidade ao ex-imperador da Alemanha, Guilherme II de Hohenzollern, “por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados”. Ora, o objetivo desse dispositivo era reprimir o kaiser alemão por ter ofendido a neutralidade da Bélgica e de Luxemburgo durante a Grande Guerra, e não por ter cometido crimes de guerra. O Tratado de Versalhes usa expressões mais ligadas à ciência política que ao direito, como moral internacional. Entretanto, o Kaiser não foi julgado, já que obteve asilo nos Países Baixos, mas lançado estava o precedente<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> KELSEN Hans, “International Peace-By Court or Government?”, in *The American Journal of Sociology*, v. 46, n.º. 4, 1941, pp. 571-581: “(...) experience teaches that states submit more easily to an international court than to an international government. Treaties embodying court decisions have proved up to now to be the most effective. Seldom has a state refused to execute the decision of a court which it has recognized in a treaty. The idea of law, in spite of everything, seems still to be stronger than any other ideology of power”.

<sup>90</sup> SÖRENSEN Max, « La juridiction criminelle internationale dans un système de sécurité collective », in *Politique étrangère*, Année 1952, v. 17, n. 3, pp. 113 – 126.

<sup>91</sup> MERIGNHAC Alexandre, « De la responsabilité pénale des actes criminels commis au cours de la guerre de 1914-1918 », in *Revue de Droit international et de Législation Comparée*, 1920,

Ainda no Entre Guerras foi negociado o “Pacto Briand-Kellog”, de 27 de agosto de 1928, que considerava a guerra como um meio ilícito de solução de controvérsias e renunciavam a guerra como instrumento de política nacional nas suas relações recíprocas<sup>92</sup>. Também merece menção acordos negociados em Londres que definem a guerra de agressão, como o tratado de 3 de julho de 1933, que foi ratificado por Romênia, Estônia, Letônia, Polônia, Turquia, União Soviética, Irã, Afeganistão, e com adesão da Finlândia. Similar a esta Convenção, foi assinado instrumento em 4 de julho de 1933, entre União Soviética, Romênia, Tchecoslováquia, Turquia e Iugoslávia. Entre União Soviética e Lituânia foi estabelecido acordo parecido também, em 5 de julho de 1933, já que esta não de participava de acordo em que estivesse a Polônia, devido a disputa por Vilna.

Pelo tratado de 3 de julho de 1933, a “agressão” seria a declaração de guerra contra outro Estado; a invasão por uso de forças armadas de outro Estado independentemente da declaração de guerra; o ataque por forças terrestres, marítimas ou aéreas contra território alheio ou navios de outro Estado, também independentemente de declaração de guerra; o bloqueio naval das costas e portos de outro Estado; o apoio a grupos armados em seu território que tenham invadido outro Estado, ou recusa, apesar de pedido do outro Estado, de tomar as medidas internas necessárias para privar esses grupos de toda assistência e proteção. Esses acordos foram registrados na Liga das Nações, mas usado somente contra o governo soviético, em 14 de dezembro de 1939, quando da invasão da Finlândia<sup>93</sup>.

A Carta das Nações Unidas consagra no art. 2º, §4º, que os Estados devem se abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de outro Estado ou outro modo incompatível com a própria Carta. Como exceção, esse instrumento permite a legítima defesa individual e coletiva no seu art. 51 e o uso da força pelo Conselho de Segurança (cap. VII da Carta). Essa linhagem de disposição em tratado, considerada como *jus cogens*<sup>94</sup>, advém das Conferências da Paz da

---

v.1, pp. 34-70 ; SCHABAS, William. An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 3; William A. Schabas. *The Trial of the Kaiser*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

<sup>92</sup> O’CONNEL Mary Ellen, NIYAZMATOV Mirakmal, “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, in *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, Issue 1, March , 2012, p. 191.

<sup>93</sup> ALEXANDROV Stanimir, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp.72-3.

<sup>94</sup> SCHRIJVER Nico, “Article 2 paragraphe 4”, in COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, « La Charte des Nation Unies : commentaire article par article », 3ª édition, ed. Economica, Paris, 2005, p. 459-462.

Haia de 1899 e de 1907, do Pacto da Liga das Nações, da Sexta Conferência Panamericana<sup>95</sup> e, sobretudo, do Pacto de Briand-Kellog.

Com base nessa normativa, a Carta de Nuremberg foi o primeiro exemplo de tipificação do crime de agressão. Dispunha o art. 6(a) desse instrumento que era crime contra a paz “planejar, preparar, iniciar ou travar uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação a tratados, acordos ou garantias internacionais, ou participar em plano comum ou conspiração para a realização de qualquer um desses atos”. Conforme esse artigo, os limites do crime de agressão não são de todo explícitos, sendo uma espécie de crime contra a paz.

Durante os julgamentos, o tribunal de Nuremberg asseverou o difundido trecho de que a guerra de agressão não somente é um crime internacional, mas o crime internacional supremo, que encerra em si os crimes de guerra. Concretamente, condenou doze réus pelo crime de agressão pelo tribunal de Nuremberg, além de estimular julgamentos internos, como os dos tribunais americanos (*I.G. Farben, Krupp, High Command*, e *Ministries* cases), polonês (caso *Greiser*) e chinês (*Sakai case*)<sup>96</sup>. Dessa experiência, fixou-se um dos princípios de Nuremberg definidos em 1950 pela Assembleia Geral da ONU<sup>97</sup>.

Após os julgamentos da Segunda Guerra Mundial, várias instrumentos e debates foram feitos nas Nações Unidas sobre a responsabilidade internacional dos Estados em caso de agressão. Entre estes, o que resultou na Resolução 3314 da Assembleia Geral de 1974, cujo art. 5, §2º, dispõe que toda guerra de agressão é um crime contra a paz internacional.

Contudo, nem toda ofensa à integridade territorial e política de outro Estado configura agressão. A Corte Internacional de Justiça, no caso *Contras da Nicarágua*, por exemplo, considerou agressão o envio por um Estado de grupos armados ao território de outro Estado, mas somente se tal hostilidade tivesse a dimensão de um conflito armado, e não a de um incidente de fronteira<sup>98</sup>. Os limites de qual grau de violação de um território ou da vida política de um País foram exaustivamente discutidos para a tipificação desse crime na jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

<sup>95</sup> A Sexta Conferência Panamericana, ocorrida em Havana em 1928 definiu que não há controvérsia internacional que não se possa resolver pacificamente e que a guerra de agressão constitui um crime contra o gênero humano.

<sup>96</sup> DRUMBL Mark A., “The Push to Criminalize Aggression: Something Lost Amid the Gains?”, in *Case W. Res. Journal of International Law*, 2009, n. 41, p.296.

<sup>97</sup> Princípio 6 (a): Os crimes enumerados abaixo são puníveis como crimes de direito internacional. a. Crimes contra a paz: i) Planejar, preparar, iniciar ou travar uma guerra de agressão ou uma guerra em violação de tratados, acordos ou compromissos internacionais; ii) participar de plano concertado ou conspiração para a realização de qualquer dos atos referidos na alínea i (trad. do autor).

<sup>98</sup> CIJ, *Nicarágua c. Estados Unidos da América*, sentença de 27 de junho de 1986, §195.

O art. 5, §1º, d, do Estatuto de Roma prevê o crime de agressão, mas o §2º do mesmo artigo remeteu a definição desse crime para futura revisão, pois durante a Conferência de Roma de 1998 não houve consenso sobre essa tipificação, apenas sendo consolidado que o tipo não deveria ser contrário ao disposto na Carta da ONU. Na oportunidade, foi adotada a resolução F, que estabeleceu Comissão preparatória para proceder a projeto de tipificação e as condições de exercício jurisdicional desse crime. Tal Comissão apresentou suas conclusões em julho de 2002, que foram trabalhadas por um Grupo de trabalho especial sobre o crime de agressão, que apresentou seu anteprojeto em 2009<sup>99</sup>.

A Conferência de Revisão ocorreu em Campala (Uganda), entre os dias 31 de maio e 11 de junho de 2010, e tipificou o crime de agressão na jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Essa tipificação foi produto de disputa negociada entre os que pretendiam com engenharia legislativa manter a independência do TPI e os que defendiam o poder de o Conselho de Segurança controlar o TPI nessa matéria. Evidentemente, no extremo dessa última concepção, havia quem simplesmente não deseja a tipificação por envolver tema a ser resolvido no âmbito político<sup>100</sup>.

Na frente da batalha jurídica, escolhia-se entre reger a emenda pelo §4º ou pelo §5º do art. 121 do Estatuto de Roma. Em outros termos, disputava-se entre as opções de as regras que condicionam o exercício da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão entrarem em vigor (art. 121, §4º) após ratificação destas por 7/8 dos Estados Membros com extensão automática da jurisdição ao 1/8 restante, ou (art. 121, §5º) após cada ratificação, excluindo os que não a ratificassem. Por trás dessa discussão técnica, estavam os que defendiam a prevalência do Conselho de Segurança em autorizar ou impedir o exercício da jurisdição do TPI e, igualmente, os que o condicionavam ao consentimento do Estado agressor<sup>101</sup>.

A Conferência de Campala optou por incluir todas as emendas sobre o crime de agressão (inclusive o art. 15 bis e ter), e não somente o tipo penal (art. 8 bis), na opção do art. 121, §5º, o que permitiu dar guarida à possibilidade de um Estado parte não aceitar essa emenda e de um Estado

<sup>99</sup> KREB Claus, HOLTZENDORFF Leonie von, “The Kampala Compromise on the Crime of Aggression”, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 8, 2010, pp.1179-1217.

<sup>100</sup> O’CONNELL Mary Ellen, NIYAZMATOV Mirakmal, “What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute”, in *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, 2012, p.190.

<sup>101</sup> TRAHAN Jennifer, “The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference”, in *International Criminal Law Review*, 2011, v. 11, pp. 49–104.



não Parte não ser objeto de julgamento pelo TPI. Ademais, condicionou a entrada em vigor da emenda a um ano após trinta ratificações e a decisão a ser tomada em conferência de Estados Partes a partir de 2017. A emenda permite o envio de um caso não somente pelo Conselho de Segurança, mas também pelo Estado Parte e pelo promotor, sendo que os filtros externos ao TPI não foram consagrados.

Se houver uma resolução do Conselho de Segurança constatando o ato de agressão, o procurador pode investigar. Se não houver essa resolução em seis meses após notificação do procurador, ele pode investigar após permissão da Câmara de instrução. Entendo que uma exótica resolução desqualificando o ato como agressão não impedirá a ação do promotor. Contudo, se a emenda do crime de agressão não ampliou os poderes do Conselho de Segurança além do já existente poder de suspender um processo (art. 16 do Estatuto de Roma), ela de certa maneira admitiu a exigência do consentimento do Estado agressor como pré-requisito ao exercício jurisdicional.

Primeiro, porque um Estado Parte do Estatuto de Roma pode não fazer uma declaração de aceitação dessa competência e, assim, deixar seus nacionais imunes à jurisdição do TPI (art. 15 bis, §6º), como França e Reino Unido já se manifestaram nesse sentido em Campala. Segundo, porque o TPI não tem competência sobre o crime de agressão cometido por nacionais ou no território dos Estados não Partes do Estatuto de Roma, a exemplo de Rússia, Estados Unidos, China e Israel (art. 15 bis, §5º)<sup>102</sup>. Esses pontos tornam a ratificação dessa emenda sobre o crime de agressão indesejável, já que um Estado aderente pode ser atacado, em seu território, e o TPI não ter competência em matéria de agressão, ao contrário do que ocorreria em caso de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Como positivo, temos a histórica tipificação do crime de agressão, que traz ao mundo penal o conceito ínsito na resolução 3314 da Assembleia Geral da ONU, de 1974. Genericamente, é o emprego por um Estado Parte de suas forças armadas para atentar a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado. Esse conceito inclui o envio a outro Estado de grupos privados, irregulares ou de mercenários para cumprir o ato de agressão; e exclui formas modernas de interpretar abusivamente a Carta da ONU, a fim de justificar a ingerência em outro país.

Contudo, o crime de agressão, como advém de paradigma pacificante, mudou a lógica do Estatuto de Roma, evitando a jurisdição ampla, com pretensão de ser universal. A indeterminação desse cenário gera, enfim,

<sup>102</sup> VYVER Johan D. van der, "Prosecuting the Crime of Aggression in the International Criminal Court", in *National Security & Armed Conflict Law Review*, v. 1, 2010-2011, pp. 1-52.

defensores de sua não inclusão na esfera do TPI<sup>103</sup>. De qualquer sorte, a jurisdição do TPI sobre o crime foi ativada em 17 de julho de 2018, após ter sido alcançado trinta ratificações da Emenda de Campala.

## 2.2. Paradigma defensivo – terrorismo e distúrbios internos

O rol de tipos penais internacionais propostos na história do direito internacional penal se distingue em parte do atual, especialmente porque associado à variada competência extraterritorial dos Estados e das possibilidades existentes de extradição, tal é o caso da pirataria, do tráfico de mulheres e de escravos<sup>104</sup>.

A grande confusão para saber o que seria um *delicta juris gentium* foi amplamente debatida nas Conferências internacionais para a unificação do direito penal, que iniciaram em 1927, e em torno do debate do que seria o “emprego intencional de meios capazes de causar perigo comum” emerge alguns tipos penais, entre os quais o terrorismo, a partir da reunião de 1930. O terrorismo aparece como alguma conduta com poder de causar pavor na população mediante atos de violência, sem implicar necessariamente a aplicação de meios de perigo comum, como seria o caso de assassinato de políticos<sup>105</sup>.

O *delicta juris gentium* implicava a obrigação de extraditar o autor do crime e a possibilidade de julgá-lo no local de sua captura, ou seja, afirmava-se na década de 30 a jurisdição universal e o princípio *aud dedere aut iudicare* (ou julga, ou extradita), na época uma pretensão doutrinária, hoje características caras ao direito internacional penal.

Quanto ao crime de terrorismo especificadamente, contudo, há que se reconhecer que sua inclusão em projetos de jurisdição penal internacional é antiga e foi amplamente defendida no período entre guerras. Muitos doutrinadores colaboraram para o desenvolvimento do direito internacional penal nesse período, individualmente, como Vespasien Pella<sup>106</sup>,

<sup>103</sup> PAULUS Andreas, “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, in *The European Journal of International Law*, v. 20, n.º 4, 2010; 1117–1128.

<sup>104</sup> DUMAS, Jacques. “Y a-t-il des crimes internationaux?”, *Revue de Droit International e de Législation Comparée*, n.º 4, 1932, pp. 721–41.

<sup>105</sup> Actes de la V<sup>e</sup> Conférence Internationale pour L’Unification du Droit Pénal (Madrid, 14-20 Octobre 1933), Rapport et projet de textes présentés par M. le professeur J. A. Roux, Editions A. Pedone, Paris, 1935, p. 44.

<sup>106</sup> PELLA, Vespasien. *Projet de statut d’une cour de justice criminelle internationale, précédé d’une introduction de M. le conseiller Megalos A. Caloyanni et du rapport de M. Vespasien V. Pella*. Paris : Librairie des Juris-classeurs / Editions Godde, 1928( ?) ; PELLA, Vespasien. *La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir*. Madrid: Aguilar, 1931.

Politis<sup>107</sup>, Calloyani<sup>108</sup>, Saldaña<sup>109</sup>, Donnedieu de Vabres<sup>110</sup>, ou coletivamente, como os projetos de 1920 da Comissão de juristas da Haia ou da *International Law Association*.

Entretanto, o que provocou a discussão sobre a repressão do terrorismo na Sociedade das Nações foram os assassinatos do rei Alexandre I da Jugoslávia e do chanceler francês Louis Barthou, entre outros, no tumultuado 9 de outubro de 1934 em Marselha, devido a fogo cruzado gerado por atentado de um membro de organização nacionalista macedônica<sup>111</sup>.

Diante esse fato, a Jugoslávia<sup>112</sup> aciona a Sociedade das Nações, que acaba por gerar caso contra a Hungria por possível apoio aos mentores do atentado, que incluiria a Oustacha<sup>113</sup>. O complicado cenário que antecedia a Segunda Guerra Mundial tornava difícil atribuir responsabilidades a um só lado, mas o que surpreendeu não foi o engenho diplomático da resolução da Sociedade das Nações, mas sim seu item IV, que indicava a elaboração de projetos de convenção internacional contra o terrorismo e de tribunal penal internacional para julgá-lo<sup>114</sup>.

Adotados em 16 de novembro de 1937, esses instrumentos nunca entrariam em vigor, porém importa registrar que como ato terrorista a convenção considerava os atentados contra os chefes de Estado, seus próximos e equivalentes, bem como a destruição de bens públicos e atos que colocavam em perigo geral vidas humanas<sup>115</sup>.

É exatamente essa tradição que é resgatada pelo Tribunal Especial para o Líbano, criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas pela resolução 1664, de 29 de março de 2006. Segundo seu estatuto (art. 1º), esse tribunal tem competência para julgar responsáveis pelos “crimes terroristas”

<sup>107</sup> POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris : Librairie Hachette, 1924.

<sup>108</sup> CALOYANNI, Mégalos A. “La Justice Pénale Internationale”, *Revue Pénitentiaire de Pologne*, v. IV, nos 3/8, 1929.

<sup>109</sup> SALDAÑA, Quintiliano. “*La Justice Pénale Internationale*”, *Recueil des cours*, v. 10, 1925-V.

<sup>110</sup> VABRES, Donnedieu de. *Introduction à l'étude du droit pénal international*. Paris: Sirey, 1922; VABRES, Donnedieu de. « La Cour permanente de Justice Internationale et sa vocation en matière criminelle », *Revue internationale de droit pénal*, nos 3-4, 1924, pp. 175-201.

<sup>111</sup> Morto igualmente, Veličko Kerin pertencia a uma organização revolucionária macedônica (VMRO - Vansna Makedonska Revolucionarna Organizacija).

<sup>112</sup> Lançou mão do art. 11, segundo parágrafo, do Tratado de Versalhes de 1919.

<sup>113</sup> Partido croata dos direitos, que se radicalizara (Ustasa *Hrvatska Revolucionarna Organizacija*).

<sup>114</sup> EUSTATHIADES, « La Cour pénale internationale pour la répression du terrorisme et le problème de la responsabilité internationale des Etats », *Revue générale de droit international public*, 1936, t. 43, nos 1-6, pp. 385- 411.

<sup>115</sup> KOVACS Peter. « Le grand précédent: la Société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre, roi de Yougoslavie », *European Integration Studies*, n. 1, 2002, pp. 30-40.

que provocaram a morte do antigo primeiro-ministro libanês Rafic Hariri e de outras pessoas, ou feridos, entre 1º de outubro de 2004 e 12 de dezembro de 2005, ou data posterior a acordar, se for o caso.

A comparar todas as demais jurisdições penais internacionais ou internacionalizadas, muitos afirmariam que o Tribunal Especial para o Líbano possui competência material heterodoxa. O direito aplicado é interno, especificadamente, o código penal libanês, no que se refere ao crime de terrorismo, de crimes e delitos contra a vida e a integridade física das pessoas, de associação ilícita, entre outras normas, bem como os arts. 6º e 7º da lei libanesa do 11 de janeiro de 1958, que agrava penas para a sedição, a guerra civil e a luta confessional<sup>116</sup>.

Não se trata de aplicar leis de incorporação de tratados internacionais, sequer parcialmente, como ocorre em outros tribunais internacionalizados. Apesar de cogitados por relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre esse tribunal, de 15 de novembro de 2006, os crimes contra a humanidade não foram incluídos na sua competência, pré-qualificando os fatos lá ocorridos, já que os assassinatos levados a termo no Líbano poderiam ser considerados como parte de ataque sistemático ou generalizado contra a população civil, um tipo consagrado de crime contra a humanidade. Contrariamente, a tipificação libanesa de terrorismo e os demais tipos penais mencionados não fazem nenhuma referência ao direito internacional<sup>117</sup>.

O Tribunal Especial para o Líbano é internacionalizado por seu ato constitutivo, um acordo do Estado com as Nações Unidas, pela composição do tribunal, que envolve juízes e procurador internacionais, mas o conteúdo internacional do direito aplicado diz respeito a garantias penais<sup>118</sup>, não à competência material. Entretanto, a menção ao terrorismo na constituição desse tribunal não somente resgata a mencionada iniciativa da década de 30 do séc. XX, mas abre precedente para a inclusão do crime de terrorismo no Estatuto de Roma, embora essa hipótese não tenha sido sequer discutida na Conferência de Revisão de Campala de 2010.

A inserção na competência material do Estatuto de Roma do crime de terrorismo, apesar de não contar com espaço na agenda atual e dos

<sup>116</sup> REYDAMS Luc, WOUTERS Jan, “The Politics of Establishing International Criminal Tribunals”, in REYDAMS Luc, WOUTERS Jan, RYNGAERT Cedric, *International Prosecutors*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 40 e ss.

<sup>117</sup> O art. 314 do código penal libanês considera atos de terrorismo todos os fatos cujo objetivo é criar estado de alerta, que teriam sido cometidos por meios suscetíveis de produzir perigo comum, como agentes explosivos, materiais inflamáveis, produtos tóxicos ou corrosivos, agentes infecciosos ou microbianos.

<sup>118</sup> Por exemplo, não serão aplicadas penas de trabalhos forçados e de morte previstas no direito libanês.

próximos anos, não terá precisamente no Estatuto do Tribunal Especial do Líbano um porto seguro para superar as profundas divergências de seus termos conceituais<sup>119</sup>.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS: A CONTRIBUIÇÃO DA EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA AOS PARADIGMAS

Os principais objetivos de uma sentença internacional penal são a reconciliação, a dissuasão, a retribuição e a reabilitação<sup>120</sup>. Contudo, tais objetivos, quando associados a práticas de justiça internacional penal, são contextualizados no paradigma da Justiça do Vencedor. Essa simplificação ignora, primeiro, que toda justiça é implementada por uma perspectiva vencedora; segundo, que um vencedor de guerra em geral não opta por mecanismos judiciais; terceiro, que nem todo crime internacional a ser julgado é derivado da guerra, como certos crimes contra a humanidade; quarto, ignora a pluralidade de experiências históricas do direito internacional penal; quinto, é uma posição estática temporalmente, que não acompanha a evolução histórica das relações internacionais.

A proposta desse ensaio é de que em torno da complexa formação dos tipos penais internacionais surgiram três paradigmas de justiça internacional: o humanitário, o pacificante e o defensivo. Cada um com uma proposta essencial, embora possam dialogar entre si. Nessa perspectiva, não podemos ignorar a contribuição da região para cada um desses paradigmas, a partir das violências sofridas ou provocadas.

O paradigma humanitário tem sua origem nas negociações da Convenção de Genebra de 1864 e pretende evitar violações graves à dignidade humana. Portanto, é mais receptivo à garantia de reparações às vítimas, como demonstram o Tribunal Penal Internacional e as Câmaras Extraordinárias do Camboja, girando em torno dos tipos penais de crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O paradigma pacificante tem sua origem no tratado de Versalhes de 1919 e pretende ser um instrumento para a paz, alimenta-se dos tipos penais do paradigma humanitário, mas tem seu ponto central em torno do crime

<sup>119</sup> A principal dificuldade em definir o crime de terrorismo tem sido as lutas de libertação e a potencialidade de politizar o TPI. Mesmo assim, muitos o consideram um crime internacional: ARMSTRONG, David; FARREL, Theo; LAMBERT, Hélène. *International Law and International Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp.190-1.

<sup>120</sup> BAGARIC Mirko, MORSS John, "International Sentencing Law: In Search of a Justification and Coherent Framework", in *International Criminal Law Review*, 2006, v. 6, pp. 191-255.

de agressão. Trata-se de um paradigma que enfrenta o grande cenário político internacional e o uso da força nas relações internacionais. Assim, gera resistências, que foram capazes de alterar a dinâmica do Estatuto de Roma quando da tipificação do crime de agressão na Conferência de Campala, em 2010.

Por fim, o paradigma defensivo se originou dos debates ocorridos entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e, mais especificadamente, do projeto de tribunal internacional para o terrorismo elaborado no seio da Liga das Nações. O objetivo é confrontar o tema da segurança nacional, da proteção de autoridades e da defesa da sociedade diante ataques difusos, dedicando-se em especial ao crime de terrorismo. Portanto, possui muitas características do direito e das preocupações internas, como demonstra a realidade do Tribunal Especial para o Líbano, além de não contar com um tipo consensual de terrorismo no plano internacional.

Compreender a dinâmica da justiça internacional penal é visualizar suas fragilidades, suas pretensões e desafios, bem como adequá-la e defendê-la em consórcio com transformações políticas, econômicas e sociais por um mundo mais justo. Assim, não a torna estática, pode admitir outros paradigmas, como o ambiental, por exemplo, e não se curva aos ditados da história, que só serão pronunciados no futuro com nossa anuência.

**ANEXO I:  
LINHA DO TEMPO DAS EXPERIÊNCIAS  
ANTERIORES À SEGUNDA GUERRA MUNDIAL<sup>121</sup>**

**1268** – Conradin von Hohenstaufen é julgado, condenado, sentenciado à morte e decapitado por sua campanha militar na Itália.

**1474** – Peter von Hagenbach é julgado e condenado por crimes cometidos durante sua ocupação da Alta Alsácia, uma região localizada na atual Alemanha. Ele foi sentenciado à morte, sendo decapitado em seguida.

**24 de abril de 1863** – Publicação do Código Lieber pelos Estados Unidos, durante a Guerra Civil Americana.

**22 de agosto de 1864** – Adoção da Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição dos Feridos nos Exércitos no Campo.

**19 de julho de 1870** – Início da Guerra Franco-Prussiana.

**8 de maio de 1871** – Assinatura do Tratado de Washington entre os Estados Unidos e o Reino Unido, prevendo a realização da *Arbitragem Alabama*.

**10 de maio de 1871** – Fim da Guerra Franco-Prussiana.

**11 de abril de 1872** – O Comitê Internacional da Cruz Vermelha publica a primeira proposta de criação de um tribunal penal internacional permanente, sob a iniciativa de Gustave Moynier, o Presidente do Comitê à época.

**14 de setembro de 1872** – Publicação da decisão na *Arbitragem Alabama* entre os Estados Unidos e o Reino Unido.

**18 de maio a 29 de julho de 1899** – Primeira Conferência de Paz de Haia, convocada pelo Czar russo Nicolau II.

**29 de julho de 1899** – Adoção das três Convenções de Haia de 1899.

**15 de junho a 18 de outubro de 1907** – Segunda Conferência de Paz de Haia, convocada pelo Presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt.

**18 de outubro de 1907** – Adoção das treze Convenções de Haia de 1907.

**28 de julho de 1914** – Início da Primeira Guerra Mundial.

**30 de outubro de 1918** – Assinatura do Armistício de Mudros, encerrando as hostilidades entre o Império Turco-Otomano e os Aliados na Primeira Guerra Mundial.

<sup>121</sup> Elaborada por Bruno de Oliveira Biazatti.

**11 de novembro de 1918** – Fim da Primeira Guerra Mundial.

**16 de dezembro de 1918** – Criação das Cortes Marciais Extraordinárias em Istambul pelo governo do Império Turco-Otomano, com o objetivo de julgar os responsáveis pelo Genocídio Armênio.

**8 de janeiro de 1919** – Uma nova decisão pelo governo do Império Turco-Otomano torna as Cortes Marciais Extraordinárias em Istambul operacionais.

**18 de janeiro de 1919** – Início da Conferência de Paz de Paris, uma reunião multilateral das Potências Aliadas para definir os termos de paz com os Estados derrotados na Primeira Guerra Mundial.

**25 de janeiro de 1919** – A Conferência de Paz de Paris cria a Comissão sobre as Responsabilidades dos Autores da Guerra e a Execução de Punições.

**8 de março de 1919** – Um novo estatuto para as Cortes Marciais Extraordinárias em Istambul é emitido pelo governo do Império Turco-Otomano. O novo estatuto almejava garantir maior eficiência e rapidez no julgamento dos acusados.

**29 de março de 1919** – A Comissão sobre as Responsabilidades dos Autores da Guerra e a Execução de Punições publica seu relatório final, no qual recomenda a criação de um tribunal penal internacional para julgar os responsáveis por crimes de guerra durante a Primeira Guerra Mundial. A proposta encontrou resistência pelos Estados Unidos e Japão.

**28 de junho de 1919** – Assinatura do Pacto da Liga das Nações, como a Parte I do Tratado de Versalhes.

**28 de junho de 1919** – Assinatura do Tratado de Versalhes entre a Alemanha e os Aliados, prevendo a criação de um tribunal internacional para julgar o Kaiser Guilherme II e a realização de julgamentos contra criminosos alemães nas cortes internas dos Aliados. O julgamento do Kaiser nunca foi realizado.

**5 de julho de 1919** – As Cortes Marciais Extraordinárias em Istambul emitem o seu principal julgamento, contra os Ministros do governo do Império Turco-Otomano durante a Primeira Guerra Mundial. As Cortes declararam os Ministros culpados de orquestrar a entrada do Império Turco-Otomano na Guerra e de cometer o genocídio dos armênios.

**3 de fevereiro de 1920** – Os Aliados entregam ao Barão von Lersner, o embaixador alemão em Paris, uma lista com 853 nomes de nacionais alemães suspeitos do cometimento de crimes graves durante a Primeira Guerra Mundial para extradição. Os líderes da República de Weimar, motivados por um forte sentimento nacionalista, recusaram o pedido de extradição



dos Aliados, mas concordaram em realizar os julgamentos em sua própria Suprema Corte, localizada na cidade de Leipzig à época.

**13 de fevereiro de 1920** - O Conselho da Liga das Nações cria um Comitê Consultivo de Juristas para elaborar o estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional.

**7 de maio de 1920** - Convencidos pelo Reino Unido a aceitar a contraproposta alemã, os Aliados apresentam à Alemanha uma lista reduzida com 45 acusados para serem julgados na Suprema Corte de Leipzig.

**16 de junho a 24 de julho de 1920** - Reuniões do Comitê Consultivo de Juristas no Palácio da Paz, na Haia, nos Países Baixos.

**24 de julho de 1920** - O Comitê Consultivo de Juristas adota uma proposta de estatuto para a Corte Permanente de Justiça Internacional, bem como três resoluções adicionais. Em uma dessas resoluções, o Comitê, por iniciativa de seu Presidente, o belga Édouard Descamps, propôs a criação de uma Corte Superior de Justiça Internacional, com competência para julgar crimes contra a ordem pública internacional ou contra o direito universal das nações. A Corte também teria competência para definir a natureza dos crimes, fixar a pena e decidir a forma adequada para o cumprimento da sentença.

**10 de agosto de 1920** - Assinatura do Tratado de Paz de Sèvres entre o Império Turco-Otomano e os Aliados, prevendo a criação de um tribunal internacional para julgar os responsáveis pelo Genocídio Armênio e a realização de julgamentos contra criminosos turcos nas cortes internas dos Aliados. O referido tribunal internacional nunca foi criado.

**Dezembro de 1920** - A proposta do Comitê Consultivo de Juristas de criar uma Corte Superior de Justiça Internacional, com jurisdição criminal, é rejeitada pela Assembleia da Liga das Nações, não sendo efetivada.

**13 de dezembro de 1920** - O Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional é adotado pela Liga das Nações.

**16 de dezembro de 1920** - O Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional é aberto à assinatura dos Estados na forma de um protocolo ao Pacto da Liga das Nações.

**13 de janeiro de 1921** - As Cortes Marciais Extraordinárias em Istambul são formalmente extintas.

**23 de maio de 1921** - Início dos processos penais contra criminosos alemães na Suprema Corte de Leipzig. Dos 45 acusados indicados pelos Aliados, apenas doze foram julgados. Os promotores alemães justificaram esse número

reduzido na dificuldade de reunir provas e no fato de alguns acusados terem desaparecido ou fugido da Alemanha. Dos doze, apenas seis foram declarados culpados e suas sentenças foram consideradas excessivamente brandas. Os seis réus restantes foram absolvidos. Os julgamentos na Suprema Corte de Leipzig foram duramente criticados pelos Aliados.

**24 de julho de 1923** – Assinatura do Tratado de Paz de Lausanne entre a Turquia e os Aliados, substituindo o Tratado de Sèvres. Além de não prever nenhum julgamento dos criminosos turcos, o novo tratado os garantiu imunidade e anulou as sentenças já emitidas.

**1925** – A 23ª Conferência da União Interparlamentar adota princípios para um código penal internacional e uma proposta para incluir jurisdição criminal à Corte Permanente de Justiça Internacional. A proposta não foi efetivada.

**1927** – A Associação de Direito Internacional publica uma proposta de estatuto para uma corte penal internacional, que consistiria em uma nova divisão na Corte Permanente de Justiça Internacional. A proposta não foi efetivada.

**9 de outubro de 1934** – Alexandre I, o Rei da Iugoslávia, e Louis Barthou, o Primeiro-Ministro francês, são assassinados por Vlado Chernozemski, um extremista búlgaro, em um atentado terrorista em Marselha, na França.

**10 de dezembro de 1934** – Em resposta ao atentado que provocou a morte de Alexandre I e Louis Barthou, o Conselho da Liga das Nações estabelece um comitê de juristas para redigir uma convenção e o estatuto de uma corte penal internacional sobre terrorismo.

**16 de novembro de 1937** – Sob os auspícios da Liga das Nações, são adotadas a Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo e a Convenção para a Criação de uma Corte Penal Internacional. Essa Corte teria competência para julgar pessoas responsáveis por atos terroristas. Ambas as Convenções nunca entraram em vigor.

**1º de setembro de 1939 a 2 de setembro de 1945** – Segunda Guerra Mundial.

**24 de outubro de 1945** – A Organização das Nações Unidas é criada.

**18 de abril de 1946** – A Liga das Nações é formalmente extinta.

# TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL (TRIBUNAL DE NUREMBERG)

*Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva*

## INTRODUÇÃO

O Tribunal de Nuremberg nos remete a tempos sombrios. Aqueles vinte e dois senhores que vemos sentados nas fotos e filmagens que registraram aqueles momentos, alguns empertigados e eretos, outros mais relaxados e indolentes, exibindo expressões faciais graves e circunspectas, mas também alheadas e distantes, poderiam, em circunstâncias diferentes, serem confundidos com pacatos vovôs aposentados a espera do término das aulas para recolherem seus netos nas portas dos colégios. No entanto, naquele tribunal, criado com pompas e circunstâncias pelas potências aliadas recém-vencedoras da segunda guerra mundial, simbolizavam todo o “mal radical” representado pelo nazismo, personificavam a barbárie que os Promotores se preparavam para descrever minuciosamente no decorrer do julgamento. A maldade humana possuía sim rostos específicos e expressões individualizadas para além de uma ideologia expressada nos discursos e publicações do “Führer” – a grande ausência – e de uma máquina impessoal, eficiente, moderna e burocrática de eliminar pessoas em escala até então desconhecida. Nisso estava talvez uma das principais razões para a complexa criação e montagem do Tribunal: apresentar publicamente ao mundo os homens que encarnavam toda a responsabilidade pela loucura daquela “guerra de todos os infernos” e, através do julgamento e condenação de cada um deles, entronizar os novos valores que representariam a nova ordem internacional que dali em diante regeria o mundo. Seria o primeiro grande tribunal penal internacional da História e a ninguém caberia ignorar o potencial simbólico disso. Seria julgada uma ideologia absolutamente nefasta, as suas execráveis aplicações e implicações práticas e os seus principais planejadores e comandantes. Para isso, mobilizou-se uma logística um tanto intrincada e prenhe

de dificuldades, pois haveria de se detalhar uma lista de acusados, – não excessivamente longa de modo a pulverizar as principais responsabilidades, e que ao mesmo tempo fosse representativa das principais organizações e instâncias decisórias do regime nacional socialista – escolher cuidadosamente juízes e promotores, atentar para que o tribunal não se tornasse palco para o proselitismo político dos réus, elaborar um estatuto capaz de dar conta de tipificar condutas até então excluídas do acanhado ordenamento jurídico-penal internacional da época, estabelecer regras procedimentais necessariamente complexas, providenciar instalações materiais adequadas, escolher pessoal de apoio qualificado etc. Tanto trabalho e risco valeriam a pena ou não seria melhor seguir os conselhos do primeiro ministro britânico, Winston Churchill que, um tanto desconfiado dos perigos e armadilhas de um tribunal desse porte e escaldado pela fracassada tentativa de se julgar o Kaiser Guilherme II ao final da primeira guerra, sugeria uma solução mais expeditiva, consistente no fuzilamento sumário dos principais líderes alemães? Foi só com muita relutância que o experimentado chefe de governo britânico terminou por ceder aos argumentos dos Estados Unidos da América, naquela altura já na posição de líder do mundo ocidental capitalista, de que um julgamento atenderia melhor aos interesses dos vencedores. Stalin, a outra grande liderança surgida dos escombros do conflito, já havia antecipado suas preferências por um julgamento internacional, certamente de olhos voltados para aqueles espetáculos farsescos protagonizados pelos tribunais soviéticos nos anos 1930, que permitiram a ele se livrar de diversos inimigos ( e também amigos ) enviando-os para os confins da Sibéria ou diretamente para o cemitério. Isso não excluía que “alguns milhares de nazis” fossem passados sumariamente pelas armas, mas o líder soviético em algum momento passou a considerar prudente o julgamento dos principais líderes, ainda que baseado em uma metodologia e procedimentos que fatalmente levariam todos, ou quase todos, ao pelotão de fuzilamento ou a algum “equivalente funcional”.

Ninguém haverá de negar – embora alguns insistam nesta postura – a extensão e a profundidade da barbárie nazista. Está ela documentada em uma historiografia caudalosa, registrada principalmente no labor de historiadores provenientes de centros acadêmicos ingleses e norte-americanos, mas também nos trabalhos de pesquisadores alemães. Alguns memorialistas notáveis também deram suas contribuições e estas se estenderam também aos terrenos da Psicologia, da Sociologia e da Ciência Política, cada qual a seu modo, usando a sua metodologia e padecendo de suas limitações. O Tribunal de Nuremberg propiciou aos juristas um acesso a esse debate sobretudo pelas vias do Direito Internacional e do Direito Penal. Afinal de

contas, aquilo que hoje conhecemos como Direito internacional Penal, ou Direito Penal Internacional<sup>1</sup>, e a formação de uma jurisprudência criminal internacional emanada das jurisdições penais internacionais hoje em atividade, buscará alguma inspiração em Nuremberg. Alguns juristas detectam em Nuremberg “a gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional”, conforme nos sugere Gonçalves ( 2004 ) no subtítulo do seu interessante trabalho, ainda que não deixando de reconhecer seus incontáveis problemas, ambigüidades, limitações e arbitrariedades. No entanto, embora interesse ao Direito e possa projetar sua sombra nas jurisdições penais internacionais hodiernas, Nuremberg é, também esobretudo, História e, como tal, “um discurso em litígio” (Jenkins,2001), um exercício de “problematização”<sup>2</sup>, um conjunto ou somatório de processos discursivos que estabelecem “a trama de narrativas possíveis que disputaram, permearam e ainda disputam o lugar de hegemonia” para a compreensão desse Tribunal. ( Araújo, 2002 ). Assim, Nuremberg é, ao mesmo tempo, a depender de qual processo discursivo estamos lançando mão, um momento fundamental de repúdio àqueles crimes que ofendem a consciência da humanidade, - e suas limitações como tribunal não podem ofuscar a magnitude e transcendência de suas pretensões - um exercício do mais puro “poder penal internacional” ( Pastor, 2006 ), a prática concreta do “ Direito Penal do Inimigo” ( Jakobs, 2005 ), a redenção simbólica de uma humanidade perdida, a projeção da “realpolitik” na esfera judicial, a afirmação das novas hegemonias internacionais etc.

<sup>1</sup> Gil Gil ( 1999. p.23 e segs; 1999,p.17 e segs. ) se ocupou com vagar dessa questão terminológica. Registra ela a diversidade de expressões propostas pela literatura tais como “Direito Penal Universal” ( Dautricourt ), “ Direito Penal Interestatal” ( V. Pella ), “Crimes contra o Direito das Gentes” ( Jesheck, R.Bernhard ), “ Direito Penal Internacional Público”( Sánchez de Bustamante ). Ressaltando seu caráter subsidiário com relação ao Direito Penal interno, a autora termina por abraçar a expressão “Direito Penal Internacional”, encarregado de proteger bens jurídicos de âmbito internacional a partir da constatação da existência de uma sociedade internacional que se estrutura e organiza através de Estados soberanos. Esses bens jurídicos seriam fundamentalmente a independência e a convivência pacífica entre os Estados, podendo abranger a vida, liberdade ou saúde, e atuaria tão somente se o direito interno se mostrar insuficiente ou incapaz. No entanto, nas línguas espanhola e portuguesa se usa mais comumente a expressão “Direito Internacional Penal”, como o complexo de normas penais visando à repressão das infrações que constituem o Direito Internacional enquanto o “Direito penal Internacional” se interessaria pelas disposições penais que afetam dois ou mais estados. (Ver Dotti, 2004, e Jankov, 2009). A língua inglesa prefere a expressão “International Criminal Law”, sem maiores incursões neste debate terminológico, o que também não faremos aqui.

<sup>2</sup> Entendendo-se como “problematização”, na esteira de Foucault “*el ensamble de prácticas discursivas y no discursivas que hacen ingresar algo em el juego de la verdad y la falsidad y lo colocan como um objeto para la mente*” ( ver Sozzo, 2006).

Esse registro não deve inferir o leitor a concluir que terá por diante uma erudita análise foucaultiana visando trazer à luz, através de um trabalho histórico-genealógico, a “episteme”, “as práticas discursivas”, os “pressupostos” ou os “dispositivos” (o vocabulário de Foucault é tão extenso como cambiante) capazes de nos proporcionar o melhor caminho para se entender o “episódio de Nuremberg”. A hermenêutica de Foucault e sua busca da “elucidação do sentido” dos gestos, palavras e atos dos atores e instituições não estarão aqui presentes senão de uma maneira bastante superficial.

O tratamento do Tribunal de Nuremberg se limitará àquilo que consideramos seus pontos mais importantes de controvérsia sob o prisma do Direito e o inevitável recurso à História receberá o modesto tratamento do não especialista.

Assim, o trabalho buscará, em primeiro lugar, um esforço de contextualização política e histórica do tribunal, deixando em evidência que a urgência de sua constituição – determinada pela necessidade sentida pelos vencedores de encaminhar uma solução que fosse capaz de rapidamente estabelecer punições exemplares para os líderes da Alemanha derrotada – e sua própria natureza de tribunal dos vencedores comprometeu inevitavelmente seu caráter de imparcialidade.

Em seguida, apresentaremos sua estrutura, seguida de sua competência, momento em que abordaremos os crimes submetidos à sua apreciação. Seguir-se-á uma breve incursão no caso Rudolph Hess, procurando mostrar uma possível interseção entre demandas de punição e interesses políticos.

Como conclusão, buscaremos problematizar o papel desempenhado por Nuremberg como a primeira grande experiência de justiça penal internacional, experiência essa cujo alcance e projeção não devem ser superestimados mas que, em todo caso, projetou sombras e luzes nos projetos contemporâneos. Se existe uma óbvia ligação entre política e justiça penal internacional, em Nuremberg ela se colocava com uma contundência absoluta. E possivelmente em nenhum outro tribunal penal internacional suas aporias e contradições estiveram tão evidentes: um tribunal que se apresentava como capaz de ministrar justiça com imparcialidade mas que os juízes e réus eram, respectivamente, os vencedores e os perdedores da mais violenta das guerras; que buscava fazer valer como absolutos e universais certos valores vilipendiados por práticas de guerra e repressão inusitadas, mas que não tomava em consideração que alguns desses crimes poderiam ser colocados nas contas dos vencedores; que desconhecia alguns princípios processuais penais reconhecidos nos sistemas penais de pelo menos três dos Estados vencedores; que legou princípios importantes de Direito Internacional mas ao mesmo tempo sinalizou para o surgimento de um sistema de poder mais

centrado na hegemonia das grandes potências do que na valorização desse mesmo Direito Internacional.

O discurso sobre Nuremberg nos fala de um marco para um novo Direito Internacional, da alvorada de uma justiça penal internacional submetida a princípios universais inalienáveis garantidos e protegidos por um até então pouco conhecido Direito Internacional Penal. Mas nem tanto de um novo Poder Penal Internacional ou de uma Nova Ordem na distribuição da hegemonia mundial. É possível que em ambos os discursos se encontrem elementos de “verdade” e que outros possíveis discursos alternativos os tragam também. Se Nuremberg figura entre “os grandes processos da História” isso se deve talvez menos à sua existência em si do que ao papel que lhe foi reservado na grande narrativa da segunda guerra mundial. Se a História o colocou em um lugar de relevo, assim o fez através de uma determinada narrativa, dotando-o de um sentido e de um simbolismo. Desta vez, Churchill, a “velha raposa”, estava equivocado. Os símbolos e os discursos contam e, na verdade, ninguém sabia disso melhor do que ele. Sobretudo quando se vence (ou se perde) uma guerra.

## 1. A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL, SUAS VICISSITUDES POLÍTICAS E DILEMAS JURÍDICOS

No dia 18 de outubro de 1945, na grande sala de seções do Conselho de Controle Aliado, em Berlim, às dez e meia da manhã, se deu início à solenidade de abertura do Tribunal de Nuremberg. Em 20 de novembro do mesmo ano, o Tribunal iniciou efetivamente seus trabalhos, não na destruída capital, mas na bavariana Nuremberg, palco de algumas das principais manifestações de demonstração de pujança e força do regime nazista, onde, em espaços impressionantes e diante de excitadas multidões, podemos ver, pelas lentes de Lina Riefestahl<sup>3</sup>, desfiles monumentais e milimetricamente organizados de tropas e organizações militares absolutamente convencidas de sua superioridade racial. O Führer, após longos discursos enaltecendores daquela “raça superior”, que em breve dominaria e subjugaria todas as demais, resgatando injustiças históricas, contemplava embevecido aquele espetáculo que ainda hoje não nos deixa de assustar. Em Nuremberg haviam sido assinadas as primeiras leis raciais alemãs, em 1935, e, portanto, havia boas razões simbólicas – à parte algumas relacionadas à segurança e às dificuldades de se encontrar

<sup>3</sup> Pensamos aqui sobretudo na seu cinematograficamente deslumbrante e poderoso registro da Convenção do Partido Nacional Socialista, realizada em Nuremberg, no ano de 1934, transformado em um documentário intitulado “O triunfo da Vontade”.

boas instalações na destroçada capital – para a escolha daquela bela cidade como sede do “mais célebre processo criminal da História” ( Demant, 2000 ), que contava ainda com prédios e residências em razoáveis condições de funcionalidade. Não é ponto desimportante o fato de que Berlim estava dividida em quatro zonas de ocupação e isso apresentava um problema adicional para a instalação do tribunal na antiga capital do Reich ( Owen, 2006, p.13 ). Chegar até ali não havia sido nada fácil. A trajetória até Nuremberg está pontuada de desavenças, interesses divergentes e percepções diferenciadas acerca do sentido e da utilidade política de um tribunal de caráter inédito. Como sublinhado, a percepção inglesa era a de que um tribunal com tamanho caráter novidadeiro, constituído logo após o final de um conflito de proporções catastróficas, que apontasse o dedo acusador para os principais líderes do país derrotado, dentro do seu próprio território agora ocupado, poderia trazer embutido o perigo de se tornar palco para proselitismos políticos e discursos vitimistas dessas lideranças subjugadas. Churchill não pretendia um fuzilamento em massa. Para ele, a execução sumária de algo como uns cinquenta líderes seria suficiente para que os aliados se livrassem de alguns incômodos imediatos representados pela presença dessas lideranças. O Primeiro Ministro estava disposto, e apresentou essa idéia em uma reunião no Cairo, a conceder que esses líderes fossem rigorosamente confinados ao invés de executados mas nada disso precedido por um julgamento sempre imprevisível em suas consequências (Smith, 1977, p.31). Seja como for, será importante salientar que “os documentos norte-americanos e britânicos mostram, de forma indubitável, que nunca houve um plano ou uma política fixa e bem definida para Nuremberg. Foi aos tropeções e mediante compromissos que os aliados entraram na negociação de um grande julgamento de criminosos de guerra, e nem os líderes governamentais, nem os promotores apreenderam claramente as incertezas inerentes ao empreendimento”. (Smith, 1997).

Nem é preciso ir assim tão longe na leitura da enorme bibliografia sobre Nuremberg para se perceber que o tribunal foi instalado, antes de tudo, em razão dos esforços dos norte-americanos. Não nos parece exagero dizer que foi uma “invenção americana”. Smith (1977) dedica os três primeiros capítulos de seu trabalho a detalhar minuciosamente a trajetória de criação do tribunal, seus impasses, as alterações de posições dos líderes, os exercícios de persuasão, as posições mais ou menos radicais e cautelosas, e, claro, o contexto político e histórico que permeava o debate. Owen (2006) e Tusa and Tusa (2010), embora sem o detalhismo e as minúcias apresentados por Smith, também rastream esse movimento e todos terminam por reconhecer que, não fossem os esforços norte-americanos, dificilmente o tribunal de Nuremberg viria à luz. Mas nem por isso deixou-se de se observar importantes divergências no seio do *establishment*



dos Estados Unidos da América no tocante ao encaminhamento do debate, que se afigurava tão relevante como delicado. Afinal de contas, o cenário era de uma guerra recém terminada. E não havia sido qualquer guerra mas aquela que apresentou ao mundo uma nova e industrializada dinâmica do genocídio, inovações nas formas de combate, ataques relâmpagos através de blindados assustadores, bombardeios aéreos em escala maciça, armas mais avançadas e mortíferas e até o uso de armamento nuclear ( no front asiático ). Pereceram ao final algo como cinqüenta a sessenta milhões de pessoas.

No plano das hegemonias políticas e da distribuição do poder mundial, as alterações eram numerosas. No mundo ocidental capitalista, os Estados Unidos da América davam agora as cartas, possuíam o melhor jogo e poderiam contar, na maioria das vezes, com o apoio da grande potência do século XIX, a Grã-Bretanha, agora mais enfraquecida mas ainda detentora de um importante grau relativo de poder. A França, derrotada pelos alemães mas recuperada por norte-americanos e ingleses, não poderia ser senão um pálido reflexo da grande potência do passado, mas ainda detinha alguns cartuchos. Aparentemente, havia se livrado do seu grande rival histórico, a Alemanha, dividida e derrocada. A União Soviética, aliada por necessidade durante o conflito, representava ideologia e valores diferentes e não eram poucos os observadores e atores políticos que começavam a pressentir que em breve a aparente unidade dos aliados vencedores poderia se ver abalada. Enquanto se discutia os pormenores de Nuremberg, os ventos da ruptura ainda não sopravam com força, embora pequenos detalhes talvez já pudessem denunciar mudanças a algum olhar mais atento.

A essas potências caberia decidir o futuro da Alemanha e da nova ordem européia e mundial. Transformá-la em um país campesino, desarmado e com produção industrial raquítica poderia ser uma opção. Pelo menos era assim que pensava Henry Morgenthau Jr, Secretário de Tesouro americano, autor de um duro plano de ocupação, apresentado a Roosevelt ao final da guerra.( Smith, op,cit,p.24 ). Berlim já se encontrava dividida em quatro zonas de ocupação e isso importava em algumas tensões que mais adiante se revelariam muito preocupantes. Inúmeras questões se colocariam diante dos vencedores e a das punições por crimes de guerra era uma delas.

Essa questão já vinha anunciada anos antes. Em 27 de outubro de 1941, em um momento em que a artilharia nazista já estilhaçava o solo soviético, Roosevelt e Churchill alertaram sobre a imoralidade da execução de inocentes em represália a ataques isolados contra os alemães, e que aqueles que “colaborassem” com Hitler deveriam estar cientes das conseqüências disso. A URSS, até a pouco aliada da Alemanha mas agora experimentando a força da máquina de guerra de Hitler, se associou a essas declarações. Os mesmos

soviéticos que haviam assinado um pacto de não-agressão e assistência com o regime alemão, em 1939, e haviam se beneficiado com isso ao se apropriarem de parte da Polônia logo após essa ser invadida pelas forças nazistas, tudo isso em virtude de cláusulas secretas contidas no mesmo pacto.

No entanto, como já sugerido, foi a partir dos meandros do poder nos Estados Unidos que começou a circular com mais desenvoltura a questão da punição dos crimes de guerra. Esse debate, quando colocado sobre a mesa, assim o foi no momento em que se tornava bastante claro que se encaminhava ela para seu fim e a vitória aliada era apenas uma questão de – pouco – tempo. A iminência da derrota encaminhou certos setores do nazismo em direção a posições cada vez mais extremadas no tocante ao extermínio dos prisioneiros de guerra e à implementação mais expeditiva das políticas genocidas desenvolvidas nos diversos campos de concentração espalhados sobretudo pelo leste europeu. A “solução final” encontrava-se em pleno andamento. Isso não deixava de impor, em um primeiro momento, certa cautela por parte dos aliados ao anunciar futuras punições pois poderiam provocar severíssimas represálias alemãs aos prisioneiros de guerra.

O mesmo Morghentau, Jr, ainda em 1944, propunha se ir além do plano de desindustrializar a Alemanha. Como nos informa Smith ( op.cit.p.25 ), “os memorandos do Tesouro sugeriam que se criassem equipes de trabalho, com líderes do Partido nazista, funcionários governamentais e soldados, para o emprego em reparações, em consertos em países aliados devastados pela guerra e pela ocupação nazista. Também se sugeriu a deportação maciça de nazistas para lugares remotos do globo, e chegou-se a tratar seriamente, numa reunião do tesouro, do problema espinhoso do que fazer com os filhos menores de seis anos de idade dos SS! Morghentau e os que o acompanhavam não tinham tempo a perder, não tinham paciência com processos complexos no relativo a crimes de guerra. Aceitaram a promessa aliada de que os criminosos de guerra de escalão inferior seriam mandados de volta ao cenário dos crimes que praticaram para encontrar ali o destino que lhes coubesse. Quanto aos grandes criminosos de guerra, aos altos funcionários públicos e do Partido nazista, brilhava pela simplicidade a solução descoberta pelo Tesouro: que se entregasse uma lista de criminosos à vanguarda das forças aliadas; estes, com a lista, identificariam e passariam imediatamente pelas armas os criminosos capturados”. Em resumo, o Plano Morghentau centrava-se em um tripé: retribuição, estigmatização e neutralização. Stimson, Secretário da Guerra, sempre de acordo com Smith, assumiu posição frontalmente contrária às propostas da Secretaria do tesouro. O projeto oriundo da Secretaria de Guerra terminou formatado pelo chefe do Escritório de Projetos Especiais, Murray Bernays, e tornou-se a fonte mais impor-

tante das idéias que terminaram por prevalecer no processo de criação do tribunal de Nuremberg. Repudiando execuções sumárias, Bernays buscou imprimir um caráter coletivo aos crimes praticados. Assim, organizações como as SS, o Partido nacional-Socialista e a Gestapo seriam responsabilizadas criminalmente perante uma corte internacional não como pessoas jurídicas mas através das ações individuais de alguns de seus membros. Somente indivíduos seriam julgados mas na condição de representantes de diversas organizações criminosas.

A condenação de algum réu na condição de representante de alguma dessas organizações implicaria considerar todos os outros membros como envolvidos em um conluio e, portanto, passíveis também de punição. Este conluio poderia retroagir inclusive a períodos anteriores ao início da guerra, durante o regime nazista. Segundo Smith (op.cit. p. 28 e segs ), “nesse documento sucinto reside a fonte mais importante das idéias que modelaram os processos subseqüentes em Nuremberg”. Vejamos, no entanto, qual foi a trajetória mais ampla desses processos.

Muito já se escreveu sobre os horrores da segunda guerra mundial. Novas tecnologias de destruição, usadas por todas as partes em conflito, permitiram uma multiplicação enorme de perdas humanas e materiais. O cortejo de mortes, incapacidades físicas e cidades arrasadas encontra-se devidamente registrado nos corações e mentes não só daqueles que ainda vivem para nos lembrar do ocorrido como por uma vastíssima literatura que os registraram sob diversos ângulos e pontos de vista. O inusitado e o indizível da barbárie genocida nazista também já alimentou um sem número de controvérsias e discussões e sabemos hoje da sua magnitude, ainda que alguns persistam em minimizar os fatos. Na segunda guerra mundial não existiram – como de resto em nenhuma guerra – dois lados que possam ser caracterizados respectivamente como “mocinhos” e “bandidos”. Em guerras, todos matam, todos cometem barbáries, todos destroem. Mas está fora de dúvida de que as atrocidades cometidas pela Alemanha de Hitler sobrepassou qualquer dimensão até então conhecida e, se é verdade que se ela tivesse vencido a guerra a História estaria sendo contada de outra forma, o fato é que o seu resultado final foi o melhor que poderia ter acontecido para o mundo. Devemos nos sentir aliviados, em que pese as responsabilidades dos vencedores por ações extremamente reprováveis. Mas vencedores julgam vencidos. E assim aconteceu em Nuremberg.

No entanto, existe um caminho até lá. Como consignado, muitos autores nos ajudam a rastreá-lo. Já registramos que, ainda com os EUA fora da guerra – mas já auxiliando a Grã-Bretanha de diversas formas e com Roosevelt dando tratos a bola para convencer os norte-americanos de que

cedo ou tarde seria necessário enviá-los aos campos de batalha - , os líderes dos dois países tornaram pública uma declaração conjunta. Em termos um pouco mais detalhados:

A execução de quantidades de inocentes, em represália a ataques isolados contra os alemães, constitui-se prática nos países temporariamente ocupados pelos nazistas. Isto revolta um mundo já endurecido pelo sofrimento e pela brutalidade. Os povos civilizados têm, desde há muito tempo, adotado o princípio basilar de que ninguém será punido por fato cometido por outrem. Na impossibilidade de deter os responsáveis por tais ataques, os nazistas massacram cinquenta ou cem inocentes. Aqueles que optarem por “colaborar” com Hitler (...), não podem esquecer esta ferrenha advertência. Os nazistas deveriam ter aprendido com a última guerra que é impossível suprimir o espírito humano pelo terror. Mas, ao contrário, instituíram seu espaço vital e sua “nova ordem” por meio do pavor, um terror súbito que ultrapassa tudo que eles mesmos haviam feito anteriormente. Estes são gestos de homens desesperados, que sabem intimamente que não podem vencer. O terror não poderá jamais trazer paz à Europa. Não obstante, este pavor semeia os grãos de um ódio que um dia conduzirá a um castigo terrível.

Molotov também se manifesta, já com a URSS invadida, pela *“punição merecida por todos os crimes sem precedentes perpetrados contra os povos da URSS e contra todos os povos amantes da liberdade”*. Seguem-se declarações mais ou menos no mesmo sentido dos governos no exílio ( Comitê nacional da França livre, governo da Noruega, governo da Tchecoslováquia, governo da Jugoslávia e governo da Polônia ).

Dois anos depois, a Declaração de Moscou, segundo Gonçalves (op. cit.p.62 e segs ) um “marco preparatório para a formação do tribunal de Nuremberg”, assinada pelos EUA, URSS e Grã-Bretanha em Primeiro de Novembro de 1943, - quando os rumos da guerra começavam claramente a se definir - anuncia o inevitável julgamento dos responsáveis por crimes de guerra nos países vítimas dessas barbáries e adverte aqueles “que ainda não banharam as mãos no sangue dos inocentes” para os riscos de virem a integrar o rol dos culpados. Fazia ainda menção aos principais criminosos de guerra, ameaçando-os com castigos a serem definidos pelos governos aliados.

Assim, segundo Gonçalves:

dois modos de repressão são claramente apresentados na Declaração de Moscou. Primeiramente, tem-se a repressão local, para crimes individualizados, cometidos em território específico. O julgamento desses criminosos seria feito pelas autoridades do lugar onde haviam praticado o delito e com base no direito comum daquela jurisdição.

O segundo modelo de repressão diz respeito aos chamados “grandes criminosos de guerra”, cujos delitos não tinham definição geográfica específica. É por meio desse princípio que ter-se-á o ponto de partida para o Primeiro Julgamento de Nuremberg, o julgamento dos vinte e dois homens de Estado”.

Na medida em que a guerra caminhava para o seu final, travava-se, nos EUA, renhida disputa interna sobre os caminhos e diretrizes para o julgamento dos acusados de crimes de guerra e, uma vez abandonado o “Plano Morgenthau”, os Secretários da Guerra e do Estado juntaram forças no sentido de convencer a Roosevelt de que o plano de Bernays, com algumas modificações e acréscimos, poderia servir de guia e inspiração para um modelo punitivo de justiça internacional pós-guerra, baseado em um julgamento em moldes mais tradicionais, ainda que adaptado às circunstâncias peculiares da guerra recém terminada. Um “Memorando para o Presidente: Julgamento e Punição dos Criminosos de Guerra nazistas”, assinado pelos Secretários Hull, Stimson e Biddle, este, futuro Juiz em Nuremberg, esforçava-se por convencer o Presidente dos EUA a instituir um tribunal para julgar os alemães e suas organizações por “crimes atrozes” perpetrados através de uma “ampla empresa criminosa” (Smith, *op.cit.* p.37). Em Yalta, este tema terminou por ser ofuscado por questões mais prementes. No entanto, a morte de Roosevelt e a ascensão de Harry Truman impulsionaram uma nova dinâmica para o assunto, pois o novo Presidente acatou quase inteiramente o memorando assinado pelos três secretários, declarando-se pouco propenso à alterações de rumo e praticamente selando a posição de Washington. Uma vez assentadas as discussões nos EUA, tratava-se de fazer valer sua posição junto aos demais aliados. O Juiz da Suprema Corte norte-americana, Robert Jackson, foi designado como chefe da Promotoria do futuro Tribunal e encarregado de negociar sua implementação com franceses, britânicos e russos. Isso seria feito na Conferência de Londres.

As negociações em Londres terminaram por se afigurar muito mais árduas do que Jackson pensava.

Em primeiro lugar, talvez pelas próprias características do Juiz Robert Jackson como negociador. Irritado e algo autoritário, era patente sua dificuldade em transformar-se no diplomata que a ocasião exigia. Os russos exasperavam-lhe, não compreendia os franceses e as resistências inglesas se mostravam mais tenazes do que imaginava. Foram muitos os impasses. Nikitchenko, o negociador soviético, perguntava, criticando o projeto norte-americano, como julgar, por exemplo, organizações como a Gestapo, que já havia sido dissolvida pelos aliados? Indo além, questionava a própria idéia de se julgar organizações criminosas, nesse ponto apoiado pelos franceses.

Criminalizações *ex post facto* também preocupavam franceses e ingleses, especialmente temerosos com a proposta de se considerar toda guerra de agressão como ato criminoso.

No entanto, foi a proposta do conluio aquela que desandou a maior tempestade de críticas. Nos dizeres de Smith:

no tocante a esse problema, separaram-se imediatamente dois campos – de um lado os países do continente, França e União Soviética, e, de outro, os britânicos e norte-americanos. No curso de grande parte dos debates, franceses e russos pareciam incapazes de compreender tudo que essa idéia envolvia; quando, por fim, o perceberam, sentiram-se sinceramente chocados. Aos franceses, isso parecia um anacronismo legal de bárbaros, indignos do Direito moderno, enquanto se diria que os soviéticos não podiam acreditar no que ouviam – reação que os cépticos atribuirão à inveja. O aspecto mais relevante, porém, na crítica soviética à noção de conluio residia no fato de ser ela muito vaga, e tão pouco familiar aos franceses e a eles próprios, e, além disso, aos alemães. (Op.cit.p.54).

Foram muitos os conflitos e real a possibilidade de fracasso em Londres. Tudo parece crer ter partido de Postdam, onde se reuniam os três grandes, o empurrão e as ordens necessárias para que um acordo pudesse finalmente ser obtido em Londres. Expressando votos de que “the negotiations in London (would)....result in “speedy agreement” and that the trial would “begin at the earliest possible date”, os três grandes teriam sinalizado para a necessidade de se encerrarem satisfatoriamente as negociações àquela altura próximas de um impasse. O representante russo em Londres, seguindo ordens de Stalin, prontamente retirou suas principais objeções e um acordo foi rapidamente alcançado. Na esfera política, portanto, superou-se os obstáculos, as indecisões e as perplexidades jurídicas (Tusa and Tusa, op.cit.p.84/85; Smith,op.cit.p.60 ).

## 2. O ESTATUTO DE LONDRES – ESTRUTURA E JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL

Em 8 de agosto de 1945, vem à luz o Estatuto do Tribunal Militar Internacional , que visava, segundo seu artigo primeiro, “julgar e punir, de maneira apropriada e sem demora, os grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo”, sem prejuízo de que outros tribunais também se encarregassem do julgamento de criminosos de guerra de menor importância. Conhecido como Estatuto de Londres, criava um Tribunal que seria composto por quatro membros titulares e quatro suplentes, representantes das

quatro potências vencedoras : Estados Unidos da América, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido da Grã-Bretanha e França. Os juízes eram inamovíveis enquanto durasse o julgamento e, em uma tentativa algo canhestra de fazê-los representar toda a Humanidade, desconsiderava-se suas nacionalidades e se lhes conferia um status de “supranacionais”. Eram eles o Major-General Iona T. Nikithenco e seu suplente, Coronel Alexandre F. Volchoff( os únicos juízes que ostentavam patentes militares ), indicados pelo governo soviético; o professor de Direito Penal Henri Donnedieu de Vabres e seu suplente, Robert Falco, indicados pela França; Francis Biddle e John J. Parker, enviados pelos Estados Unidos da América como titular e suplente, respectivamente; e, tomando assento por indicação do governo britânico, Lord Geoffrey Lawrence, que assumiu as funções de Presidente, tendo Lord Norman Birkett como suplente.

O Ministério Público também apresentava nomes dos quatro países e, durante os trabalhos do tribunal, a promotoria norte-americana afe-riu um claro protagonismo. Era ela chefiada por Robert H. Jackson. Pela França, ficou encarregado da chefia da acusação François de Menthon, substituído depois por Chapetier de Ribes. Como ambos se ausentavam regularmente das seções, foi Charles Dubost quem freqüentemente se encarregava dos trabalhos perante o tribunal. Sir Hartely Schawcross figurava como o representante de Sua majestade. Como detinha a posição de General Attorney na Grã-Bretanha, as obrigações do cargo o retiveram em solo britânico, o que permitiu que David Maxwell-Fyffe assumisse o comando da acusação. Stalin preferiu, tal como fizera na designação do Magistrado, um militar no comando do Ministério Público soviético, entregando essa responsabilidade ao general Roman Rudenko. Todos eles contavam com uma equipe de auxiliares e o protagonismo dos norte-americanos pode ser percebido quando constatamos que Jackson possuía-os em número de 22 ao passo que franceses, ingleses e soviéticos possuíam oito, seis e oito, respectivamente.

A defesa era constituída por advogados alemães talentosos – dentro do quadro disponível em um país aniquilado -, selecionados pela Corte, cabendo a cada réu escolher um dentre eles, ainda que não se vedasse a possibilidade – a depender da aprovação do tribunal – da escolha de um nome que não constasse da lista. Trabalhavam com recursos bastante acanhados, com poucos auxiliares, limitados pelo pouco tempo dado para a preparação das defesas e se viam não raro desconcertados pelos procedimentos previstos no Estatuto, que incorporava parte da tradição jurídica europeia continental e a misturava com elementos típicos do sistema da *commom law*. A avalanche de documentos apresentados, sobretudo pela promotoria norte-americana,

freqüentemente os embaraçava e a técnica de interrogatório baseada no *cross-examination* expunha suas fragilidades com este tipo de procedimento, quase desconhecido no Direito alemão da época. Além disso, muitos deles foram hostis ou pelo menos não apoiaram o governo nacional-socialista, o que os afastava, a princípio, de algum movimento de empatia com relação aos seus clientes (Smith, p.98).

O art.6 do estatuto de Londres estabelecia a competência do Tribunal:

O tribunal estabelecido por acordo mencionado no art.1 acima, para o julgamento e castigo dos grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo, será competente para julgar e punir quaisquer pessoas que, agindo por conta dos países europeus do Eixo, tenham cometido, individualmente ou sob o título de membros de organizações, qualquer dos crimes seguintes.

Os seguintes atos, ou qualquer um entre eles, são crimes submetidos à jurisdição do Tribunal e elencam uma responsabilidade individual:

(a) Crimes contra a paz: a saber, a direção, preparação, o desencadeamento ou a perseguição de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violadora de tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação em um plano concertado ou em um complô para a realização de qualquer um dos atos precedentes;

(b) Crimes de guerra: a saber, as violações das leis e costumes de guerra. Tais violações compreendem, sem limitar-se a estes, o assassinato, os maus-tratos e a deportação para trabalhos forçados, ou com qualquer outro objetivo, das populações civis nos territórios ocupados, o assassinato e os maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, a execução de reféns, a pilhagem dos bens públicos ou privados, a destruição sem motivo das cidades e vilas, bem como a devastação não justificada pelas exigências militares;

(c) Os crimes contra a humanidade: a saber, o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato inumano cometido contra quaisquer populações civis, antes ou durante a guerra; ou ainda as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, cometidos em prosseguimento a todos os crimes sob competência do tribunal Internacional, ou a eles vinculados, mesmo que tenham tais perseguições constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetradas.

Os dirigentes, organizadores, colaboradores ou cúmplices que tenham participado na elaboração ou execução de um plano concertado ou de um complô para o cometimento de qualquer um dos crimes acima definidos



são responsáveis por todos os atos perfeitos realizados por qualquer pessoa na execução deste plano.

Uma primeira leitura dos “pontos da acusação” já deixava espaço suficiente para a percepção de quão amplos e vagos se constituíam esses “tipos penais internacionais”. Ninguém ignora as dificuldades com que os encarregados da elaboração do Estatuto se defrontavam. Diante deles se estendia uma tarefa prenhe de obstáculos. Dar conta de redigir um Estatuto que contivesse previsão de crimes, alguns deles desconhecidos em qualquer legislação anterior, que pudessem ser imputados a líderes importantes de um país derrotado - que faziam parte de um sistema político cuja cadeia de comando, ao contrário do que diz o mito de uma Alemanha estritamente hierarquizada nos processos decisórios e extremamente organizada administrativamente, nem sempre estava clara (à exceção da liderança do Führer) - e a partir de um contexto político em que os interesses das potências vencedoras, agora que a guerra tinha acabado e superada estava a “frente única de batalha”, já descoincidiavam em muitos pontos, estava longe de ser um trabalho acolhedor. Mesmo levando em consideração essas e outras dificuldades, inclusive o observador menos atento não deixará de nele perceber uma determinação punitiva que mal disfarçava desejos de vingança. Esses desejos são sombras que se projetaram e foram percebidas durante os trabalhos do Tribunal. Mas tentemos também perscrutar as luzes. Smith nos adverte que não ficaram inteiramente afastadas as tentativas de conter excessos. Afinal de contas, “os britânicos tentaram, desde os primeiros momentos, modificar os planos ambiciosos de seus aliados; os soviéticos e os franceses buscaram limitar os perigos possíveis de um indiciamento por conluio e organizações criminosas; e os norte-americanos estavam determinados a evitar qualquer coisa que parecesse um julgamento soviético do tipo, “expurgo”. E se, no Estatuto do Tribunal “sementes daninhas foram ali plantadas e produziram frutos ainda mais daninhos durante o julgamento”, em Nuremberg não se encontram somente atos “cometidos às cegas, nem se inspiraram apenas em amargura e ódio. Juntamente com as pressões que exercia o sentimento público de indignação, também havia um elevado propósito moral - as Grandes potências não deixariam escapar, dessa vez, a oportunidade de garantir a paz aplicando o Direito Internacional ao julgamento de crimes” (Smith. *Op.cit.* p.76/77). Há certo exagero em se falar em “elevado propósito moral” nessas questões e sabemos também - e os líderes das potências vencedoras o sabiam ainda mais - que o Direito Internacional, por si só, é incapaz de garantir a paz. Seja como for, é hora de analisarmos, ainda que sem a devida profundidade, algumas dessas luzes e dessas sombras.

## 2.1. Crime de Conspiração

É possível que tenha sido o ponto mais polêmico, confuso e obscuro dos crimes imputados aos acusados, até mesmo para aqueles mais familiarizados com as construções jurídicas anglo-saxãs que o inspiraram<sup>4</sup>.

Assim, como não deixará de notar Quintano Ripollés ( 1955.p.421), tratava-se de um instituto “*que tiene en rigor más bien carácter de grado en la dinámica del delito o en la participación criminal que no de delito sustantivo por sí. A causa de ello aparecen confusamente comprendidos en dicho cargo actos criminales de la más diversa morfología, repetidos casi siempre en las acusaciones ulteriores, notablemente en las que versan sobre crímenes contra la paz y la humanidad*”. Mencionava-se também ações claramente de cunho político interno, que diziam respeito à conquista do poder pelos nazistas e às ações repressivas tomadas em consequência. Vale a pena citar os três parágrafos constitutivos da acusação:

1) Começando com a guerra de agressão de 1 de setembro de 1939, estendendo-se a proporções mundiais, os conspiradores nazistas levaram a cabo seu plano comum ou conspiração de fazer a guerra de modo cruel e com absoluto desprezo e violação das leis e costumes existentes. Ao curso do plano de conspiração cometeram-se os crimes de guerra detalhados no encargo III;

2) Começando pelo plano de apoderamento e retenção absoluta do domínio do estado Alemão, utilizando-o depois para perpetrar suas agressões externas, os conspiradores nazistas conduziram seu plano de conspiração com crueldade e desprezo absoluto pelas leis humanitárias. No curso da execução foram cometidos os crimes contra a humanidade, que se detalham por sua vez no encargo IV;

3) Em razão do que foi dito, são os acusados, em concurso de pessoas, culpados de um plano comum de conspiração para cometer crimes contra a humanidade durante a perpetração da guerra e em seu desenvolvimento e de um plano comum para cometer crimes de guerra contra as forças armadas inimigas, bem como contra civis combatentes.

<sup>4</sup> “El profesor Henri Donnedieu de Vabres em su mencionada obra “Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, publicada en el “Recueil des Cours” de la “Académie de Droit International de La Haye” ( tomo 70-1947 ), hace un recuento de todas las contingencias tanto políticas como legales, que rodearon “la cuestión del complot”. Su fundamento jurídico, dice, se encuentra en una noción propia del derecho británico : la de “conspiracy”. Según este concepto puede ser punible como complot todo concierto de voluntades que conduce a la comisión de algo ilegal: es decir, no sólo un crimen sino una simple infracción o cualquier acto que, sin hacerse acreedor a una sanción penal, sea contrario a la ley o la moral. Según la doctrina, el complot implica la confluencia de dos elementos: resolución común (agreement) y acuerdo sobre los procedimientos ( common plan ). Sin embargo, la práctica se conforma con el primero para justificar la inculpación”. ( Irigoyen,1955.p.258/259 ).

Aqui, corporificou-se aquela sugestão especificada no já mencionado Memorando de Murray Bernays e que ao Departamento de Guerra pareceu bastante satisfatória. Afinal de contas, ela permitiria conectar, em uma sequência aparentemente sólida, as ações de repressão e racismo levadas a efeito internamente pelos nazistas aos crimes de guerra perpetrados durante o conflito, tudo isso sob o guarda-chuva da Conspiracy, ou do Complot. Mesmo aquelas ações que não pudessem ser tecnicamente consideradas criminosas, assim passariam a ser se pudessem ser colocadas como parte de uma conspiração direcionada à eclosão da guerra e aos crimes nela cometidos. Todo aquele que participou da conspiração seria um criminoso ainda que não pudesse ser demonstrada especificamente nenhuma ação criminosa. Assim, segundo a Promotoria estadunidense, antes mesmo de 1 de setembro os réus já faziam parte uma conspiração visando a guerra e a dominação da Europa. Richard Overy ( 2001, p.70 ) nota que a simplicidade dessa tese atraiu imediatamente a Stimson, pois a idéia de conspiração sugeria o envolvimento em ações como genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, mesmo para aquele réu um tanto distanciado das operações de guerra e de genocídio. E ainda com a vantagem de se afastar defesas do tipo “eu só obedecia ordens”. Mas, como também registra o autor, pagou-se com isso o preço da falsificação histórica já que não se sustentava em absoluto a tese de que os nazistas, logo que assumiram o poder, possuíam um plano e se engajaram em uma conspiração para dominar o mundo. Ou, como E.L.Woodward, consultor do “Foreign Officer” britânico, não deixou de perceber “ no fundo, não houve trama. As outras grandes potências sabiam, em 1937, que o ritmo das preparações militares alemãs fortaleceria o país...É, portanto, irreal – e parecerá irreal aos historiadores – falar num trama ou conluio alemão só porque as outras potências estavam sempre prontas a perdoar todas as quebras de palavras por parte dos alemães, e a celebrar acordos com o governo germânico” ( Smith,p.76)<sup>5</sup>. Se em 1945 já estava claro para Woodward a pouca consistência de uma tese baseada em uma grande Conspiracy levada a efeito pelos líderes nazistas – contando com a participação consciente de

<sup>5</sup> Lembremos que a anexação da Austria contou com o beneplácito das potências européias, e a conquista dos sudetos somente foi possível porque a Tchecoslováquia foi abandonada por franceses e ingleses. Recordemos também da inação da França e da Inglaterra – e das pífias medidas tomadas pela Liga das Nações – diante das conquistas territoriais japonesas na Manchúria e da Itália na Abissínia, dois futuros aliados de Hitler, sem falar do conhecido pacto Ribentrop-Molotov ( ou Hitler-Stalin ), que permitiu maior liberdade aos alemães na frente ocidental, uma vez dividida a Polônia. Enfim, um fracasso absoluto da chamada política de apaziguamento encetada pela Inglaterra e, em menor medida, pela França.

diversos escalões de liderança -, na historiografia contemporânea isso se constitui um ponto pacífico.

Segundo a acusação, os réus, através de um Complot, ou Conspiracy, teriam dado início a guerras que envolveram diversos países e populações, nelas praticando assassinatos, maus-tratos, deportações com fins de escravização, assim como crimes contra a humanidade e perseguições por razões políticas, religiosas e raciais. A acusação, se reportando várias vezes a essas condutas, ora tratando-as como crimes contra a humanidade, ora tratando-as como crimes contra a paz, ora ainda tratando-as como crimes de guerra, não escapa à fundadas suspeitas de que terminou por incorrer no chamado *bis in idem*.

O Partido Nacional-Socialista dos trabalhadores Alemães seria um dos principais aglutinadores deste complot, desde sua fundação, em 1920, como parte de um plano de tomada do poder e implementação desses propósitos criminosos. Seguindo a linha da acusação, colocar fim ao Tratado de Versalhes, reaver territórios perdidos na primeira guerra mundial e conquistar seu espaço vital ( *lebensraum* ) seriam alguns dos principais objetivos dos acusados, que não hesitaram em recorrer aos piores crimes para alcançá-los.

No plano doutrinário e ideológico, o Complot se assentaria em princípios tais como o da supremacia do Partido sobre quaisquer instituições, a liderança inquestionável do Fuher ( neste caso, perguntava a defesa, como compatibilizar o Fuherprinzip com a existência de uma Conspiracy?) e o da superioridade da raça ariana.

Desde que assumiu o poder, em 1933<sup>6</sup>, sustentava a Promotoria, o regime de Hitler colocou em execução seu plano para o desencadeamento da guerra e, portanto, todos os atos de política interna e externa e todos os atos de administração pública deveriam ser entendidos como parte desses desígnios. Inclusive medidas de política econômica e trabalhista, entre as quais estavam incluídas a política de rearmamento, o plano quadrienal, a supressão de direitos dos trabalhadores etc.

De Vabres, um dos juízes, não encontrou elementos suficientes para sustentar esta conspiracy, preferindo apontar, dentro da estrutura de poder da Alemanha nacional-socialista, a existência de uma liderança e um poder

<sup>6</sup> Gonçalves (2004) questiona como criminalizar a tomada legítima e democrática do poder. Tem certa razão, ainda que a chegada de Hitler ao poder contenha alguns elementos de crise e intimidação por parte de seus seguidores. Ver, por exemplo, Evans (2012) e Turner (1996), que detalham a complexidade da tomada de poder pelos nazistas, processo este em que prevaleceu a força do voto popular ( embora em nenhum momento o Partido nacional Socialista tenha obtido maioria ) mas não foi de todo infenso á violência e intimidação físicas em direção aos adversários.

de decisão quase incontrastáveis de Hitler, admitindo, como máximo, a possibilidade de Goebbels, Himmler, Borman e Goering – somente o último assentou-se no banco dos réus em Nuremberg, embora Borman tenha sido julgado e condenado *in absentia* – terem, em determinados momentos, se assenhoreado de alguma parcela de poder, ainda assim submetida à palavra final do Fuhrer. (Gonçalves.p.106/107;Yrigoien,p.259).

A posição de Vabres prevaleceu em parte. O Tribunal terminou por aceitar a tese da Conspiracy somente nos casos das guerras de agressão, desprezando as alegações da Promotoria em relação aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade. Assim, todos os que estavam inteirados dos planos de agressão do regime de Hitler, e ainda assim persistiram em com ele cooperar, se viram condenados por Crimes contra a Paz, mas de acordo com a extensão com que cooperaram no planejamento e preparação das guerras de agressão.

Foi uma, entre outras, solução de compromisso encontrada pelo Tribunal. Se bastante questionável do ponto de vista jurídico, - mas talvez inevitável face às circunstâncias - é ela claramente insustentável do ponto de vista da historiografia contemporânea, quase toda ela relutante em aceitar a existência de um plano de agressão estruturado de antemão e colocado em prática concatenadamente<sup>7</sup>.

## 2.2. Crimes contra a Paz

Constituíam o segundo ponto da acusação. Eram os réus acusados de desencadear e dirigirem guerras agressivas em violação de tratados e convenções internacionais. Concretamente, apontava-se as responsabilidades dos réus pela invasão da Polônia pela Alemanha, no dia 1 de setembro de 1939, pela guerra contra a Grã-Bretanha e a França, iniciada no dia 3 do mesmo mês e ano; contra a Dinamarca e a Noruega, que começou em 9 de abril de 1940; contra Iugoslávia e Grécia, no dia 6 de abril de 1941, contra a União Soviética, em 22 de julho de 1941 e Estados Unidos da América no dia 11 de setembro de 1941. Os principais textos internacionais violados seriam, segundo a acusação, o Protocolo de Genebra de 1924, a resolução da Sociedade das Nações de setembro de 1927, o Pacto de Paris (Briand-Kellog), de 1928 e os tratados celebrados entre Alemanha e Polônia e Alemanha e União Soviética em 26/1/1934 e 23/8/1939, respectivamente. A denúncia apontava o Mein Kampf – livro escrito por Hitler em 1924 -, alguns discursos do Fuhrer, o Memorando Hossbach – registro escrito do

<sup>7</sup> Ver Evans (2012) e Kershaw (2008), para ficarmos apenas em duas recentes e importantes obras.

militar Friedrich Hombach dando conta de uma reunião presidida por Hitler na qual ele, diante de Goering, Von Blomberg, Von Neurath e outras importantes figuras do regime, enaltecia a importância da conquista da Áustria e da Tchecoslováquia (Gonçalves, p.126) - e o Documento Schmudt - texto que descreve uma conferência, realizada em maio de 1939, contando com a presença de Keitel, Goering, Raeder, dentre outros, onde se discutiu a possibilidade de um confronto com a Polônia - como sendo importantes provas a comprovarem as intenções belicistas dos acusados. Jackson também já havia recebido a tradução dos documentos relacionados à “Operação Verde”, a diretiva redatada em finais de 1938 para invadir a Tchecoslováquia e, embora já tivesse em mãos desde a Conferência Preparatória de Nuremberg também o já traduzido “Protocolo Secreto Adicional do Pacto Germano-Soviético”, formalizado em agosto de 1939, que repartia a Polônia entre a Alemanha e a União Soviética, entendeu mais prudente não entrar em rota de colisão com seu importante aliado de ocasião. (Overy, p.77). Não era por outra razão que Nikitchenco, o chefe da Promotória soviética preferia que esta temática da agressão fosse deixada de lado, pois temia que os acusados, lembrando o Tribunal da existência deste Pacto, colocassem a União Soviética em situação constrangedora. Moscou chegou a enviar ao tribunal uma equipe, liderada pelo Coronel Lijachev, com ordens expressas para não permitir que essas questões fossem colocadas em detalhes no julgamento. (Overy, p.77).

Se foram encontradas enormes dificuldades para se conceituar agressão com alguma clareza na Conferência de Roma de 1998, que criou o atual Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court, em inglês) - o que levou ao adiamento da discussão, afinal realizada anos depois em Kampala -, não é difícil se imaginar os enormes obstáculos para caracterizá-la com alguma pertinência em 1945. Ademais, nenhum dos Tratados e Convenções apontados como violados pelos réus estabelecia sanções ao seu descumprimento - entre outras razões porque todos os seus signatários sabiam das possibilidades de sua violação, pois o uso da força era ainda um recurso aceitável na época, não obstante algumas possíveis controvérsias. Se Barack Obama, em 2012, dizia que nenhuma possibilidade estava descartada com relação ao projeto iraniano de obtenção de capacidade bélica nuclear, admitindo, assim, a possibilidade do uso unilateral da força, em 1945 qualquer consenso com relação a esta impossibilidade encontrava-se distante. Embora Marcel Merle (1949,p. ) e Sheldon Glueck ( 1946,p )esforcem-se para demonstrar que a proibição da agressão era à época um “costume em formação” já suficiente para se constituir obrigação internacional em 1939 , a defesa dos acusados, como nos informa Gonçalves ( op.cit.p.128 ), possuía

bons motivos para colocar em dúvida, à época, a existência deste “novo Direito Internacional”.

O tribunal terminou por considerar que as violações do Direito Internacional ocorridas antes da invasão alemã da Polônia – que marca o início da segunda guerra mundial – se constituíam em etapas para se chegar aos concretos atos de agressão, que teriam se iniciado no momento em que a Wermart transpôs a fronteira germano-polaca.

### 2.3. Crimes de Guerra

As acusações pela prática de crimes de guerra encontravam um amparo jurídico mais consistente. Poderiam com mais facilidade ser vistos e aceitos como direito consuetudinário e compunham um leque razoavelmente amplo – pelo menos para a época – de legislação internacional, capitaneadas pelas Convenções de Haia, de 1907 e de Genebra, de 1929. Desta maneira, assassinatos e maus-tratos a populações civis tais como torturas, sequestros e deportações poderiam ser punidos com uma base legal mais sólida. O problema aqui estava na superposição desses crimes com os crimes contra a humanidade – muitas vezes as fronteiras se mostravam tênues e geravam o problema do *bis in idem*. A acusação apontava também como crimes de guerra a deportação para trabalho escravo e outros propósitos daquelas populações civis que se encontravam em territórios ocupados pelos alemães.

A defesa basicamente levantou duas teses: a primeira referia-se ao fato de ter a Alemanha, ao invadir outros territórios, incorporado-os ao Reich e, portanto, os atos lá praticados estavam amparados pelo exercício da soberania. O tribunal entendeu que os efeitos de uma ocupação não prevalecem se o exército e a população do território ocupado combatem o inimigo invasor.

O segundo argumento diz respeito ao caráter personalíssimo desses crimes. Aqueles homens sentados no banco dos réus poderiam ser julgados por condutas de terceiros? Gonçalves (2004) reconhece que “alguns mereceriam punição por ordens criminosas dadas” mas aponta incongruências nas sentenças. Por exemplo, alguma condescendência com os Almirantes Raeder e Donitz, idealizadores da guerra submarina e que escaparam da condenação a morte, se comparada com a dureza das sentenças de Sauckel e Kaltebruner, sujeitos ao enforcamento.

### 2.4. Crimes contra a Humanidade

Os crimes contra a humanidade, às vezes colocados em uma fronteira pouco distinguível com os crimes de guerra, se constituíam em novos delitos

penais. Eram eles “o assassinato, extermínio, escravização, a deportação e todo e qualquer ato inumano cometido contra populações civis, antes ou durante a guerra”. Também “as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, realizadas na sequência de todos os crimes de competência do tribunal Internacional ou a eles vinculados, ainda que essas perseguições tenham constituído violação do direito interno nos países onde foram perpetradas”. Aqui, são mencionadas, como fazendo parte de um plano comum, as perseguições aos judeus, a partir de 1933.

Não é nosso objetivo aqui determo-nos em especificidades tecno-jurídicas relacionadas aos prováveis casos em que se violou o princípio da legalidade, em que prevaleceu o *bis in idem*, em que as condutas não se encontravam suficientemente definidas ou especificadas, em que o contraditório e ampla defesa não foram suficientemente observados etc etc. Muito já se falou sobre isso e qualquer adendo de nossa parte em nada irá acrescentar à abundante e autorizada literatura sobre o assunto.

Esse é um dos mais palpáveis riscos quando se escreve sobre o Tribunal de Nuremberg e sobre o período que vai de 1933 a 1945. A literatura é caudalosa<sup>8</sup>. Deixemos apenas um registro final: mesmo após o início dos trabalhos do tribunal, quando boa parte das provas já estavam colhidas e apresentadas pelo Ministério Público, mais e mais iam surgindo, ou pelo menos assim julgava a acusação. No entanto, nesse processo de surgimento de novas provas, os pontos mais débeis da acusação – apresentamos rapidamente alguns - assim continuaram durante todo o julgamento. Assim, a tese do plano de conspiração nunca se viu amparada por provas mais robustas e consistentes e ainda hoje a mais autorizada bibliografia histórica admite que Hitler queria a guerra mas nunca traçou um plano concreto para isso, adaptando-se o mais das vezes às circunstâncias da política e das relações de forças internacionais.

Do mesmo modo, a historiografia mais séria corrobora a prática genocida do terceiro reich, direcionada especialmente aos judeus, mas vacila quanto a apontar o momento exato em que essa decisão foi tomada e mesmo como se desenvolveu integralmente esse processo decisório e suas razões definitivas<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Para um maior aprofundamento na matéria, para além do já citado, sugerimos Vabres ( 1947 ), Jackson ( 1947,1949 ), Glasser ( 1948 ), Falk ( 1971).

<sup>9</sup> Uma abalizada discussão envolvendo a chamada “solução final” e as mais diversas tendências historiográficas sobre o momento de seu início, o papel de liderança de Hitler, a reação do povo alemão, o processo decisório e a burocracia no Terceiro Reich, seu alcance e extensão etc pode ser encontrado em Kershaw, Ian.Hitler, the Germans and the Final Solution. Yale University Press.2008. Nesta temática, a literatura é oceânica, quase incontrolável. Hilberg,Raul ainda



Essas e outras questões ainda estão em aberto e colocam dúvidas e sombras sobre alguns aspectos da atuação da Promotoria e dos próprios juízes. É de se reconhecer, sem embargo, que as complexidades de um julgamento deste porte fatalmente se intrometeriam no decorrer dos trabalhos, embaraçando-os e tornando tormentoso o labor de todos os envolvidos. Para os historiadores contemporâneos, septuagenariamente distanciados daquele julgamento, e providos de um abundante e muito mais confiável volume de informações, torna-se muito mais confortável o exercício de demolição de algumas “verdades históricas” levadas ao Tribunal. Ao jurista, confortado pelo enorme crescimento da legislação penal internacional nos últimos anos, pode parecer às vezes quase inexplicável e injustificável o “esforço hermenêutico” da acusação. Não raro, historiadores e juristas estão corretos em suas rigorosas críticas. Mas que a complexidade do momento, os impasses políticos surgidos e a novidade da situação sirvam de atenuante – talvez não de justificação – para aqueles juízes e promotores envolvidos nos trabalhos de Nuremberg.

### 3. OS ACUSADOS E AS CONDENAÇÕES

Não parece pertinente traçar aqui um quadro detalhado acerca do às vezes sibilino processo de escolha dos réus que responderiam por seus crimes perante o tribunal. Não foram raras as ocasiões em que listas foram feitas e desfeitas, nomes foram colocados e retirados, a depender da representatividade de cada um dentro da estrutura do sistema de poder alemão ou da maior ou menor ligação orgânica com as diversas organizações nazistas além, é claro, dos interesses específicos dos julgadores. A lista elaborada pelo governo dos Estados Unidos colocava, em primeiro lugar, as organizações apontadas como criminosas: o “corpo de líderes” do Partido Nacional-Socialista, o Conselho de Ministros do Reich, o Estado-Maior e o Alto Comando das Forças Armadas, as SS e a Gestapo, sendo, por ocasião do julgamento, requerido pela Promotoria que fosse incluída a SA (que tinham sido extintas ainda antes da guerra).

A cada organização se vinculava uma lista de acusados que as representavam de maneira mais significativa, segundo o juízo dos norte-americanos,

---

continua como a grande referência clássica sobre o assunto. As mais de 1.500 páginas do seu “A destruição dos judeus europeus”, finalmente traduzido para a língua portuguesa ( Barueri, Editora Amarelly, 2016 ), são fundamentais. Recomenda-se também de Browning, Christopher, *The path of genocide. Essays on launching the final solution*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992 e *The origins of final solution: The evolution of Nazi Jewish Policy*, September 1939/March 1942, University of Nebraska Press, Lincoln and Yad Vashem, Jerusalem 2004.

chegando-se ao final a um total de 16 dentre uma lista inicialmente contendo 46 nomes. Desta lista, 14 terminaram efetivamente julgados. Smith ( 1979, p.68 ) observa que, muito mais importante do que os fatores que afinal influíram neste processo de construção da lista dos acusados, foi o método utilizado. Segundo o autor, “escolheram-se os nomes antes que se preparasse um indiciamento, e antes mesmo que se houvesse negociado a Carta que estabelecia a lei mediante a qual alguns deles seriam julgados. O que orientou a seleção dos nomes não foi a ação pessoal, a crueldade ou a notoriedade dos réus, mas a consideração de que se encaixavam no plano norte-americano para julgar organizações”.

Com frequência, tratou-se o julgamento de organizações em Nuremberg como se fosse uma idéia surgida no último momento, mas, de fato, constituía o centro do projeto norte-americano de inculpação. Os réus, como indivíduos, não passaram de atores através dos quais se representava o drama principal.

Ao final, foram 22 os julgados:

- Herman Goering, Ministro da Aeronáutica, condenado pelos quatro crimes imputados, suicidou-se antes da execução;
- Rudolf Hess, Ministro do Reich, condenado à prisão perpétua pelos crimes de conspiração e contra a paz;
- Joachim Von Ribbentrop, Ministro dos Negócios Estrangeiros, condenado a morte pelos quatro crimes imputados;
- Wilhem Keitel, Chefe do Alto Comando da Wehrmacht, condenado a morte pelos quatro crimes imputados;
- Ernest Kaltenbruner, Chefe da SS, condenado a morte por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Alfred Rosenberg, Ministro dos Territórios Ocupados do Leste, condenado a morte pelos quatro crimes imputados;
- Hans Frank, Governador-Geral da Polônia, condenado a morte por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Wilhelm Frick, Ministro do Interior, condenado a morte por Crimes contra a Paz, Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Julius Streicher, Ministro sem pasta, condenado a morte por Crimes contra a Humanidade;
- Walter Funk, Ministro da Economia, condenado à prisão perpétua por Crimes contra a Paz, Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Karl Doenitz, Comandante-Chefe da Força Submarina, condenado a dez anos de prisão por Crimes de Guerra e crimes contra a Humanidade;

- Hjalmar Schacht, Ministro da Economia ( 1933/1936 ), absolvido;
- Erich Haeder, Comandante em Chefe da Marinha de Guerra até 1943, condenado à prisão perpétua por Crimes contra a Paz, Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Baldur Von Schirach, Governador de Viena, condenado a 20 anos de prisão por Crimes contra a Humanidade;
- Fritz Sauckel, Plenipotenciário Geral de Mobilização e Organizador do Trabalho Obrigatório, condenado a morte por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Alfred Jodl, Chefe de Operações do Estado-maior, condenado a morte pelos quatro crimes imputados;
- Franz Von Papen, Ex-Chanceler do Reich, absolvido;
- Artur Seyss-Inquart, organizador do Anschluss e Governador dos Países Baixos, condenado a morte por Crimes contra a Paz, Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Albert Speer, Ministro dos Armamentos e Produção de Guerra, condenado a 20 anos de prisão por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade;
- Constantin Von Neurath, Ministro dos Negócios Estrangeiros até 1938 e Protetor da Boemia e da Moravia, condenado a quinze anos de prisão pelos quatro crimes imputados;
- Hans Fritzsche, Adjunto de Goebbels, absolvido;
- Martin Borman, Chefe da Chancelaria e Secretário do Fuher, condenado à morte a revelia, por Crimes contra a Paz e Crimes contra a Humanidade.

Todos os condenados à morte foram enforcados, exceto Herman Goering que se suicidou antes da execução e Martin Borman que foi condenado à revelia.

Em cada uma dessas condenações existiram interesses políticos mesclados a considerações de ordem jurídica, algumas de caráter muito duvidoso, outras mais consistentes, e não cabe neste espaço um esforço de análise individualizada. Olhemos com mais atenção apenas um caso, o de Rudolf Hess, que carrega consigo - e sem excluir outros que poderiam também perfazer essas características - uma interessante mescla de fatores políticos que evidenciavam as desconfianças entre dois aliados de ocasião, União Soviética e Grã-Bretanha, e, ao mesmo, tempo, uma importante indagação de ordem técnico-jurídica.

Como é sabido, Hess empreendeu um intrigante e solitário vôo que o levou da Alemanha às imediações de Glasgow, onde saltou de paraquedas,

no ano de 1941. Essa surpreendente ação de um dos homens mais próximos ao Fuhrer alimentou intensa controvérsia na literatura, hoje aparentemente estabilizada no entendimento de que se tratou de uma canhestra tentativa, por parte de um homem que já dava sinais de distúrbios mentais, de protagonizar um acordo de paz entre Grã-Bretanha e Alemanha<sup>10</sup>. Durante toda a guerra, os soviéticos se atormentaram na constante suspeita de que tudo não passava de um plano conjunto entre alemães e ingleses no sentido de que, obtida a paz, a Alemanha estaria de mãos livres para atacar a União Soviética. As suspeitas de Stalin se adensaram ainda mais quando, de fato, Hitler, neste mesmo ano, desencadeou a operação Barbarossa. Os soviéticos, durante toda a guerra, persistiram em alimentar suspeitas de que a “carta Hess” pudesse, em algum momento, ser usada dentro de um processo de construção da paz entre Grã-Bretanha e Alemanha, não obstante os esforços dos ingleses em negar qualquer ação neste sentido. Estes, por outro lado, receavam julgar Hess imediatamente, temerosos de fortes represálias nazistas em direção aos prisioneiros ingleses. Assim, a Inglaterra viu como uma grande oportunidade colocar Hess entre os acusados em Nuremberg, cedendo de bom grado às pressões soviéticas. Juridicamente, um problema se colocava: Hess aparentava claramente estar sofrendo das faculdades mentais, o que vedava submeter-lhe a um julgamento penal regular. Os laudos psiquiátricos, após notórias hesitações, terminaram por considerá-lo apto a sentar-se no banco dos réus, sem excluírem inteiramente a possibilidade de existência de transtornos mentais. Os Juízes alimentavam dúvidas sobre a situação mas foi o próprio Hess que, diante deles, afirmou estar até então simulando amnésia<sup>11</sup>. Assim, no dia 30 de novembro de 1945, sentado entre Goering e Von Ribbentrop, Hess pediu a palavra e admitiu motivos de natureza tática na simulação de seu estado de alienação e que dali em diante iria se comportar como uma pessoa responsável. No entanto, continuou a agir de maneira um tanto estranha e distante, parecendo trafegar em outras esferas. Estava convicto de que os guardas queriam envenená-lo. É bem possível que tenha sido julgado estando imerso em um estado mental confuso e divagatório e que sua manifestação tenha representado um rápido momento de lucidez logo submergido na paranóia e na amnésia. (Owen,p.71 ). Sua condenação à prisão perpétua foi possível somente quando Nikitchenco, percebendo a impossibilidade de condená-lo a morte, se aliou a Lawrence e a Biddle,

<sup>10</sup> Um relativamente recente trabalho, que apresenta um resumo deste debate, é o de Allen (2003).

<sup>11</sup> Leon Goldensohn, médico-psiquiatra que entrevistou a Hess, em 8 de junho de 1946, afirma que o prisioneiro não se lembrava da profissão do pai, de traços de personalidade da mãe nem se lembrava com certeza de seus irmãos, entre outros distúrbios. ( 2004 ).

deixando De Vabres, que defendia uma pena mais branda, em minoria. O episódio Hess é emblemático, no julgamento de Nuremberg, das desconfianças que os soviéticos nutriam com relação aos outros três países e aí, ainda que em estado molecular, podemos perceber os primeiros sinais da guerra fria. E deixa seríssimas desconfianças de que um inimputável terminou por ser tratado como se não fôra. Hess faleceu aos 92 anos, no ano de 1982, na penitenciária de Spandau, em avançado grau de insanidade.

## A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Zolo (2007, p.165/167) sugere que “o modelo de Nuremberg”, em uma formulação muito sintética, se estruturou em três pilares:

1) Ausência de autonomia e parcialidade: ainda que se reconheça a impossibilidade de separação, em qualquer órgão de jurisdição internacional, entre justiça e política, que se contaminam mutuamente, Nuremberg anulou completamente qualquer espaço de neutralidade, imergindo totalmente a justiça nas águas da política, subalternizando-a por completo. O professor italiano nos lembra que “Otto Kirchheimer sostuvo, em Politische Justiz que, se si anula la diferenciación funcional entre política y justicia, el proceso penal termina desarrollando solamente funciones parajudiciales o extrajudiciales, esto es, la teatralización ritual de la lucha política, la personalización y estigmatización del enemigo, la legitimación procedimental de las medidas que se intentan tomar en contra de él (incluso su eliminación física), el sacrificio expiatorio. Estos aspectos están seguramente presentes en Nuremberg”.

2) Violação dos direitos subjetivos dos acusados: somente com relação aos Crimes de Guerra se poderia encontrar bases de imputação mais seguras, e ainda assim com limitações. Quanto aos demais delitos, estava flagrante a violação dos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, inclusive no tocante à fixação das penas, deixada ao alvitre dos juízes. Os réus foram escolhidos de maneira um tanto arbitrária, centrada nas “posições decisivas” ou “elevadas” que ocupavam no aparato estatal nazista. As defesas estavam proibidas de apresentar testemunhas que poderiam colocar os vencedores em situações embaraçosas no que dizia respeito aos seus próprios procedimentos no decorrer da guerra.

3) As penas fixadas assim o foram levando-se em conta tão somente a gravidade objetiva dos fatos, sem tomarem em consideração quaisquer referenciais de subjetividade ( intenção, consciência das consequências das ações, motivações pessoais, contexto social e cultural etc ). Possuíam exclusivamente conteúdos retributivos e expiatórios e das sentenças se impedia a interposição de quaisquer recursos. Segundo o autor, se trataria “simplesmente de llevar a cabo comportamientos hostiles en perjuicio del reo, de modo a

provocarle sufrimiento, mortificación y humillación, hasta su aniquilación física y moral. La posible eficacia preventiva de la sanción parece quedar en la sombra respecto de su “ejemplaridad”, esto es, una ejemplaridad intimidatoria que parece incriminada no tanto a prevenir otros crímenes, sino antes bien a celebrar el poder de los vencedores – ellos mismos responsables de crímenes internacionales gravísimos –, exactamente como, en la edad premoderna, el “esplendor” del suplicio del condenado era una celebración colectiva de la majestad del rey o del emperador.

Parece claro que a resposta à pergunta de Kelsen (1947) sobre se o Tribunal de Nuremberg poderia ser considerado um modelo satisfatório de justiça penal internacional só pode ser negativa. Mesmo que as alternativas colocadas diante dos atores fossem bastante estreitas e dificilmente melhores. E, ainda que a seus idealizadores sempre se poderá conceder o benefício da atenuante de que gozam aqueles encarregados de tomarem decisões difíceis – tratava-se de homens concretos lidando com situações e decisões concretas, atuando perante circunstâncias nunca enfrentadas anteriormente e confrontados por constrangimentos políticos inevitáveis em períodos de pós-guerra -, nada disso afasta o caráter arbitrário e nada edificante da justiça que se fez em Nuremberg. É bem provável que todos os acusados merecessem o destino que Nuremberg lhes reservou. Mas isso não retira dos vencedores a pecha de vindicativos e, às vezes, hipócritas.

As contradições, ambiguidades, hipocrisias e interesses próprios da lógica da *Realpolitik* já foram suficientemente exploradas em diversos estudos sobre o Tribunal de Nuremberg. Se ele foi “um marco para a justiça penal internacional”, como querem alguns, a outra face da moeda nos mostrou um aspecto bem mais nebuloso e questionável, como se fora “um pecado original da justiça penal internacional”, que poderia ser expressado na pergunta: pela sua própria natureza, pelas suas características, por enfrentar episódios inevitavelmente ataviados a interesses e considerações políticas, por se inserir no mundo da “política internacional”, estarão os tribunais penais internacionais – transitórios ou permanentes – inexoravelmente condenados a se verem submergidos nas suas águas revoltas e traiçoeiras? Quase como subproduto disso, inúmeras perguntas se imiscuem neste debate. Zolo ( op.cit.p.168 ) enfileira algumas:

A autonomia das cortes penais internacionais de seus mandantes, patrocinadores e financiadores deve ser considerada como uma ingênua expectativa de juristas que ignoram a lógica da *Realpolitik*? Deve prevalecer as exigências de uma justiça de vencedores, que não pode deter-se em sutilezas jurídicas e doutrinárias pouco importantes diante de um contexto em que estratégias de poder são prioritárias? Para que serve a sanção internacional? Deve ter uma função retributiva? Expiatória? Deve procurar a redenção do

condenado? Deve adaptar-se à sua periculosidade social? Culpas individuais são capazes de dar conta – pense-se, por exemplo, no crime de agressão – de retribuir ações que envolvem cadeias de comando e decisões tomadas dentro de um sistema um tanto complexo? É possível que a pena cumpra funções reparatórias e/ou de prevenção geral a novos crimes internacionais ou de novas guerras? Julgamentos penais internacionais devem se limitar a apontar responsabilidades individuais ou estabelecer a verdade dos acontecimentos? Devem contribuir para “fazer História” ou atribuir “responsabilidades históricas”? Selecionar determinadas lideranças ou crimes, – e puni-los exemplarmente – deixando impunes diversas outras ações e inúmeros outros indivíduos; ou escolher casos e episódios emblemáticos a partir de critérios inevitavelmente políticos, enfraquece a busca pela justiça internacional do delicado equilíbrio entre punir e fazer justiça? Como sugere Nasser, as especificidades dos tribunais penais internacionais podem levá-los a inclinar a balança em direção a uma resposta punitiva?

São demasiadas perguntas e possivelmente demasiadas respostas incertas.

Por exemplo, não está nada claro se tribunais penais internacionais ajudam a acertar contas com o passado e permitem que as novas gerações o encarem com mais responsabilidade, abrindo caminho para a pacificação futura. Pelo menos no tocante a Nuremberg e aos julgamentos levados a cabo pelos aliados no pós-guerra isso parece verdadeiro. Koskenniemi ( 2002 ) nos informa sobre seus obscuros efeitos didáticos ao constatar que, no transcorrer do processo 78 por cento da população alemã o considerava “justo” ao passo que quatro anos depois esse número havia declinado para 38 por cento. Em 1952, apenas 10 por cento dos alemães aprovavam os julgamentos realizados pelos Estados Unidos da América dentro da sua zona de ocupação.<sup>12</sup>

Os tribunais penais internacionais que sucederam Nuremberg, e que surgiram a partir da década de 1990, foram criados sob condições políticas e históricas bastante diversas. Possuem um arsenal legislativo significativamente mais robusto, corporificado em inúmeros tratados e convenções,

<sup>12</sup> “Influential members of the US judiciary – including judges from the tribunal themselves – had serious doubts about the constitutionality and procedural fairness of the trials and congressional support for them was thin. Under such conditions, little sympathy could be expected for the trials from the German population”

“...the war crimes programme did little to change German attitudes. Cries of foul play and “victor’ s justice” accompanied the proceedings.....The constant attacks against the Allies, especially the United States as the main instigator of those proceedings in the late 1940s by Germany’ s church leaders, politicians, veterans and refugee organizations demonstrated that the war crimes programme had not reeducated and democratizes the Germans”. Buscher, F.M cit. por Koskenniemi.p.5.

que os tornam muito menos permeáveis a algumas críticas dirigidas àquele tribunal. Beneficiam-se de uma rede bem organizada de militantes internacionais que os apóiam e os percebem como um caminho indispensável para a construção da paz internacional e da valorização dos direitos humanos. Congressos internacionais, artigos acadêmicos e manifestações públicas são instrumentos comumente usados como promoção da necessidade dessas jurisdições penais internacionais nas quais são depositadas, com alguma ingenuidade, esperanças excessivas e quase redentoras. Nesta temática, inserida naquela mais ampla concernente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode ser apropriada a referência a um processo de evolução cognitiva, no qual comunidades epistêmicas desenvolvem estratégias intelectuais e políticas em direção a determinados objetivos através da criação, seleção e difusão de valores e expectativas capazes de canalizarem as ações e o engajamento de diversos atores para a consecução desses fins<sup>13</sup>.

No entanto, pode ser também relevante observar que a ânsia de se alcançar “justiça” através de um instrumento de utilidade duvidosa como a pena criminal – a literatura sobre o assunto é avassaladoramente grande<sup>14</sup> – não deixa de colocar perigosas armadilhas no caminho dos defensores mais intransigentes de uma justiça penal internacional. Muito poucos negariam a validade da luta para que crimes atrozes não permaneçam impunes. No entanto, em nome de uma justiça ética universal, da paz mundial ou da punição de ditadores genocidas, existirá sempre o risco concreto ( e Nuremberg sempre nos lembrará disso ) de implantação de um processo penal que não observe as garantias e os direitos fundamentais do acusado, - tratando-o como inimigo - que selecione aqueles que se sentarão no banco do réus, que inobserve os anseios das populações autóctones vítimas desses crimes<sup>15</sup>, que

<sup>13</sup> Entende-se comunidades epistêmicas como elites que dispõem e compartilham determinado saber e objeto, disseminando-os através de variadas estratégias, intervindo em debates específicos e, com isso, exercendo, com frequência, papel inovador que pode ser relevante na construção e implementação de agendas concretas e específicas. Ver Dougherty, James E. e Pfaltzgraff, Jr, Robert L. ( 2001,p.216 ).

<sup>14</sup> Na esfera do Direito Internacional, Eiroa ( 2009, p. 147 e segs. ) apresenta uma discussão interessante

<sup>15</sup> O conflito de Uganda pode nos servir de exemplo de como todos esses problemas se mesclam. Trata-se de um conflito sangrento e dramático ocorrente em um país periférico da África. O próprio governo ugandês solicitou a interferência da Corte Penal Internacional (ICC em inglês), contra a vontade de boa parte das lideranças políticas e da população. O objetivo seria envolver a sociedade internacional em um conflito que o governo não conseguia deter. Como a Lord Resistance Army, grupo que combate o governo pela via das armas, recruta pela força crianças para o seu exército, – ação de evidente repugnância - a população é reticente a uma atuação da jurisdição criminal internacional, que pode atingir seus filhos e netos pertencentes ao “Exército do Senhor”. Por outro lado, a atuação da justiça penal internacional pode se tornar um óbice



não tome em consideração processos políticos de negociação da paz que podem excluir a atuação judicial, que se torne instrumento dos poderosos etc.

Como nos lembra Zolo (2004), “one of the slogans most used by the supporters of these new International criminal tribunals is: “There cannot be peace without justice”. I believe that, propaganda aside, this shows an oversimplified notion of the relationship between justice and world peace, justice being considered only from a judicial point of view. But there is something else to consider. The slogan shows a sort of criminal fetishism, naively applied to international relations, which ignores centuries of theoretical debate on problems of the “preventive efficiency” of criminal sentences – and in particular of prison sentences – and the doubts raised about the effectiveness as a rehabilitation process of a stay in prison”.

Argumentos de “deterrence” em se tratando de crimes contra a humanidade, somente podem prevalecer à custa de uma implausível generalização, como nos lembra Koskenniemi (2002, p.8). Experiências como as dos “Kulaks” ou do genocídio nazista, na medida em que trazem consigo o discurso de “um mundo novo” ou uma “humanidade nova”, tornam inválidas quaisquer considerações acerca do caráter preventivo da punição criminal. Afinal de contas, para aqueles que justificam suas ações com base em suas “funções redentoras”, no resgate de “injustiças históricas”, na “superioridade de um povo”, na “refundação da sociedade” ou em qualquer outro objetivo “transcendental”, soa como absurda, injusta e persecutória qualquer punição de caráter preventivo, ou de qualquer outra natureza.<sup>16</sup>

As diversas questões e interrogações aqui lançadas – e, em um universo temático tão extenso como esse, outras mais seriam pertinentes – estarão longe de encontrar respostas satisfatórias. Mas pode ser adequado encerrarmos voltando ao início do texto. Cada evento histórico possui diversas

---

aos processos de negociação da paz podendo fomentar, inclusive, o recrudescimento do conflito. Quanto a pena, seus efeitos de retribuição/dissuasão, neste caso, são questionáveis, pois somente cinco indivíduos foram eleitos como responsáveis por todos os crimes cometidos, o que transmite a sensação de impunidade quase geral e reforça cálculos de que envolver-se no conflito trará reduzidíssimas possibilidades de punição. Para maiores detalhes ver Tosi, Mariana tumbiolo. Dever de punir e os interesses da Justiça. A posição do tribunal Penal Internacional frente ao conflito de Uganda. São Paulo. RT. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.96. 2012.p.427/465.

<sup>16</sup> No mesmo sentido Eiroa (2009, p.187): “Em síntesis, puede decirse que, frente a hechos de violencia sistemática con raíces históricas tan complejas y antiguas, como el genocidio ruandés (por no hablar Del genocidio de los judíos de parte de la Alemania nazi o de los crímenes cometidos por el régimen de Milosevic), parece realmente difícil pensar en la supuesta eficacia disuasiva de la pena como hipótesis plausible para prevenir la constitución de una elite promotora de las atrocidades”.

narrativas em disputa, e qual vai prevalecer dependerá do espaço discursivo reservado aos envolvidos, do jogo distributivo do poder dos contendores, das estratégias retóricas, do espaço público reservado ao debate, da disseminação das redes interpretativas pelas partes interessadas, da batalha pela apropriação da “linguagem” mais adequada etc. Os vencedores da segunda guerra mundial, porque vencedores, impuseram sua linguagem na disputa pela “verdade histórica”. Mas em Nuremberg – como de resto em nenhum tribunal penal internacional – não se encontrou a “verdade histórica”. Não era seu papel encontrá-la, ou pelo menos não deveria ser – nem tampouco o é o de nenhum tribunal penal internacional. Juízes não são historiadores. Juízes imputam responsabilidades e não se encontram preparados para buscarem as “verdades sempre provisórias da História”. Tribunais penais internacionais não são comissões da verdade. Apenas julgam e ao Promotor que busca a condenação cabe provar a culpabilidade do acusado, “beyond a reasonable doubt”<sup>17</sup>. Mas Nuremberg também construiu sua narrativa. Uma narrativa incompleta e limitada – e nem poderia ser de outra forma<sup>18</sup>. Mas carregada de efeitos simbólicos, pois trata-se de uma estrutura narrativa capaz de separar perpetradores e vítimas, guerreiros e amantes da paz, ditadores e estadistas. Talvez nenhum tribunal penal internacional se veja em condições de operar passando completamente ao largo dessas dicotomias.

Mais de meio século nos separa daqueles acontecimentos, e não nos cabe aqui negar que a justiça penal internacional logrou superar muitos obstáculos que, naqueles anos pós-guerra, dificilmente poderiam ser transpostos. Remanesceram inúmeros, acompanhados de um cortejo de indagações, parte delas tão relevantes como ainda irrespondíveis. Neste texto, tentamos menos respondê-las do que chamar a atenção para a importância de as levarmos seriamente em consideração. Deixemos uma última problematização: Nuremberg simbolizou, entre outras coisas, o surgimento de uma ordem internacional em que as imperecíveis realidades relacionadas ao exercício

<sup>17</sup> Hannah Arendt, desalentada com a retórica da acusação no julgamento de Eichman (1965, p.5) insistia em que “ Justice demands that the accused be prosecuted, defended and judged, and that all other questions of seemingly greater import – of “ How could it happen?” and “ Why did it happen?”, of “Why the Jews?” and “Why the Germans?”, of “What was the role of other nations?”...- be left in abeyance. Sobre o que une e separa o juiz do historiador ver Ginsburg, Carlo. *Le Juge et l’Historien. Considérations em Marge Du procès Sofri*. Paris: Verdier, 1997; Hartog, François. *Crer em História*. Belo Horizonte : Autêntica. 2017; Dumoulin, Olivier. *O papel social do Historiador. – Da Cátedra ao Tribunal*. Belo Horizonte: Autêntica. 2017

<sup>18</sup> Historiadores apontam para sua preocupação em estabelecer a Alemanha como Estado agressor em detrimento de um maior aprofundamento na discussão sobre o Holocausto. Ver Wilson (2011, p.10).

do poder, à sua distribuição hierárquica e assimétrica, a prevalência de hegemonias etc continuaram prevalecendo, embora redimensionadas e distribuídas de maneira diferente, implicando a ascensão e a queda de diferentes atores. Este arranjo prevaleceu quase incólume até o final da guerra fria. O cenário vem mudando paulatinamente desde então, mas sinalizando senão palidamente para algum tipo de sistema mundial que incorpore elementos democráticos significativos. Talvez estejamos iniciando um período de “transformação de hegemonias”. Mas isso, pelo menos assim nos parece, não aponta com segurança para nenhum caminho em direção a uma sociedade internacional em que todos os atores – e particularmente os Estados nacionais mais poderosos – estejam dispostos a aceitarem um Direito Internacional Penal que valha igualmente para todos. Tampouco um Direito Internacional Penal que incorpore plenamente – e será isso possível? – todos os direitos e garantias fundamentais que muitos deles aceitam no âmbito interno de suas jurisdições, mas relutam em incorporá-los em sua totalidade na esfera da jurisdição internacional. Se estamos longe da “justiça de vencedores” de Nuremberg assim o estamos também de uma Justiça Penal universal e democrática.

## REFERÊNCIAS

- DEMANDT, Alexander. *Los grandes procesos de la historia*. Barcelona: Crítica, 2000. 310 p.
- ALLEN, Martín. *The Hitler-Hess deception*. Harper-Collins. 2003.
- ARAÚJO, Natália Raquel Ribeiro. *Entre a história e o Direito: o caráter episódico do direito internacional penal: um estudo sobre o episódio do Tribunal de Nurembergue e suas leituras na historiografia jurídica moderna*. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito, 2002. 212 p.
- DUMOULIN, Olivier. *Da cátedra ao Tribunal*. Trad. Fernando Sheibe. Belo Horizonte : Autêntica. 2017
- EIROA, Pablo D. *Políticas Del castigo y derecho internacional: Para una concepción minimalista de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. 464 p.
- EVANS, Richard J. *O terceiro Reich em guerra*. Trad. Lúcia Brito e Solange Pinheiro. São Paulo: Planeta, 2012.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg: Precedentes, características e legado com exemplos de provas da acusação e ilustrações*. Belo Horizonte: Del Rey. 2019
- GIL GIL, Alicia. *El genocidio y otros crímenes internacionales*. Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, Colección Intercienais, 1999.
- GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- GINSBURG, Carlo. *Le juge et l’Historien. Considérations em marge du procès soffi*. Paris: Verdier. 1997.
- GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg*. São Paulo: Companhia das Letras. 2005.
- GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 418 p.
- HARTOG, François. *Crer em História*. Trad. Camila Dias. Belo Horizonte: Autêntica. 2017
- KERSHAW, Ian. *Hitler, the germans and the final solution*. Yale University Press. 2008.

KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.6, 2002. 1-35 pp.

NASSER, S. H. International law and Politics: International Criminal Courts and Judgments The case of the Special Tribunal for Lebanon. *Gonzaga Journal of International Law*, v. 15, p. 146-171, 2012.

OVERY, Richard. *Interrogatórios: El Tercer Reich em el banquillo*. Trad. María Luz García de La Hoz. Barcelona: Tusquets Editores, Tiempo de Memoria, 2003.

PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional: Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, Colección Justicia Penal, 2006. 222 p.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

SMITH, Bradley F. *O Tribunal de Nuremberg*. Trad. de Enrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: F. Alves, 1979.

TOSI, Mariana Tumbiolo Tosi. Dever de punir e os interesses da Justiça: A posição do Tribunal Penal Internacional frente ao conflito de Uganda, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Ano 20. Vol.96. Maio-Junho, 2012. 427-465 pp.

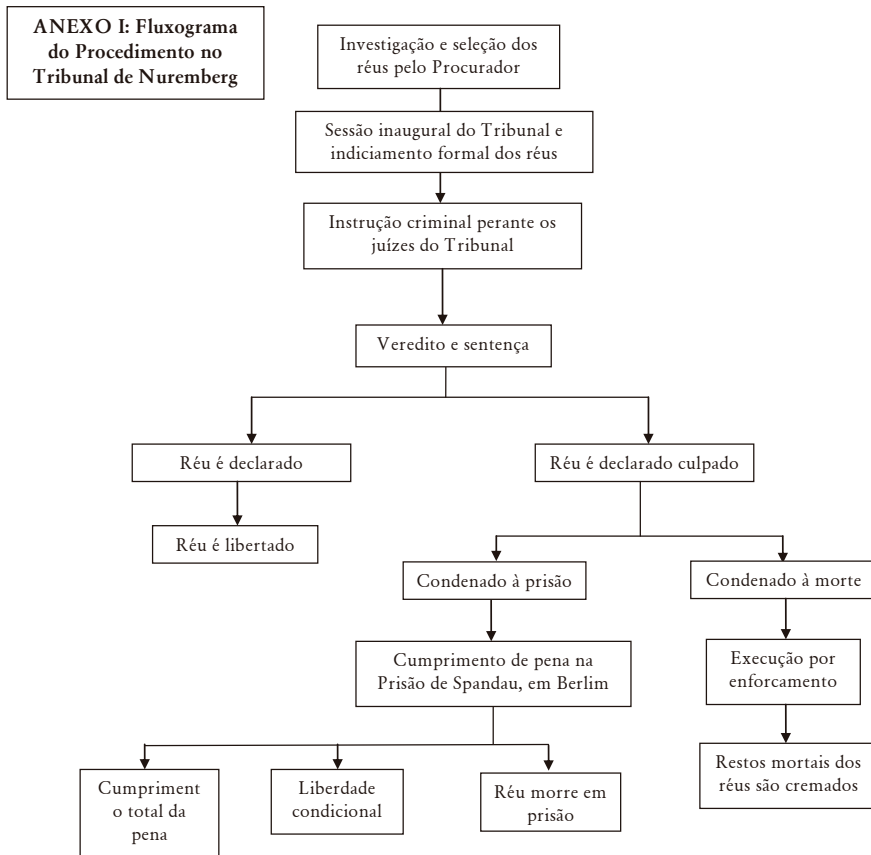
TURNER JR., Henry Ashby. *A treinta días del poder*. Trad. David León Gómez. Barcelona: Edhasa, 2000.

TUSA, Ann; TUSA, John. *The Nuremberg Trial*. Canadá: Skyhorse Publishing, 2010. 528 p.

WILSON, Richard Ashby. *Writing History in International Criminal Trials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

YRIGOYEM, Jaime. *El proceso de Nuremberg y El Derecho Internacional*. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva, 1955.

ZOLO, Danilo. *La Justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Buenos Aires: Edhasa, 2007. 205 p.



## ANEXO II: LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL DE NUREMBERG<sup>19</sup>

**1º de setembro de 1939** - Começa a Segunda Guerra Mundial, com a invasão da Polônia pela Alemanha.

**13 de janeiro de 1942** - A Conferência Inter-Aliada emite a Declaração de St. James, na qual os Aliados afirmaram, pela primeira vez, que julgariam os crimes cometidos pelo Eixo em conexão com a Segunda Guerra Mundial. O nome da declaração se refere ao Palácio de St. James, em Londres, onde a Conferência Inter-Aliada se reuniu.

**7 de outubro de 1942** - O Lorde Chanceler britânico, John Allsebrook Simon, anuncia no Parlamento do Reino Unido a proposta de criação da Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas, a fim de investigar os crimes cometidos pelo Eixo, desenvolver propostas normativas e institucionais para o julgamento e punição dos responsáveis e desenvolver e codificar os princípios jurídicos relativos à definição de crimes internacionais e sua persecução penal.

**20 de outubro de 1943** - A Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas é oficialmente estabelecida em uma conferência internacional dos Aliados em Londres. A Comissão era composta por dezesseis membros, representantes da Austrália, Bélgica, Canadá, China, Tchecoslováquia, França, Grécia, Índia, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Reino Unido, Estados Unidos e Iugoslávia.

**1º de novembro de 1943** - Franklin Delano Roosevelt (Presidente dos Estados Unidos), Winston Churchill (Primeiro-Ministro britânico) e Joseph Stalin (o líder da União Soviética) emitem conjuntamente a Declaração de Moscou, na qual declararam que os criminosos alemães seriam detidos e enviados aos Estados onde seus crimes foram cometidos para que fossem julgados e punidos de acordo com as leis desses Estados. A Declaração também afirmava que os principais criminosos alemães, cujos delitos não tinham uma localização geográfica específica, seriam punidos conforme uma decisão conjunta dos Aliados.

**1º de setembro de 1944** - O Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, Henry Morgenthau Jr., publica o “Plano Morgenthau”, propondo a comple-

---

<sup>19</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.

ta desmilitarização da Alemanha, o controle dos Aliados sobre as principais áreas industriais alemãs e a condenação, sem qualquer julgamento, das autoridades nazistas a trabalhos forçados fora da Alemanha.

**15 de setembro de 1944** – Murray C. Bernays, Chefe da Seção de Projetos Especiais do Departamento de Guerra dos Estados Unidos, publica o memorando “Julgamento dos Criminosos de Guerra Europeus”, sugerindo a persecução penal dos criminosos nazistas perante um tribunal internacional. Henry Stimson, o Secretário da Guerra dos Estados Unidos, rejeitou o “Plano Morgenthau” e recomendou a proposta de Murray Bernays ao Presidente Franklin Roosevelt, que acatou a recomendação.

**14 de novembro de 1944** – Os Estados Unidos, o Reino Unido e a União Soviética assinam o Acordo entre os Aliados sobre o Maquinário de Controle na Alemanha, criando o Conselho de Controle Aliado para administrar a ocupação do território alemão.

**Abril de 1945** – Os Estados Unidos circulam uma primeira versão do estatuto do futuro Tribunal de Nuremberg para a União Soviética, França e Reino Unido durante a Conferência de São Francisco. Diversas sugestões de modificação no documento são apresentadas, ficando evidente a necessidade de uma conferência internacional para negociar o estatuto mais profundamente.

**30 de abril de 1945** – Adolf Hitler comete suicídio em seu bunker em Berlim.

**8 de maio de 1945** – Os Aliados formalmente aceitam a rendição incondicional da Alemanha, marcando o fim da Segunda Guerra Mundial na Europa.

**26 de junho a 2 de agosto de 1945** – É realizada a Conferência de Londres, reunindo representantes dos Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética, a fim de negociar a criação e funcionamento do futuro Tribunal de Nuremberg. A Conferência foi convocada por David Maxwell Fyfe, o Procurador-Geral do Reino Unido no gabinete de Winston Churchill.

**2 de agosto de 1945** – É realizada a última sessão da Conferência de Londres, na qual a versão em inglês da Carta do Tribunal de Nuremberg foi acordada pelos representantes da União Soviética, França, Estados Unidos e Reino Unido.

**8 de agosto de 1945** – A Carta de Londres, contendo como anexo o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, é assinada pelos Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética.

**2 de setembro de 1945** – Termina a Segunda Guerra Mundial com a rendição do Japão.

**10 de outubro de 1945** – A Procuradoria do Tribunal de Nuremberg apresenta o indiciamento dos réus.

**18 de outubro de 1945** – A sessão inaugural do Tribunal de Nuremberg é realizada em sua sede administrativa permanente em Berlim.

**29 de outubro de 1945** – As Regras de Procedimento do Tribunal de Nuremberg são adotadas.

**20 de novembro de 1945** – É realizada a primeira sessão do Tribunal de Nuremberg no Palácio da Justiça de Nuremberg, local onde os procedimentos tiveram continuidade até sua conclusão.

**20 de dezembro de 1945** – O Conselho de Controle Aliado adota a Lei nº 10 sobre a Punição de Pessoas Culpadas por Crimes de Guerra, Crimes Contra a Paz e Contra a Humanidade. Replicando o texto da Carta do Tribunal de Nuremberg, a Lei nº 10 serviu de fundamento jurídico para a realização de diversos julgamentos internos pelos Aliados contra criminosos alemães.

**1º de outubro de 1946** – Finalização da leitura pública do julgamento pelo Tribunal de Nuremberg, encerrando o processo. O Tribunal condenou doze réus à morte por enforcamento, três à prisão perpétua, dois a 20 anos de prisão, um a 15 anos de prisão, um a 10 anos de prisão e três réus foram absolvidos. Os réus condenados a penas privativas de liberdade foram transferidos para a Prisão de Spandau, localizada em Berlim Ocidental, a fim de cumprir suas sentenças.

**15 de outubro de 1946** – Em condições ainda misteriosas, Hermann Göring comete suicídio em sua cela por meio da ingestão de cianeto.

**16 de outubro de 1946** – Entre 01:10 e 02:45 da madrugada, os réus condenados à morte pelo Tribunal de Nuremberg são executados por enforcamento no ginásio da prisão em Nuremberg onde ficaram detidos durante todo o julgamento.

**17 de agosto de 1987** – Rudolf Hess, o último réu do Tribunal de Nuremberg detido na Prisão de Spandau, comete suicídio.



# TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE (TRIBUNAL DE TÓQUIO)<sup>1</sup>

*<sup>1</sup>Bruno de Oliveira Biazatti*

## INTRODUÇÃO

Foram necessárias as atrocidades da Segunda Guerra Mundial para desencadear a primeira responsabilização criminal internacional da história. Em um verdadeiro período de *allegro* na justiça penal internacional, foram criados os primeiros tribunais criminais internacionais: o Tribunal de Nuremberg e, logo em seguida, o Tribunal de Tóquio. Ainda que as duas cortes tenham tido diversas semelhanças, esse segundo é distinto em sua organização, competência e funcionamento, bem como em relação às complexidades que lidou. Diante disso, o Tribunal de Tóquio possui contribuições únicas a oferecer ao projeto de justiça penal internacional. Como dito por John Pritchard: “Em escopo e em implicações para o mundo do pós-Guerra, o Julgamento de Tóquio pode exceder a importância de seu semelhante em Nuremberg”<sup>2</sup>. Apesar disso, ele foi, por muitas décadas, ofuscado por seu semelhante europeu, sendo referido apenas como “uma instituição irmã, nada mais”<sup>3</sup>. Trabalhos acadêmicos o ignoraram por completo ou equivocadamente o referenciaram.

Um motivo relevante para explicar a escassez de produções doutrinárias sobre o Tribunal (e ao mesmo tempo corroborar a tese de sua aparente irrelevância) é a indisponibilidade da documentação ligada ao processo<sup>4</sup>. Enquanto

---

<sup>1</sup> As opiniões expressas no presente artigo não necessariamente refletem as posições do *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*

<sup>2</sup> Apud FUTAMURA, Madoka. *War crimes tribunals and transitional justice: the Tokyo Trial and the Nuremberg legacy*, London/Nova York: Routledge, 2008, p.8 [FUTAMURA]. Tradução livre do original em inglês, que segue: “In scope and in implications for the post-war world, the Tokyo Trial may exceed the importance of its Nuremberg counterpart”.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, p.9-10.

todas as transcrições das audiências, o corpo de evidências e o próprio julgamento de Nuremberg foram publicados em 1947, em 42 detalhados volumes, em quatro línguas diferentes, os documentos e as transições estenográficas produzidas no Tribunal de Tóquio não foram publicados por décadas e poucos esforços foram implementados para até mesmo preservá-los<sup>5</sup>. De fato, foi apenas em 1977 que o julgamento de Tóquio e as opiniões concorrentes e dissidentes dos juízes foram publicadas em sua totalidade e em conjunto pela Universidade de Amsterdã, por iniciativa de Bernard Röling (o juiz holandês do Tribunal) e R. F. Rütter<sup>6</sup>. As transcrições e a documentação completa do processo apenas vieram a público de forma organizada em 1981 (aproximadamente três décadas após a conclusão do julgamento), por meio de uma publicação em 22 volumes organizada por John Pritchard<sup>7</sup>.

Contudo, a significância do Tribunal de Tóquio tem ganhado cada vez mais reconhecimento. Talvez como sintoma do giro historiográfico no Direito Internacional<sup>8</sup>, a produção de trabalhos doutrinários analisando de forma aprofundada e interdisciplinar o julgamento de Tóquio ganhou fôlego nos últimos vinte anos, até mesmo entre pesquisadores japoneses<sup>9</sup>. Este verdadeiro

<sup>5</sup> RÖLING, B. V. A. e CASSESE, Antonio. *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemonger*, Cambridge: Polity Press, 1994, p.6 [RÖLING e CASSESE].

<sup>6</sup> RÖLING, B. V. A. e RÜTER, C. F. (ed.). *The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946 - 12 November 1948*, vols. I e II, Amsterdam: University Press Amsterdam, 1977.

<sup>7</sup> FUTAMURA, nota *supra* 2, p.9-10.

<sup>8</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law”, *European Journal of International Law*, vol.16, no.3, p.539-559, 2005; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “Para que Serve a História do Direito Internacional?”, *Revista de Direito Internacional*, vol.12, no.1, p.338-354, 2015; TALLGREN, Immi e SKOUTERIS, Thomas (eds.). *The New Histories of International Criminal Law: Retrials*, Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>9</sup> FUTAMURA, nota *supra* 2; DITTRICH, Viviane; LINGEN, Kerstin von; OSTEN, Philipp; e MAKRAIOVÁ, Jolana (eds.). *The Tokyo Tribunal: Perspectives on Law, History and Memory*, Bruxelas: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2020 [DITTRICH, LINGEN, OSTEN e MAKRAIOVÁ]; COHEN, David e TOTANI, Yuma. *The Tokyo War Crimes Tribunal: Law, History, and Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018 [COHEN e TOTANI]; TANAKA, Yuki; MCCORMACK, Tim; e SIMPSON, Gerry (eds.). *Beyond Victor’s Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011 [TANAKA, MCCORMACK e SIMPSON]; BOISTER, Neil e CRYER, Robert. *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford: Oxford University Press, 2008 [BOISTER e CRYER]; TAKEDA, Kayoko. *Interpreting the Tokyo War Crimes Trial: A Sociopolitical Analysis*, Ottawa: University of Ottawa Press, 2010 [TAKEDA]; BOISTER, Neil e CRYER, Robert (eds.). *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*. Oxford: Oxford University Press, 2008; TOTANI, Yuma. *The Tokyo War Crimes Trial: The Pursuit of Justice in the Wake of World War II*. Cambridge: Harvard University Asia Center, 2008 [TOTANI]; PRITCHARD, R. John (ed.). *The Tokyo Major War Crimes Trial*, 124 vols, Lewiston: Ed-

“renascimento” do Tribunal asiático não se verifica apenas no ambiente acadêmico, mas também no campo do entretenimento, como evidenciado pelo lançamento da série *O Julgamento de Tóquio* na Netflix, em 2016<sup>10</sup>.

O presente capítulo almeja contribuir para este processo de redimensionamento do papel do Tribunal de Tóquio no edifício da justiça penal internacional. Um dos principais objetivos é analisar as críticas ao Tribunal, a fim de demonstrar que elas não são endêmicas a ele, mas, na verdade, persistem em relação aos tribunais penais internacionais recém criados e devem ser analisadas com a devida cautela e seriedade. Ao invés de simplesmente rejeitar o Tribunal de Tóquio como juridicamente irrelevante ou anacrônico, ou fruto de um contexto histórico ultrapassado, o capítulo almeja apontar para a necessidade de maior *finesse* na análise desse ainda sub-estudado órgão jurisdicional. Ao invés de fornecer respostas definitivas e prontas, o autor espera que este capítulo instigue novos debates na academia brasileira sobre o Tribunal de Tóquio.

O capítulo será dividido em cinco partes: (1) o processo de criação do Tribunal de Tóquio e a influência dos Estados Unidos no mesmo; (2) as características e o funcionamento do Tribunal; (3) o julgamento e as sentenças emitidos; (4) alguns aspectos especialmente controversos do Tribunal; e (5) o seu legado.

## 1. O PROCESSO DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE TÓQUIO E A INFLUÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS

Enquanto a constituição do Tribunal de Nuremberg seguiu uma negociação multilateral (ainda que envolvendo apenas quatro Estados: os Estados Unidos, a França, a União Soviética e o Reino Unido), a criação do Tribunal de Tóquio foi, no geral, monopolizada pelos Estados Unidos<sup>11</sup>. O Tribunal foi estabelecido unilateralmente pelo general estadunidense Douglas MacArthur, na função de Comandante Supremo das Potências Aliadas no Extremo Oriente, após uma série de medidas tomadas pelo governo dos Estados Unidos<sup>12</sup>.

---

win Mellen Press, 1998-2005; KEIICHIRO, Kobori (ed.). *The Tokyo Trials: the unheard defense*, Rockport: New England History Press, 2003; MAGA, Timothy. *Judgment at Tokyo: the Japanese War Crimes Trials*, Lexington: University Press of Kentucky, 2001; MINEAR, Richard. *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial*. Princeton: Princeton University Press, 1971.

<sup>10</sup> TALLGREN, Immi. “Watching Tokyo Trial”, *London Review of International Law*, vol.5, no.2, p.291-316, 2017.

<sup>11</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.22-27.

<sup>12</sup> *Ibid.*

Desde 1942<sup>13</sup>, os Aliados anunciaram a sua firme e manifesta intenção de processar os criminosos de guerra alemães por delitos cometidos na Europa<sup>14</sup>. Essa preocupação inicial, contudo, não existiu em relação aos crimes cometidos pelos japoneses na Ásia<sup>15</sup>. Um antecedente relevante para a futura criação do Tribunal foi a Declaração do Cairo de 26 de novembro de 1943, assinada pela China, Reino Unido e Estados Unidos<sup>16</sup>. O documento afirma que “[estes] três grandes Aliados estão a travar [a II Guerra Mundial] para conter e punir a agressão do Japão”<sup>17</sup> (grifo nosso). Além disso, a Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas criou a Subcomissão do Extremo Oriente e do Pacífico em 10 de maio de 1944, a fim de investigar e relatar os crimes japoneses<sup>18</sup>. Embora essas medidas sejam precedentes importantes, a liderança aliada, até aquele momento, ainda não havia decidido de forma inequívoca e conjunta se as autoridades japonesas seriam responsabilizadas penalmente por seus crimes após o fim do conflito<sup>19</sup>.

A persecução criminal dos japoneses ganhou contornos mais concretos com a Proclamação Definindo os Termos da Rendição Japonesa, conhecida como Declaração de Potsdam<sup>20</sup>. Os Aliados a adotaram em 26 de julho de 1945, na Conferência de Potsdam, na Alemanha. O documento listou as condições para a rendição imediata do Japão<sup>21</sup> e inequivocamente o ameaçou com “destruição imediata e total” se ele se recusasse a se render<sup>22</sup>. O Princípio 10 da Declaração de Potsdam, o mais relevante para a presente discussão, afirma:

<sup>13</sup> *St. James Declaration*, Londres, 13 de janeiro de 1942. Disponível em: <<https://www.jewish-virtuallibrary.org/the-declaration-of-st-james-s-palace-on-punishment-for-war-crimes>>. Acesso em: 07/12/20.

<sup>14</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.17; CRYER, Robert. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p.42 [CRYER].

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> BANTEKAS, Ilias e NASH, Susan. *International Criminal Law*, 3 ed., Nova York: Routledge-Cavendish, 2007, p.507 [BANTEKAS e NASH].

<sup>17</sup> *Cairo Declaration*, Cairo, 26 de novembro de 1943. Disponível em: <[http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryō/01/002\\_46/002\\_46tx.html](http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryō/01/002_46/002_46tx.html)>. Acesso em: 07/10/20. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[these] three great Allies are fighting this war to restrain and punish the aggression of Japan”.

<sup>18</sup> *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, United Nations War Crimes Commission, 1948, p.129-131.

<sup>19</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.17.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>21</sup> *Proclamation Defining Terms for Japanese Surrender*, Potsdam, 26 de julho de 1945, Princípios 6 - 13. Disponível em: <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c06.html>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Princípio 13. Tradução livre do original em inglês, que segue: “prompt and utter destruction”.

Não temos a intenção de que os japoneses sejam escravizados como raça ou destruídos como nação, *mas a justiça severa deve ser aplicada a todos os criminosos de guerra*, incluindo aqueles que cometeram crueldades contra nossos prisioneiros<sup>23</sup>. (grifo nosso)

Apesar de afirmar expressamente que os criminosos japoneses seriam punidos, nenhum mecanismo institucional ou procedimento judicial foi incluído no texto da Declaração de Potsdam<sup>24</sup>.

O Instrumento de Rendição do Japão, assinado em 2 de setembro de 1945, não menciona o futuro Tribunal ou qualquer forma de julgamento dos criminosos japoneses<sup>25</sup>. No entanto, o documento afiança:

nós [o Ministro das Relações Exteriores do Japão e o Chefe do Gabinete do Estado-Maior do Exército Imperial] nos comprometemos pelo Imperador, o Governo Japonês e seus sucessores a cumprir as disposições da Declaração de Potsdam de boa-fé [...]<sup>26</sup>.

O Instrumento de Rendição também determina que

[a] autoridade do Imperador e do Governo Japonês para governar o Estado estará sujeita ao Comandante Supremo das Potências Aliadas, que tomará as medidas que julgar adequadas para implementar estes termos de rendição<sup>27</sup>.

Assim, ainda que não tenha previsto a criação do Tribunal, o Instrumento de Rendição declarou oficialmente que a autoridade administrativa e militar máxima no Japão seria o Comandante Supremo das Potências Aliadas, o general Douglas MacArthur. Ele governou o Japão com a assistência do Comitê de Coordenação Estado-Guerra-Marinha (CCEGM) (*State-War-Navy Coordinating Committee*), uma agência governamental federal

<sup>23</sup> *Ibid.*, Princípio 10. Tradução livre do original em inglês, que segue: “We do not intend that the Japanese shall be enslaved as a race or destroyed as a nation, but stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners”.

<sup>24</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.20.

<sup>25</sup> *Japanese Instrument of Surrender*, Tóquio, 2 de setembro de 1945. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/wwii/j4.asp>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>26</sup> *Ibid.* Tradução livre do original em inglês, que segue: “we [the Japanese Foreign Minister and the Chief of the Imperial Army General Staff Office] hereby undertake for the Emperor, the Japanese Government and their successors to carry out the provisions of the Potsdam Declaration in good faith [...]”.

<sup>27</sup> *Ibid.* Tradução livre do original em inglês, que segue: “[t]he authority of the Emperor and the Japanese Government to rule the state shall be subject to the Supreme Commander for the Allied Powers who will take such steps as he deems proper to effectuate these terms of surrender”.

dos Estados Unidos criada para administrar os territórios ocupados após a Segunda Guerra Mundial<sup>28</sup>.

Com o objetivo de garantir participação internacional na ocupação do Japão, os Estados Unidos convidaram as outras Potências Aliadas a formar a Comissão Consultiva do Extremo Oriente (*Far Eastern Advisory Commission*), uma organização internacional composta pelo Reino Unido, China, Austrália, Canadá, Nova Zelândia e França<sup>29</sup>. Como indicado em seu próprio nome, a Comissão tinha um papel meramente consultivo, não tendo competência para impor comandos obrigatórios a MacArthur<sup>30</sup>. Os poderes não vinculantes da Comissão enfureceram a União Soviética, que se recusou a se tornar um membro em protesto<sup>31</sup>.

O primeiro passo tomado pelo governo estadunidense para criar o Tribunal de Tóquio foi a adoção da “*US Initial Post-Defeat Policy Relating to Japan*”, emitida pelo CCEGM em 6 de setembro de 1945 e que reafirmou a necessidade da persecução penal dos criminosos japoneses<sup>32</sup>. Com o objetivo de efetivamente viabilizar o início dos julgamentos, o CCEGM adotou em 12 de setembro de 1945 a “*Directive on the Identification, Apprehension and Trial of Persons Suspected of War Crimes*”<sup>33</sup>. O documento instruiu MacArthur a “[...] tomar todas as medidas possíveis para identificar, investigar, apreender e deter todas as pessoas que você [MacArthur] suspeite terem cometido crimes de guerra [...]”<sup>34</sup>. A Diretiva também o autorizou a criar um tribunal

<sup>28</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.22.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Politico - Military Problems in the Far East: United States Initial Post-Defeat Policy Relating to Japan*, SWNCC 150/4, State-War-Navy Coordinating Committee, Washington D.C., 6 de setembro de 1945. Disponível em: <<http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/01/022/022tx.html>>. Acesso em: 07/10/20. Sua Parte III, Ponto 2, intitulada “Criminosos de Guerra”, afirma o seguinte: “Persons charged by the Supreme Commander or appropriate United Nations Agencies with being war criminals, including those charged with having visited cruelties upon United Nations prisoners or other nationals, shall be arrested, tried and, if convicted, punished. Those wanted by another of the United Nations for offenses against its nationals, shall, if not wanted for trial or as witnesses or otherwise by the Supreme Commander, be turned over to the custody of such other nation”.

<sup>33</sup> *Directive on the Identification, Apprehension and Trial of Persons Suspected of War Crimes*, SWNCC 57/3, State-War-Navy Coordinating Committee, Washington D.C., 12 de setembro de 1945. Disponível em: <<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945v06/d677>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para.3. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] take all practicable measures to identify, investigate, apprehend and detain all persons whom you suspect of having committed war crimes [...]”.

penal internacional e a adotar o seu regulamento interno<sup>35</sup>. No entanto, a Diretiva expressamente proibiu MacArthur de tomar qualquer “[...] medida contra o Imperador [Hirohito] como um criminoso de guerra até o recebimento de uma diretiva especial sobre o tratamento dele”<sup>36</sup>.

A natureza unilateral da criação do Tribunal de Tóquio (dominada pelo governo estadunidense) fica evidente na “*Directive on the Identification, Apprehension and Trial of Persons Suspected of War Crimes*”. Apesar de afirmar que “medidas deveriam ser tomadas pelos Estados Unidos para garantir o consentimento [para o estabelecimento do Tribunal] da China, Reino Unido e União Soviética, e também de outras nações que venham a ser acordadas”<sup>37</sup>, a Diretiva também previa que, se o consentimento desses Estados não fosse obtido rapidamente, MacArthur deveria agir assim mesmo e criar o Tribunal unilateralmente<sup>38</sup>. Novas diretrizes foram emitidas pelo CCEGM nos meses seguintes, todas instruindo MacArthur

<sup>35</sup> *Ibid.* O parágrafo 5 da Diretiva afirma: “As Supreme Commander for the Allied Powers, you have power (a) to appoint special international military courts (which term shall be held to mean tribunals of any kind), composed of military or naval officers or civilians of two or more of the United Nations, for the trial, under any applicable law, domestic or international, including the laws and customs of war, of Far Eastern war criminals where the alleged offenders are, in the Supreme Commander’s opinion, appropriately to be tried by an international court; and (b) to prescribe or approve rules of procedure for such tribunals. The appointment of any such international court will be discussed by the Supreme Commander or his designated representative in advance with the appropriate local officers or representatives of each nation to be represented upon such a court and fair arrangements will be made for appropriate representation of each such nation upon the court. No such officer or civilian will be appointed to serve upon such a court without the approval of the local commander of the forces of his nation or such other official as any nation may prescribe to give such approval for its own nationals. In the appointment of any such international court and in all trials before it, the international character of the court and of the authority by which it is appointed should be properly recognized and emphasized, particularly in dealings with the Japanese people. Until further authorization by the Joint Chiefs of Staff, no international court for the trial of persons charged with offenses of the type described in paragraph 1.A. above will be established by the Supreme Commander. In submitting any plan for the appointment of such a court, you should specify the particular offenses and alleged offenders to be tried before the court and the nature of the coordination of the plan effected by you on a military level with representatives of the nations to be represented upon the court”.

<sup>36</sup> *Ibid.*, para.17. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] action against the Emperor [Hirohito] as a war criminal pending receipt of a special directive concerning his treatment”.

<sup>37</sup> *Ibid.*, Conclusões, para.6. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[s]teps should be taken by the United States to secure the agreement [regarding the establishment of the criminal court] of China, Great Britain and the Soviet Union along with such other nations as might be agreed upon”.

<sup>38</sup> *Ibid.*, Conclusões, para.7.

a criar o Tribunal independentemente do consentimento das outras Potências Aliadas<sup>39</sup>.

Insatisfeitos com a forma unilateral com a qual o governo estadunidense vinha conduzindo a ocupação do Japão, a União Soviética e o Reino Unido se reuniram com os Estados Unidos na Conferência de Moscou, em dezembro de 1945, a fim de discutir a ocupação no Extremo Oriente<sup>40</sup>. Na Conferência, eles adotaram em 27 de dezembro, com a concordância da China, o Comunicado Soviético-Anglo-Americano (*Soviet-Anglo-American Communique*)<sup>41</sup>. Por meio desse documento, as Potências Aliadas concordaram em abolir a Comissão Consultiva do Extremo Oriente e substituí-la pela Comissão do Extremo Oriente (*Far Eastern Commission*), tendo a União Soviética, Reino Unido, China, França, Países Baixos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Índia e Filipinas como seus membros<sup>42</sup>.

Além da expansão no número de membros, a nova Comissão teve uma ampliação de seus poderes. Ela tinha duas funções principais: (i) formular políticas, princípios e diretrizes para orientar o Japão no cumprimento de suas obrigações sob o Instrumento de Rendição<sup>43</sup>; e (ii) revisar, a pedido de um de seus membros, qualquer medida tomada por MacArthur na condição de Comandante Supremo das Potências Aliadas<sup>44</sup>. Diante disso, a Comissão do Extremo Oriente possuía poderes para adotar orientações gerais sobre a ocupação do Japão, bem como exercer controle *ex post facto* das medidas e decisões tomadas por MacArthur. No entanto, ela não poderia emitir comandos vinculantes específicos para o Comandante Supremo<sup>45</sup>.

Sem o consentimento prévio da Comissão do Extremo Oriente ou de seus membros, MacArthur, agindo na condição de Comandante Supremo das Potências Aliadas, emitiu em 19 de janeiro de 1946 a “Proclamação Especial ‘Estabelecimento de um Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente’” (*Special Proclamation ‘Establishment of an International Military*

<sup>39</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.24.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Soviet-Anglo-American Communique*, Reunião Interina dos Ministros das Relações Exteriores dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Moscou, 27 de dezembro de 1945. Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/decade19.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade19.asp)>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>42</sup> *Ibid.*, Parte II(A)(I)(A).

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*, Parte II(A)(II)(A)(2).

<sup>45</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.43.



*Tribunal for the Far East*”<sup>46</sup>. Seu artigo 1º determina: “Será estabelecido um Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, para o julgamento das pessoas acusadas individualmente ou como membros de organizações, ou em ambas as capacidades, de delitos que incluam crimes contra a paz”<sup>47</sup>. A Carta do Tribunal foi anexada à Proclamação Especial, servindo como fundamento jurídico para a sua “[...] Constituição, jurisdição e funções [...]”<sup>48</sup>. Restava-se assim criado o Tribunal de Tóquio.

A Carta emitida por MacArthur reflete, em grande medida, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Como pontos em comum, as regras processuais do Tribunal de Tóquio replicaram a Carta de Londres<sup>49</sup>. Os dois tribunais tinham a mesma competência *ratione materiae*: crimes contra a paz, crimes de guerra convencionais (apenas “crimes de guerra” na Carta de Londres) e crimes contra a humanidade<sup>50</sup>. Assim como o Tribunal de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio também assegurava garantias processuais mínimas aos acusados<sup>51</sup>.

No entanto, os dois tribunais diferiram em vários aspectos relevantes. Enquanto o Tribunal de Nuremberg tinha quatro Procuradores Chefes<sup>52</sup>, o Tribunal de Tóquio teve apenas um, nomeado pelo Comandante Supremo<sup>53</sup>. A sentença emitida pelo Tribunal de Nuremberg era final e não sujeita a revisão<sup>54</sup>. Por outro lado, o Comandante Supremo poderia “[...] a qualquer momento reduzir ou alterar a sentença [do Tribunal de Tóquio], exceto para aumentar sua severidade”<sup>55</sup>. Enquanto os membros do Tribunal de Nuremberg foram

<sup>46</sup> *Special Proclamation Establishment of an International Military Tribunal for the Far East*, Comandante Supremo das Potências Aliadas, General Douglas MacArthur, Tóquio, 19 de janeiro de 1946.

<sup>47</sup> *Ibid.*, art.1º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “There shall be established an International Military Tribunal for the Far East for the trial of those persons charged individually, or as members of organizations, or in both capacities, with offenses which include crimes against peace”.

<sup>48</sup> *Ibid.*, art.2º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] Constitution, jurisdiction and functions [...]”.

<sup>49</sup> BANTEKAS e NASH, nota *supra* 16, p.508; WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, 2 ed., Haia: Asser Press, 2009, p.12 [WERLE].

<sup>50</sup> *Charter of the International Military Tribunal*, Conferência de Londres, 8 de agosto de 1945, art.7º [Carta do Tribunal de Nuremberg]; *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, Comandante Supremo das Potências Aliadas, General Douglas MacArthur, Tóquio, 26 de abril de 1946, art.5º [Carta do Tribunal de Tóquio].

<sup>51</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, *ibid.*, art.9º.

<sup>52</sup> Carta do Tribunal de Nuremberg, nota *supra* 50, arts.14-15.

<sup>53</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.8º.

<sup>54</sup> Carta do Tribunal de Nuremberg, nota *supra* 50, art.26.

<sup>55</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.17. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] at any time reduce or otherwise alter the [Tokyo Tribunal’s] sentence, except to increase its severity”.

nomeados diretamente por seus respectivos Estados<sup>56</sup>, os juízes em Tóquio foram nomeados pelo Comandante Supremo sob a recomendação dos Estados listados no artigo 2º da Carta de Tóquio<sup>57</sup>.

Nota-se que, logo depois de publicada a Proclamação Especial, MacArthur agiu de forma diligente para operacionalizar o Tribunal<sup>58</sup>. Em 15 de fevereiro de 1946, menos de um mês após a emissão da Proclamação Especial, ele nomeou nove juízes indicados por seus respectivos Estados (Estados Unidos, Reino Unido, China, União Soviética, França, Países Baixos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia)<sup>59</sup>.

Somente após a nomeação oficial dos juízes, MacArthur submeteu a Carta do Tribunal de Tóquio para a avaliação da Comissão do Extremo Oriente<sup>60</sup>. Esta ratificou a Carta por meio de sua Política n. FEC 007/7 com apenas algumas pequenas alterações essencialmente formais<sup>61</sup>. A modificação mais substancial se refere à composição do Tribunal, que passou de nove para onze juízes, acrescentando-se um nacional da Índia e outro das Filipinas<sup>62</sup>. Levando em consideração a Política n. FEC 007/7, MacArthur publicou uma versão emendada da Carta em 26 de abril de 1946<sup>63</sup>. O Tribunal funcionou com fundamento nesta nova Carta<sup>64</sup>.

## 2. AS CARACTERÍSTICAS E O FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL DE TÓQUIO

Neste tópico, será realizada uma análise essencialmente descritiva do Tribunal de Tóquio, apresentando os seus principais elementos estruturais e procedimentais em cinco partes: (2.1) a controvérsia acerca do seu caráter internacional; (2.2) a sua composição e sede; (2.3) a sua competência e os indicados; e (2.4) suas regras de procedimento e de admissibilidade de provas.

### 2.1. O Debate acerca do Caráter Internacional do Tribunal

Uma das diferenças mais marcantes entre os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio é o fundamento jurídico para o estabelecimento de cada um

<sup>56</sup> Carta do Tribunal de Nuremberg, nota *supra* 50, art.2º.

<sup>57</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.2º.

<sup>58</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.26.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.26-27.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.2º; RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.28.

<sup>63</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, *ibid.*

<sup>64</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.27.

deles<sup>65</sup>. Enquanto o Tribunal de Nuremberg foi criado por meio de um tratado (a Carta de Londres), o Tribunal de Tóquio foi estabelecido, como exposto acima, por uma Proclamação Especial unilateralmente emitida pelo Comandante Supremo. Essa característica particular do Tribunal asiático provocou dúvidas quanto à sua natureza internacional<sup>66</sup>. Alguns de seus réus alegaram que não se tratava de uma corte internacional propriamente dita, mas de um tribunal do sistema judiciário nacional dos Estados Unidos<sup>67</sup>. Assim, depois de condenados em Tóquio, eles recorreram à Suprema Corte estadunidense no caso *Hirota v. MacArthur*, a fim de reverter seus vereditos<sup>68</sup>.

A Suprema Corte resolveu a questão reafirmando o caráter internacional do Tribunal. O principal argumento empregado na decisão foi o fato de MacArthur ter criado o Tribunal como um agente das Potências Aliadas (e não dos Estados Unidos):

Nós estamos convencidos de que o tribunal que está condenando esses petionários [o Tribunal de Tóquio] não é um tribunal dos Estados Unidos. Os Estados Unidos e outros países aliados conquistaram e agora ocupam e controlam o Japão. O General Douglas MacArthur foi selecionado e está atuando como Comandante Supremo das Potências Aliadas. O tribunal militar que condenou esses petionários foi estabelecido pelo General MacArthur como o agente das Potências Aliadas<sup>69</sup>.

Diante disso, a Suprema Corte concluiu que “[...] as cortes dos Estados Unidos não têm poder ou autoridade para revisar, ratificar, afastar ou anular os julgamentos e sentenças impostas por ele [o Tribunal de Tóquio] a esses petionários”<sup>70</sup>. Contudo, em sua opinião concorrente no caso *Hirota v. MacArthur*, o Juiz William Douglas reconheceu o controle dos Estados Unidos na criação e funcionamento do Tribunal. Ele afirmou: “[...] não

<sup>65</sup> WERLE, nota *supra* 49, p.12; BANTEKAS e NASH, nota *supra* 16, p.507; SAYAPIN, Sergey. *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, Haia: Asser Press, 2014, p.43 [SAYAPIN].

<sup>66</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.28.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.28-30.

<sup>68</sup> *Hirota v. MacArthur*, Suprema Corte dos Estados Unidos, 338 U.S. 197, 20 de dezembro de 1948.

<sup>69</sup> *Ibid.* Tradução livre do original em inglês, que segue: “We are satisfied that the tribunal sentencing these petitioners is not a tribunal of the United States. The United States and other allied countries conquered and now occupy and control Japan. General Douglas MacArthur has been selected and is acting as the Supreme Commander for the Allied Powers. The military tribunal sentencing these petitioners has been set up by General MacArthur as the agent of the Allied Powers”.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.198. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] is not a tribunal of the United States, and the courts of the United States have no power or authority to review, affirm, set aside, or annul the judgments and sentences imposed by it on these petitioners [...]”.

pode haver dúvida de que, embora o arranjo seja em muitos aspectos amorfo, e embora o tribunal seja dominado pela influência americana, ele não deixa de ter um caráter internacional<sup>71</sup>.

Além disso, é relevante notar que, nos termos do artigo 3º da Proclamação Especial, a criação do Tribunal de Tóquio não

[...] [prejudicaria] a jurisdição de qualquer outro tribunal, comissão ou corte internacional, nacional ou de ocupação estabelecida ou a ser estabelecida no Japão ou em qualquer território de uma das Nações Unidas com a qual o Japão tenha estado em guerra, para o julgamento de criminosos de guerra<sup>72</sup>.

De fato, julgamentos nacionais e paralelos ao Tribunal de Tóquio acerca de delitos cometidos na China e na Região do Pacífico foram realizados, por exemplo, pelos Estados Unidos<sup>73</sup>, Austrália<sup>74</sup>, Países Baixos<sup>75</sup>, China<sup>76</sup> e Reino Unido<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> *Ibid.*, Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] there can be no serious doubt that, though the arrangement is in many respects amorphous, and though the tribunal is dominated by American influence, it is nonetheless international in character”.

<sup>72</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.3º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “Nothing in this Order shall prejudice the jurisdiction of any other international, national or occupation court, commission or other tribunal established or to be established in Japan or in any territory of a United Nation with which Japan has been at war, for the trial of war criminals”.

<sup>73</sup> Cf., por exemplo: *United States v. Rear-Admiral Nisuke Masuda and Four Others of the Imperial Japanese Navy (“The Jaluit Atoll Case”)*, Comissão Militar dos Estados Unidos, Atol de Kwajalein, Ilhas Marshall, 7 a 13 de dezembro de 1945. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol.I, Londres: His Majesty’s Stationery Office, 1947, p.71-80; e *United States v. Lieutenant General Harukei Isayama and Seven Others*, Comissão Militar dos Estados Unidos, Xangai, China, 1 a 25 de julho de 1946. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol.V, Londres: His Majesty’s Stationery Office, 1947, p.60-65.

<sup>74</sup> Cf., por exemplo: *Australia v. Sergeant-Major Shigeru Ohashi and Six Others*, Tribunal Militar Australiano, Rabaul, Papua Nova Guiné, 20 a 23 de março de 1946. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol.V, Londres: His Majesty’s Stationery Office, 1947, p.25-31; e *Australia v. Lieutenant-General Baba Masao*, Tribunal Militar Australiano, Rabaul, Papua Nova Guiné, 28 de maio a 2 de junho de 1947. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol.XI, Londres: His Majesty’s Stationery Office, 1947, p.56-61.

<sup>75</sup> Cf., por exemplo: *The Netherlands v. Tanabe Koshiro*, Corte-Marcial Temporária dos Países Baixos, Macassar, Indonésia, 5 de fevereiro de 1947. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol.XI, Londres: His Majesty’s Stationery Office, 1947, p.1-4; e *The Netherlands v. Washio Awochi*, Batavia, Indonésia, 25 de outubro de 1946. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol.XI, Londres: His Majesty’s Stationery Office, 1947, p.122-125.

<sup>76</sup> Cf., por exemplo: *China v. Takashi Sakai*, Tribunal Militar de Crimes de Guerra do Ministério da Defesa Nacional Chinês, Nanquim, China, 29 de agosto de 1946. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, vol.XIV, Londres: His Majesty’s Stationery Office, 1947, p.1-8.

<sup>77</sup> Cf., por exemplo: *United Kingdom v. Yamamoto Chusaburo*, Tribunal Militar Britânico, Kuala Lumpur, Malásia, 30 de janeiro a 1º de fevereiro de 1946. In *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Na-

## 2.2. A Composição e Sede do Tribunal

O artigo 2º da Carta do Tribunal de Tóquio regulava a sua composição:

O Tribunal será composto por não menos de seis e não mais de onze membros, nomeados pelo Comandante Supremo das Potências Aliadas a partir dos nomes apresentados pelos Signatários do Instrumento de Rendição, Índia e a Comunidade das Filipinas<sup>78</sup>.

Talvez em resposta ao processo essencialmente unilateral de criação do Tribunal, MacArthur decidiu constituí-lo com o limite máximo de juízes autorizado pela Carta (onze). Foram seus membros: William Webb (Austrália), Edward Stuart McDougall (Canadá), Mei Ju-ao (China), Myron Cramer (Estados Unidos), Delfin Jaranilla (Filipinas), Henri Bernard (França), Lorde William Patrick (Reino Unido), Bernard Victor A. Röling (Países Baixos), Erima Harvey Northcroft (Nova Zelândia), I. M. Zaryanov (União Soviética) e Radhabinod M. Pal (Índia)<sup>79</sup>. Inicialmente, o juiz estadunidense era John P. Higgins, mas ele renunciou em julho de 1946 para retornar às suas funções como Presidente do Tribunal Superior de Massachusetts. Myron Cramer o substituiu<sup>80</sup>. O Japão não teve nenhum nacional como juiz no Tribunal.

Cabe ressaltar outra diferença marcante em relação ao Tribunal de Nuremberg. O artigo 3º da Carta do Tribunal europeu proibiu *ex ante* qualquer moção voltada a contestar a criação do Tribunal ou solicitando a remoção de qualquer um de seus juízes. A Carta do Tribunal de Tóquio, por outro lado, não possuía um dispositivo equivalente. Assim, os advogados de defesa puderam contestar a composição do Tribunal, apresentando pedidos de suspeição contra William Webb e Delfin Jaranilla. Enquanto o primeiro havia sido o presidente de uma comissão de inquérito do governo da Austrália acerca dos crimes japoneses durante a guerra, Jaranilla havia sido vítima da Marcha da Morte de Bataan. Os advogados alegaram que os dois juízes não poderiam agir com imparcialidade, solicitando a sua remoção. O Tribunal rejeitou os pedidos de suspeição sumariamente, desencorajando novas tentativas pela defesa de alterar a composição do Tribunal<sup>81</sup>.

tions War Crimes Commission, vol.III, Londres: His Majesty's Stationery Office, 1947, p.76-80.

<sup>78</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.1º. Tradução livre do original em inglês, que segue: "The Tribunal shall consist of not less than six members nor more than eleven members, appointed by the Supreme Commander for the Allied Powers from the names submitted by the Signatories to the Instrument of Surrender, India, and the Commonwealth of the Philippines".

<sup>79</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.44.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> JU-AO, Mei. *The Tokyo Trial and War Crimes in Asia*, Cingapura: Palgrave Macmillan, 2018, p.56 [JU-AO].

Enquanto em Nuremberg os próprios juízes decidiram entre si qual deles seria o Presidente<sup>82</sup>, uma prática recorrente em tribunais internacionais atuais<sup>83</sup>, o Presidente do Tribunal de Tóquio foi escolhido por MacArthur sem qualquer participação dos juízes<sup>84</sup>. O australiano William Webb foi selecionado para a posição, uma escolha criticada por alguns dos juízes. Bernard Röling, o membro holandês do Tribunal, posteriormente se referiu a ele como “um homem muito arrogante e ditatorial”, além de antissocial<sup>85</sup>. Lorde William Patrick, o juiz britânico, descreveu Webb como um “valentão de temperamento explosivo” (“*quick-tempered bully*”)<sup>86</sup>. Em um livro publicado pelo juiz chinês, Mei Ju-ao, Webb é descrito como impaciente e até mesmo rude em relação aos promotores, advogados de defesa e testemunhas<sup>87</sup>. Apesar disso, Ju-ao admite que alguns juízes viam essa atitude do Presidente como positiva, pois teve o efeito de inibir as tentativas da defesa de prolongar indefinidamente o processo<sup>88</sup>.

Não estranhamente, a Procuradoria do Tribunal foi controlada pelos Estados Unidos<sup>89</sup>. Por recomendação do Presidente estadunidense Harry Truman, MacArthur nomeou Joseph B. Keenan, o Procurador-Geral Adjunto da Divisão Criminal dos Estados Unidos, como Procurador Chefe do Tribunal de Tóquio (cargo referenciado como “*Chief of Counsel*” na Carta<sup>90</sup>)<sup>91</sup>. Ele foi anteriormente responsável pela redação da Carta de Tóquio em nome de MacArthur<sup>92</sup>. Comparando-o com Robert Jackson, o prestigiado Procurador estadunidense no Tribunal de Nuremberg, Bernard Röling considerou Keenan inferior e inepto para o cargo<sup>93</sup>. Há relatos de que Keenan até mesmo esteve presente em sessões do Tribunal embriagado<sup>94</sup>.

Além do Procurador Chefe, a Procuradoria era composta por Procuradores Adjuntos. Segundo o art. 8º(b) da Carta do Tribunal de Tóquio, os

<sup>82</sup> Carta do Tribunal de Nuremberg, nota *supra* 50, art.4º(b).

<sup>83</sup> *Rome Statute of the International Criminal Court*, UNDoc.A/CONF.183/9, 17 July 1998, art.38(1); *Statute of the International Court of Justice*, 26 June 1945, 33 UNTS 331, art.21(1).

<sup>84</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.3º(a).

<sup>85</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.30 e 52. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] a very arrogant and dictatorial man”.

<sup>86</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.99.

<sup>87</sup> JU-AO, nota *supra* 81, p.68-69.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.31.

<sup>90</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.8º(a).

<sup>91</sup> HISAKUSA, Fujita. “The Tokyo Trial: Humanity’s Justice v. Victors’ Justice”, p.3-21. In TANAKA, McCORMACK e SIMPSON, nota *supra* 9, p.7.

<sup>92</sup> SAYAPIN, nota *supra* 65, p.43.

<sup>93</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.31.

<sup>94</sup> *Ibid.*

Estados que estavam em guerra com o Japão poderiam nomear um Procurador Adjunto cada<sup>95</sup>. Dessa forma, dez Procuradores Adjuntos atuaram no Tribunal auxiliando Keenan.

A defesa dos réus também merece nota. Enquanto no Tribunal de Nuremberg os réus poderiam ter no máximo um advogado cada, essa restrição não existia em Tóquio, de forma que os réus poderiam escolher a quantidade de advogados de sua preferência. Ainda que o Tribunal asiático tivesse um poder de veto sob a nomeação dos advogados<sup>96</sup>, essa prerrogativa foi raramente utilizada, sendo empregada apenas para desqualificar dois advogados estadunidenses, David Smith e Owen Cunningham, por desacato ao Tribunal. Os acusados tinham entre dois e seis advogados japoneses cada, além de um advogado estadunidense cada, cuja função inicial era fornecer expertise sobre procedimentos no *common law*, já que o Tribunal em grande medida funcionou conforme elementos dessa tradição jurídica e o Japão, por outro lado, segue o modelo de *civil law*. No todo, a defesa dos réus era composta por 130 advogados, um elevado número que foi tolerado pelo Tribunal ante a complexidade do caso. Porém, episódios de tumulto e desorganização na defesa eram frequentes, acarretando morosidade no processo<sup>97</sup>. Um ponto de discordância relevante foi a pretensão dos advogados estadunidenses de assumir o controle da defesa em detrimento dos advogados japoneses. Diferenças filosóficas e de estratégia entre os estadunidenses e os japoneses também se mostraram desafiadoras e impactaram o andamento do processo<sup>98</sup>.

Assim como em Nuremberg<sup>99</sup>, o Tribunal de Tóquio também foi estruturado para ser “itinerante”, ou seja, ambos tiveram uma sede administrativa permanente que prestaria assistência para a realização de julgamentos em diversas localidades. Enquanto o artigo 1º da Carta de Tóquio determinava que “[a] sede permanente do Tribunal fica em Tóquio”<sup>100</sup>, o artigo 14 indicava que “[o] primeiro julgamento será realizado em Tóquio e quaisquer julgamentos subsequentes serão realizados em locais conforme o Tribunal decidir”<sup>101</sup>. Assim, ele poderia realizar diversos julgamentos por anos ou até mesmo décadas, mas devido a tensões e interesses políticos ligados à Guerra

<sup>95</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.8º(b).

<sup>96</sup> *Ibid.*, art.9º(d).

<sup>97</sup> JU-AO, nota *supra* 81, p.87-93.

<sup>98</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.37.

<sup>99</sup> Carta do Tribunal de Nuremberg, nota *supra* 50, art.22.

<sup>100</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.1º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “The permanent seat of the Tribunal is in Tokyo”.

<sup>101</sup> *Ibid.*, art.14. Tradução livre do original em inglês, que segue: “The first trial will be held at Tokyo, and any subsequent trials will be held at such places as the Tribunal decides”.

Fria estes julgamentos ulteriores nunca foram realizados perante o Tribunal. O que foi referenciado como “primeiro julgamento” no artigo 14 da Carta se tornou o único julgamento do Tribunal de Tóquio.

Por fim, também é relevante destacar que a escolha do local para instalar o Tribunal foi altamente simbólica. O edifício selecionado foi a ex-sede do Ministério da Guerra japonês, local onde grande parte dos crimes foi planejada<sup>102</sup>. Assim, o Tribunal em si representava e simbolizava a vitória dos Aliados sobre o Japão.

### 2.3. A Competência Material, Territorial, Temporal e Pessoal do Tribunal

A competência *ratione materiae* do Tribunal de Tóquio, em linhas gerais, replicou a do Tribunal de Nuremberg. O artigo 5º da Carta de Tóquio previa três classes de delitos: “Class A” crimes were reserved for those who participated in a joint conspiracy to start and wage war, and were brought against those in the highest decision-making bodies; “Class B” crimes were reserved for those who committed “conventional” atrocities or crimes against humanity; “Class C” crimes were reserved for those in “the planning, ordering, authorization, or failure to prevent such transgressions at higher levels in the command structure.” [ *citation needed* ] crimes contra a paz (Classe A); crimes de guerra convencionais (Classe B); e crimes contra a humanidade (Classe C)<sup>103</sup>. O artigo 5º os definiu nos seguintes termos:

- a. *Crimes contra a paz*: quais sejam, o planejamento, preparação, início ou travamento de uma guerra de agressão declarada ou não, ou uma guerra em violação do direito, tratados, acordos ou garantias internacionais, ou participação em um plano comum ou conspiração para a realização de qualquer um dos anteriores;
- b. *Crimes de guerra convencionais*: quais sejam, violações das leis ou costumes de guerra;
- c. *Crimes contra a humanidade*: quais sejam, assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos ou raciais na execução ou em conexão com qualquer crime sob a jurisdição do Tribunal, em violação ou não do direito interno do país onde foi come-

<sup>102</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.46; SELLARS, Kirsten. “Imperfect Justice at Nuremberg and Tokyo”, *European Journal of International Law*, vol.21, no.4, p.1085–1102, 2010, p.1092 [SELLARS].

<sup>103</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.5º.



tido. Líderes, organizadores, instigadores e cúmplices que participaram da formulação ou execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer um dos crimes anteriores são responsáveis por todos os atos praticados por qualquer pessoa na execução de tal plano<sup>104</sup>.

Ainda que o Tribunal tenha jurisdição sob estas três categorias de crimes, o referido artigo 5º foi deliberadamente redigido para dar primazia aos crimes contra a paz<sup>105</sup>. Antes de apresentar a definição dos crimes, citada acima, o dispositivo afirma: “O Tribunal terá o poder de julgar e punir criminosos de guerra do Extremo Oriente que, como indivíduos ou como membros de organizações, *sejam acusados de crimes que incluem crimes contra a paz*”<sup>106</sup> (grifo nosso). Os juízes também deram precedência aos crimes contra a paz, já que a maior parte do julgamento (cerca de 70% da totalidade de páginas) se refere a estes delitos específicos<sup>107</sup>. O Tribunal lidou com crimes de guerra e crimes contra a humanidade no restante do julgamento<sup>108</sup>.

Segundo os artigos 1º e 5º da Carta de Tóquio, a competência *ratione loci* do Tribunal de Tóquio abarcava os crimes cometidos no “Extremo Oriente”. Essa expressão não é definida na Carta, não sendo, portanto, claro o seu exato escopo geográfico. Apesar disso, diante do objetivo e propósito do Tribunal de Tóquio de julgar os criminosos japoneses, pode-se afirmar que a competência territorial do Tribunal abarcava todas as áreas onde crimes internacionais foram cometidos pelo Japão, em especial as áreas ocupadas

<sup>104</sup> Tradução livre do original em inglês, que segue: “a. *Crimes against Peace*: Namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing; b. *Conventional War Crimes*: Namely, violations of the laws or customs of war; c. *Crimes against Humanity*: Namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political or racial grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such plan”.

<sup>105</sup> TOTANI, Yuma. “Individual Responsibility at the Tokyo Trial”, p.155-175. In DITTRICH, LINGEN, OSTEN e MAKRAIOVÁ, nota *supra* 9, p.157.

<sup>106</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.5º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offenses which include Crimes against Peace”.

<sup>107</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.44; SAYAPIN, nota *supra* 65, p.179.

<sup>108</sup> SAYAPIN, *ibid.*

ou atacadas por tropas japonesas. Em resumo, conclui-se que a competência *ratione loci* incluía o Japão, o Havai, o Extremo Oriente Russo, a China e o Sudeste Asiático.

A competência *ratione temporis* do Tribunal não foi especificada em sua Carta, não havendo, portanto, um limite temporal claro para a competência do Procurador de indiciar os acusados. Diante disso, o escopo das acusações foi extenso, abarcando crimes cometidos entre 1º de janeiro de 1928 (suposto início da conspiração para invadir a Manchúria na China) e 2 de setembro de 1945 (data da rendição do Japão aos Aliados)<sup>109</sup>.

No tocante à competência *ratione personae*, a linguagem adotada pela Carta de Tóquio é no mínimo ambígua. O artigo 1º da Carta afirma que o Tribunal foi estabelecido para julgar os “principais criminosos de guerra no Extremo Oriente”<sup>110</sup>. O artigo 5º, nesse mesmo sentido, determina que “[o] Tribunal terá o poder de julgar e punir criminosos de guerra do Extremo Oriente”<sup>111</sup>. O Estatuto do Tribunal de Nuremberg, por outro lado, limitava a competência pessoal aos “principais criminosos de guerra do Eixo Europeu”<sup>112</sup>. Assim, enquanto em Nuremberg havia uma clara limitação ao julgamento dos nacionais dos Estados europeus membros do Eixo, essa restrição não foi incluída no texto da Carta de Tóquio. Uma interpretação literal dos artigos 1º e 5º, transcritos acima, poderia indicar que nacionais dos Estados Aliados que cometeram crimes no Extremo Oriente também poderiam ser julgados pelo Tribunal de Tóquio. Contudo, ante o contexto político da época, tal interpretação era nada menos do que ingênua<sup>113</sup>.

Uma interpretação talvez mais realista seria estender a competência pessoal do Tribunal não apenas aos nacionais japoneses, mas a todos os criminosos de territórios que se alinharam ao Japão, tais como Tailândia, soldados chineses fiéis a Manchukuo, Burma (atual Myanmar) e outras unidades militares que se opunham à dominação colonial europeia na região e que se formaram, por exemplo, em Singapura, Filipinas, Índias Orientais Holandesas (atual Indonésia), Malásia e Indochina Francesa (atuais Vietnã,

<sup>109</sup> *United States of America et al. v. Araki Sadao et al.*, Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1948, p.7. Disponível em: <[https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/Judgment-IMTFE-Vol-I-PartA-Chapter-I.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Judgment-IMTFE-Vol-I-PartA-Chapter-I.pdf)>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>110</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.1º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “major war criminals in the Far East”.

<sup>111</sup> *Ibid.*, art.5º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals”.

<sup>112</sup> Carta do Tribunal de Nuremberg, nota *supra* 50, art.1º. Tradução livre do original em inglês, que segue: “major war criminals of the European Axis”.

<sup>113</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.61.

Laos e Camboja). O texto da Carta corrobora esta interpretação, já que, como acima exposto, em nenhum momento restringe a jurisdição do Tribunal unicamente a nacionais japoneses.

Outro fator relevante na determinação da competência *ratione personae* do Tribunal é a lista inicial de suspeitos produzida pelo Comandante Supremo. Das 39 pessoas listadas, apenas 27 eram japonesas, sendo que os outros eram três alemães, três filipinos, dois australianos, um birmanês, um holandês, um tailandês e até mesmo um estadunidense<sup>114</sup>. Todos foram detidos, mas apenas nacionais japoneses foram eventualmente julgados perante o Tribunal, um fato que pode ser justificado por três motivos principais: (i) alguns dos suspeitos não-japoneses foram extraditados para seus respectivos Estados de origem; (ii) alguns deles não se enquadravam na definição de “principais criminosos de guerra”, nos termos do artigo 1º da Carta do Tribunal; e (iii) decidiu-se julgar apenas nacionais japoneses a fim de evitar as complicações substanciais derivadas da necessidade de conduzir os procedimentos em diversos idiomas<sup>115</sup>.

Assim como em Nuremberg, a qualidade oficial dos réus e o fato de terem cometido os delitos sob as ordens de seus comandantes ou como parte de uma política estatal não foram considerados argumentos válidos para exonerá-los de responsabilidade individual<sup>116</sup>. Apesar disso, essas alegações poderiam ser aceitas, a juízo do Tribunal, como causa para redução de pena<sup>117</sup>.

Há uma diferença relevante em relação à competência *ratione personae* dos Tribunais de Tóquio e de Nuremberg: enquanto este segundo poderia declarar grupos ou instituições como organizações criminosas<sup>118</sup> (como o fez em relação ao Corpo de Liderança do Partido Nazista, a Gestapo, a SD e a SS<sup>119</sup>), o Tribunal de Tóquio, ao contrário, não possuía essa competência específica. Porém, ele poderia julgar criminosos de guerra que agiram em condição individual ou como membros de organizações<sup>120</sup>.

Quanto aos acusados no Tribunal de Tóquio, de um total inicial de 118 suspeitos, apenas 28 nacionais japoneses foram efetivamente indiciados

<sup>114</sup> JU-AO, nota *supra* 81, p.40.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.6º.

<sup>117</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, *ibid.*, art.6º.

<sup>118</sup> Carta do Tribunal de Nuremberg, nota *supra* 50, art.9º; GROSS, Leo. “The Punishment of War Criminals: The Nuremberg Trial (Second part)”, *Netherlands International Law Review*, vol.3, no.1, p.10-24, 1956, p.12-13 [GROSS]; SLIEDREGT, Elies van. *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p.26-30.

<sup>119</sup> GROSS, *ibid.*, p.14.

<sup>120</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.5º.

pela Procuradoria<sup>121</sup>. Com a exceção de um (Shūmei Ōkawa), todos haviam

<sup>121</sup> JU-AO, nota *supra* 81, p.40-41. Segue a lista completa de réus: (i) Kōki Hirota (1878 – 1948): Ele foi Primeiro-Ministro do Japão (março de 1936 a fevereiro de 1937) e Ministro das Relações Exteriores (1933-1936 e 1937-1938). O Pacto Anticomintern de 1936, predecessor do Pacto Tripartite de 1940, foi assinado com a Alemanha durante o seu mandato como Primeiro-Ministro; (ii) Kiichirō Hiranuma (1867 - 1952): Ele serviu no Conselho Privado, o conselho consultivo do Imperador do Japão, por mais de 10 anos, exercendo significativa influência política. Ele também serviu como Primeiro-Ministro do Japão de janeiro de 1939 a agosto de 1939. Foi Ministro do Interior de dezembro de 1940 a julho de 1941; (iii) Naoki Hoshino (1892 - 1978): Após a invasão da Manchúria, ele atuou em Manchukuo, criando a infraestrutura financeira do novo Estado fantoche. Foi nomeado Vice-Ministro de Assuntos Financeiros de Manchukuo em 1937. Nessa função, dirigiu a difusão do uso em massa de narcóticos (especialmente ópio) na China, a fim de gerar lucros e enfraquecer a resistência chinesa à ocupação japonesa. Seu sucesso em Manchukuo rendeu-lhe, em 1941, a nomeação ao cargo de Secretário-Chefe de Gabinete do Primeiro-Ministro Hideki Tōjō, com a tarefa de reconstruir a economia japonesa para fins de guerra; (iv) Kōichi Kido (1889 - 1977): Em janeiro de 1939, ele foi nomeado Ministro do Interior no governo do Primeiro-Ministro Hiranuma. Como Lorde Guardião do Selo Privado do Japão de 1940 a 1945, Kido se tornou um dos conselheiros mais influentes do Imperador Hirohito; (v) Toshio Shiratori (1887 - 1949): Foi embaixador na Itália de 1938 a 1940 e tornou-se conselheiro do Ministro das Relações Exteriores japonês em 1940. Ele defendeu publicamente o expansionismo militar japonês e a aliança entre Alemanha, Itália e Japão; (vi) Shigenori Tōgō (1882 - 1950): Ele foi Ministro das Relações Exteriores de outubro de 1941 a setembro de 1942, no governo Tōjō. Em abril de 1945, foi nomeado para este cargo mais uma vez na administração de Kantarō Suzuki; (vii) Mamoru Shigemitsu (1887 - 1957): Em 20 de abril de 1943, foi nomeado Ministro das Relações Exteriores pelo Primeiro-Ministro Hideki Tōjō. Nessa função, ele assinou o Instrumento de Rendição do Japão em 2 de setembro de 1945, junto com o General Yoshijirō Umezu; (viii) Okinori Kaya (1889 - 1977): Foi Ministro das Finanças do Japão entre 1941 e 1944. Ele promoveu publicamente a venda em massa de narcóticos para a população chinesa; (ix) Yōsuke Matsuoka (1880 – 1946): Foi Ministro das Relações Exteriores de 1940 a 1941, no governo do Primeiro-Ministro Fumimaro Konoe. Matsuoka foi um dos principais arquitetos do Pacto Tripartido entre Alemanha, Itália e Japão. Ele morreu de causas naturais antes do final do julgamento; (x) General Hideki Tōjō (1884 - 1948): Foi General do Exército Imperial Japonês e o Primeiro-Ministro do Japão de 17 de outubro de 1941 a 22 de julho de 1944. Como Primeiro Ministro, ordenou o ataque a Pearl Harbor, iniciando a guerra entre o Japão e os Estados Unidos; (xi) General Seishirō Itagaki (1885 – 1948): Foi Chefe do Estado-Maior do Exército Kwantung, o maior grupo armado oficial do Exército Imperial Japonês, entre 1936 e 1937. Foi também Ministro da Guerra entre 1938 e 1939; (xii) General Sadao Araki (1877 – 1966): Ele ocupou vários cargos militares e civis de alto escalão. Foi Ministro da Guerra (1931-1934), membro do Conselho Supremo de Guerra (1934-1936), membro do Conselho Consultivo do Gabinete da China (1937), Ministro da Educação (1938-1939) e membro do Conselho Consultivo do Gabinete (1940); (xiii) Marechal de Campo Shunroku Hata (1879-1962): Foi Ministro da Guerra (1939-1940) e participou de vários crimes de guerra na China; (xiv) Almirante Shigetaru Shimada (1883 - 1976): Foi Ministro da Marinha (1941 - 1944) e Chefe do Estado-Maior da Marinha Imperial Japonesa (1944). Como Ministro da Marinha, ele aprovou e ajudou na implementação do ataque contra Pearl Harbor; (xv) Tenente General Kenryō Satō (1895 - 1975): Ele foi Chefe do Gabinete de Assuntos Militares, um dos principais cargos no Ministério do Exército Japonês; (xvi) General Kuniaki Koiso (1880 - 1950): Ele foi Governador Geral da Coreia (1942 - 1944) e o Primeiro-Ministro do Japão

sido oficiais militares de alta patente ou autoridades civis com elevada posição no governo do Japão. Todos tiveram papel central no programa japonês de expansão imperialista por meio de atos de agressão<sup>122</sup>.

no final da Guerra, após a queda do gabinete de Tōjō (1944 - 1945); (xvii) Vice-almirante Takazumi Oka (1890 - 1973): Foi Chefe do Escritório de Assuntos Navais (1940-1944); (xviii) Tenente General Hiroshi Ōshima (1886 - 1975): Foi o embaixador na Alemanha até a rendição do Japão (1938 - 1939 e 1941 - 1945); (xix) Almirante da Frota Osami Nagano (1880 - 1947): Foi Ministro da Marinha (1936 - 1937) e Chefe do Estado-Maior da Marinha Imperial Japonesa (1941 - 1944). Ele teve um papel central na coordenação das operações militares da Marinha Japonesa, incluindo o ataque a Pearl Harbor. Após várias derrotas, o Primeiro-Ministro Hideki Tōjō removeu Nagano de sua posição. Ele foi acusado de agressão contra os Aliados, mas morreu em decorrência de um ataque cardíaco antes do final do julgamento; (xx) General Jirō Minami (1874 - 1955): Ele foi o Governador-Geral da Coreia (1936 - 1942). Também foi um grande defensor do expansionismo japonês e, na condição de Comandante do Exército Kwantung (1934 - 1936), participou das etapas finais da invasão da Manchúria; (xxi) General Kenji Doihara (1883 - 1948): Foi Comandante do Exército Kwantung (1938-1940), Comandante do Exército em Cingapura (1944-1945) e Chefe do Serviço de Inteligência em Manchukuo. Ele foi um ator central na invasão e na implementação do comércio de narcóticos na Manchúria e na expansão da ocupação japonesa na China; (xxii) General Heitarō Kimura (1888 - 1948): Ocupou vários cargos militares importantes, como Comandante da Força Expedicionária da Birmânia (1944 - 1945), Chefe do Estado-Maior do Exército de Kwantung (1940 - 1941), Vice-Ministro da Guerra (1941 - 1943) e membro do Supremo Conselho de Guerra (1943); (xxiii) General Iwane Matsui (1878 - 1948): Foi o Comandante da Força Expedicionária de Xangai e do Exército da China Central (1937). Os soldados sob seu comando tomaram Nanquim, na China, em 13 de dezembro de 1937, onde cometeram o notório Massacre de Nanquim (também conhecido como Estupro de Nanquim), que consistiu em assassinatos, estupros, pilhagem e destruição de bens civis. Matsui não tomou medidas para evitar esses crimes ou punir os responsáveis; (xxiv) Tenente General Akira Mutō (1892 - 1948): Ocupou vários cargos militares importantes, como Vice-Chefe do Estado-Maior da Força Expedicionária da China (1937), Diretor do Gabinete de Assuntos Militares (1939 - 1942), Comandante do Exército em Sumatra (1942 - 1943) e Chefe do Estado-Maior do Exército nas Filipinas (1944 - 1945); (xxv) Tenente Coronel Kingorō Hashimoto (1890 - 1957): Foi o fundador da Sakurakai ou Sociedade da Flor de Cerejeira (*Cherry Blossom Society*), uma sociedade secreta ultranacionalista criada no Exército Imperial Japonês. Ele foi um defensor do expansionismo japonês e esteve envolvido na invasão da China, incluindo o Incidente de Mukden e o Massacre de Nanquim; (xxvi) General Yoshijirō Umezu (1882 - 1949): Foi Vice-Ministro da Guerra (1936 - 1938), Comandante do Exército Kwantung (1939 - 1944) e Chefe do Gabinete do Estado-Maior do Exército Imperial Japonês no final da Guerra (1944 - 1945). Ele assinou o Instrumento de Rendição ao lado do Ministro das Relações Exteriores, Mamoru Shigemitsu; (xxvii) Tenente General Teiichi Suzuki (1888 - 1989): Foi o principal planejador da economia japonesa durante a Guerra, atuando como Presidente do Conselho de Planejamento (1941 - 1943). Nesta posição, ele compareceu regularmente a reuniões importantes nas quais as guerras de agressão contra os Aliados foram planejadas; e (xxviii) Shūmei Ōkawa (1886 - 1957): Foi o único réu que não era militar ou oficial do governo. Ōkawa era um filósofo político, cujos numerosos trabalhos acadêmicos promoveram a expansão militar japonesa na Ásia e defendiam a função natural do Japão como protetor da Ásia contra o Ocidente. Foi acusado de instigação ou conspiração para travar guerras de agressão contra os Aliados.

<sup>122</sup> WERLE, nota *supra* 49, p.12.

#### 2.4. As Regras de Procedimento e de Admissibilidade de Provas

A Carta do Tribunal de Tóquio continha poucas regras procedimentais<sup>123</sup>. Contudo, segundo seu artigo 7º, o Tribunal poderia complementar as disposições da Carta por meio da adoção e posteriores alterações de regras de procedimento<sup>124</sup>. Fazendo exercício dessa prerrogativa, os juízes do Tribunal publicaram as Regras de Procedimento em 25 de abril de 1946<sup>125</sup>, oito dias antes do início do julgamento e um dia antes de Douglas MacArthur ter emitido a versão revisada da Carta do Tribunal. É notável a simplicidade e concisão do documento, que continha apenas nove regras. Para fins de comparação, as Regras de Procedimento originalmente adotadas (desconsiderando as futuras emendas) do Tribunal Penal Internacional, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional de Ruanda tinham, respectivamente, 225, 125 e 126 regras<sup>126</sup>.

Como reflexo do controle estadunidense no processo de criação do Tribunal, as suas regras de procedimento e o seu funcionamento interno seguiram formatos identificáveis nos Estados Unidos<sup>127</sup>. De forma específica, a Carta de Tóquio (assim como a Carta da Londres) incorporou diversos elementos advindos da (à época) recente prática dos Estados Unidos de criação de comissões militares para julgar criminosos inimigos<sup>128</sup>. Diferente de tribunais judiciais regulares, o processo perante estas comissões era notoriamente sumário e marcado por ampla flexibilidade na admissão de provas contra os réus, características também identificadas no Tribunal de Tóquio.

<sup>123</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, arts.9º-15.

<sup>124</sup> *Ibid.*, art.7º.

<sup>125</sup> *Rules of Procedure of the International Military Tribunal for the Far East*, 25 de abril de 1946. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20000817042757/http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtferul.htm>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>126</sup> *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court*, ICC-ASP/1/3 and Corr.1, 2002. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf>>. Acesso em: 07/10/20; *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 1994. Disponível em: <[https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules\\_procedure\\_evidence/IT032\\_original\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_original_en.pdf)>. Acesso em: 07/10/20; *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 1995. Disponível em: <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/950629-rpe-en.pdf>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>127</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.31; JU-AO, nota *supra* 81, p.222; WALLACH, Evan. “The Procedural and Evidentiary Rules of the Post World War II War Crimes Trials: Did They Provide an Outline for International Legal Procedure?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.37, p.851-883, 1999, p.866 [WALLACH].

<sup>128</sup> *Ibid.*, p.857.

Um dos precedentes mais importantes nesse sentido foi o notório caso *Ex parte Quirin*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, em 1942, a constitucionalidade da criação de uma comissão militar pelo governo estadunidense para julgar sabotadores enviados pela Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial para destruir indústrias bélicas e outros alvos importantes nos Estados Unidos<sup>129</sup>.

Além disso, o artigo 11 da Carta de Tóquio outorgava amplos poderes ao Tribunal, tais como convocar e interrogar testemunhas<sup>130</sup>; interrogar cada um dos acusados e realizar juízos a partir da recusa deles de responder as perguntas postas pelos juízes<sup>131</sup>; exigir a produção de documentos e outros materiais probatórios<sup>132</sup>; exigir das testemunhas um juramento pelo qual se obrigavam a dizer a verdade<sup>133</sup>; e nomear peritos para implementar qualquer atividade determinada pelo Tribunal, até mesmo coletar provas<sup>134</sup>.

Refletindo o Tribunal de Nuremberg, diversas garantias aos réus foram inseridas na Carta do Tribunal de Tóquio, tais como o recebimento prévio e por escrito das acusações, no idioma dos acusados<sup>135</sup>; direito de fala perante os juízes<sup>136</sup>; condução do julgamento na língua do acusado<sup>137</sup>; direito de representação por advogado de sua escolha, sujeito ao poder de veto dessa escolha pelo Tribunal<sup>138</sup>; direito de apresentar provas e questionar testemunhas da Procuradoria<sup>139</sup>; e o direito de requerer ao Tribunal a apresentação de testemunhas ou de documentos<sup>140</sup>.

Contudo, a promessa de equidade e devido processo legal do Tribunal de Tóquio deve ser vista com considerável cautela e senso crítico. Um dos aspectos mais controversos do Tribunal, e que definitivamente macula o seu legado, foi a excessiva flexibilização na admissão de provas. O artigo 13(a) da Carta expressamente comandava o Tribunal (usando linguagem cogente) a não seguir regras técnicas tradicionais quanto à admissão de provas, a fim

<sup>129</sup> *Ex parte Quirin*, Suprema Corte dos Estados Unidos, 317 U.S. 1, 31 de julho de 1942. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>130</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art. 11(a).

<sup>131</sup> *Ibid.*, art. 11(b).

<sup>132</sup> *Ibid.*, art. 11(c).

<sup>133</sup> *Ibid.*, art. 11(d).

<sup>134</sup> *Ibid.*, art. 11(e).

<sup>135</sup> *Ibid.*, art. 9º(a).

<sup>136</sup> *Ibid.*, art. 9º(b).

<sup>137</sup> *Ibid.*, art. 9º(c).

<sup>138</sup> *Ibid.*, art. 9º(d).

<sup>139</sup> *Ibid.*, art. 9º(e).

<sup>140</sup> *Ibid.*, art. 9º(f).

de assegurar o célere desfecho do processo e admitir toda e qualquer material com valor probatório<sup>141</sup>:

O Tribunal não será vinculado por regras técnicas de prova. Adotará e aplicará, na medida do possível, procedimentos céleres e não técnicos, e admitirá todas as provas que julgar ter valor probatório. Todas as alegadas admissões ou declarações do acusado serão admissíveis<sup>142</sup>.

Críticas à inexistência de critérios objetivos e vinculantes para a admissibilidade de provas foram apresentadas pelo juiz indiano do Tribunal, Radhabinod Pal. Em sua opinião dissidente, ele afirmou que diversos elementos probatórios que tecnicamente deveriam ser classificados como prova por rumor (*hearsay*) foram admitidos e aplicados pelo Tribunal em sua fundamentação<sup>143</sup>. Segundo Pal, isso foi o resultado da ausência de regras claras na Carta:

Ao prescrever as regras de prova para este Julgamento, a Carta praticamente ignorou todas as regras processuais concebidas pelos vários sistemas jurídicos nacionais, baseadas na experiência e tradição litigiosa, a fim de proteger um tribunal contra persuasões errôneas, e assim nos deixou, nas questões relativas às provas, para nos guiar independentemente de quaisquer regras artificiais de procedimento<sup>144</sup>.

A ausência de regras objetivas para a condução do procedimento no Tribunal de Tóquio, em especial no tocante à admissibilidade de provas, abriu caminho para arbitrariedades pelos juízes<sup>145</sup>. Nesse sentido, o juiz Bernard Röling denunciou a inconsistência nas decisões interlocutórias do Tribunal, bem como o fato delas serem, muitas vezes, tendenciosas a favor

<sup>141</sup> JU-AO, nota *supra* 81, p.264.

<sup>142</sup> Carta do Tribunal de Tóquio, nota *supra* 50, art.13(a). Tradução livre do original em inglês, que segue: “The Tribunal shall not be bound by technical rules of evidence. It shall adopt and apply to the greatest possible extent expeditious and non-technical procedure, and shall admit any evidence which it deems to have probative value. All purported admissions or statements of the accused are admissible”.

<sup>143</sup> *United States of America et al. v. Araki Sadao et al., Dissenting Judgment of Honorable Mr. Justice Pal, Member from India*, Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1948, Tóquio: Kokusho - Kankokai, 1999, p.142. Disponível em: <[http://www.sdh-fact.com/CL02\\_1/65\\_S4.pdf](http://www.sdh-fact.com/CL02_1/65_S4.pdf)>. Acesso em: 07/10/20 [Opinião Dissidente do Juiz Pal].

<sup>144</sup> *Ibid.*, p.141. Tradução livre do original em inglês, que segue: “In prescribing the rules of evidence for this Trial the Charter practically disregarded all the procedural rules devised by the various national systems of law, based on litigious experience and tradition, to guard a tribunal against erroneous persuasion, and thus left us, in the matter of proof, to guide ourselves independently of any artificial rules of procedure”.

<sup>145</sup> WALLACH, nota *supra* 127, p.868.



da Procuradoria<sup>146</sup>. O Presidente William Webb destacou que as decisões até mesmo variavam conforme a composição diária do Tribunal: provas similares àquelas que foram admitidas a pedido da Procuradoria em um dia foram rejeitadas quando sua introdução foi requerida pela Defesa poucos dias depois, quando um ou mais juízes não estavam presentes na sessão<sup>147</sup>.

No campo doutrinário, o membro chinês do Tribunal, Mei Ju-ao, também apresentou críticas ao procedimento em Tóquio<sup>148</sup>. Contudo, diferente de Radhabinod Pal e William Webb, ele indicou que o Tribunal foi excessivamente deferente aos advogados de defesa e aos réus, não exercendo suficiente controle para evitar morosidade no decurso do processo<sup>149</sup>. Ju-ao também concluiu que a forte influência do *common law* no Tribunal, especialmente no tocante à admissibilidade de provas, resultou em um procedimento excessivamente complicado e formalístico, abrindo caminho para morosidade<sup>150</sup>.

Independentemente do viés adotado, a existência de regras procedimentais tão subjetivas coloca em dúvida a validade da prestação jurisdicional pelo Tribunal de Tóquio e vilipendia o seu legado e relevância jurídicos.

### 3. O JULGAMENTO E AS SENTENÇAS EMITIDOS PELO TRIBUNAL

O processo no Tribunal de Tóquio teve início em 3 de maio de 1946, com a notória declaração do Presidente William Webb: “Não houve julgamento criminal mais importante em toda a história”<sup>151</sup>. De fato, o Tribunal de Tóquio teve mais réus do que o seu semelhante na Alemanha: 28 réus em Tóquio e 24 em Nuremberg. Além disso, o Tribunal asiático também teve mais juízes: onze em Tóquio e oito em Nuremberg, sendo que, nesse segundo, quatro juízes eram principais e quatro eram reservas.

Em 4 de junho de 1946, a Promotoria iniciou seus argumentos orais, que se encerraram em 24 de janeiro de 1947<sup>152</sup>. A defesa dos réus

<sup>146</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.51.

<sup>147</sup> WALLACH, nota *supra* 127, p.869-870; Opinião Dissidente do Juiz Pal, nota *supra* 143, p.174.

<sup>148</sup> JU-AO, nota *supra* 81, p.264-272.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> *Ibid.*, p.264-265.

<sup>151</sup> BOISTER, Neil e CRYER, Robert (eds.). *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Nova York: Oxford University Press, 2008, p.680. Tradução livre do original em inglês, que segue: “There has been no more important criminal trial in all history”.

<sup>152</sup> TOTANI, Yuma. “The Case against the Accused”, p.147-161. In TANAKA, McCORMACK e SIMPSON, nota *supra* 9, p.152.

seguiu, cujos advogados apresentaram argumentos de 24 de fevereiro de 1947 a 12 de janeiro de 1948<sup>153</sup>. Depois das alegações finais, o Tribunal suspendeu os procedimentos por sete meses para deliberação dos juízes e redação da sentença<sup>154</sup>. O processo terminou em 12 de novembro de 1948, quando foi encerrada a leitura pública do julgamento<sup>155</sup>. Diante disso, os procedimentos em Tóquio começaram quando os de Nuremberg (iniciados em 19 de novembro de 1945) já estavam em andamento havia seis meses. O Tribunal asiático concluiu o seu processo dois anos depois do encerramento dos procedimentos em Nuremberg, o que ocorreu em 1º de outubro de 1946.

O processo em Tóquio foi significativamente mais complexo e longo do que aquele em Nuremberg<sup>156</sup>. Enquanto este segundo durou cerca de 10 meses, o primeiro durou 29 meses e teve o dobro do número de testemunhas<sup>157</sup>. Os números do Tribunal de Tóquio são genuinamente extraordinários: 419 testemunhas prestaram depoimentos presenciais no Tribunal; 779 testemunhas assinaram depoimentos escritos; 4.336 documentos foram aceitos como provas; e o processo teve 48.412 páginas de transcrições<sup>158</sup>. O julgamento em si teve 1.218 páginas, que foram lidas em oito dias (entre 4 e 12 de novembro de 1948)<sup>159</sup>.

O processo de redação e adoção do julgamento ilustra as divisões e os conflitos entre os juízes do Tribunal. A forte dissidência do juiz Radhabinod Pal<sup>160</sup> e a posição dele e do juiz Bernard Röling no sentido de que o Tribunal deveria decidir quanto à validade da sua Carta constitutiva à luz do Direito Internacional existente criou ressentimento nos outros juízes, que fortemente defendiam caber ao Tribunal apenas aplicar a Carta, sendo incompetente para analisar a sua validade<sup>161</sup>. Ao final das alegações orais, os juízes estavam divididos em dois grandes grupos: aqueles que defendiam a posição majoritária de condenar todos os réus (juízes Cramer, Northcroft, McDougall, Lorde Patrick, Zaryanov, Mei e

---

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> PICART, Caroline Joan. "Attempting to Go Beyond Forgetting: The Legacy of the Tokyo IMT and Crimes of Violence Against Women", *University of Pennsylvania East Asia Law Review*, vol.7, p.1-49, 2011, p.11 [PICART].

<sup>157</sup> TAKEDA, nota *supra* 9, p.13.

<sup>158</sup> FUTAMURA, nota *supra* 2, p.54; CRYER, nota *supra* 14, p.44.

<sup>159</sup> PICART, nota *supra* 156, p.12.

<sup>160</sup> Opinião Dissidente do Juiz Pal, nota *supra* 143.

<sup>161</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.98; RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.61.

Jaranilla) e aqueles que possuíam visões dissidentes individuais (juízes Pal, Röling e Bernard).

O Presidente Webb, por sua vez, ocupava uma posição de isolamento. Ele unilateralmente determinou que enquanto Presidente do Tribunal, ele deveria redigir o julgamento sozinho, sem a participação dos outros membros. Caso eles discordassem do julgamento finalizado, poderiam lavrar opiniões próprias. Naturalmente, essa abordagem antagonizou os outros juízes<sup>162</sup>. Acrescido a isso, o Presidente Webb atrasou a liberação do julgamento, o que pode indicar que ele próprio tinha dúvidas quanto à validade do Tribunal e não possuía uma opinião sólida sobre o conteúdo da decisão<sup>163</sup>.

Talvez pressionado por sua própria morosidade, em 16 de fevereiro de 1948 o Presidente Webb, ainda sem finalizar a sua versão, sugeriu aos juízes McDougall e Lorde Patrick que redigissem um julgamento majoritário<sup>164</sup>. Um mês depois, em 17 de março, eles circularam a parte do julgamento contendo a análise do direito aplicável, o que motivou Webb a desistir de sua posição anterior e aceitar que os juízes alinhados à posição majoritária preparassem o seu próprio julgamento<sup>165</sup>.

Em uma perspectiva formal, a versão inicial do julgamento foi redigida em conjunto pelos juízes Cramer, Northcroft, McDougall e Lorde Patrick. Contudo, o texto foi na verdade escrito pelos assessores dos juízes Cramer e Northcroft, Harold Hastings e Robert Quentin Quentin-Baxter respectivamente, um fato criticado pelo Presidente Webb e o juiz Bernard<sup>166</sup>. O texto foi, em seguida, encaminhado para a revisão e aprovação de um comitê formado unicamente pelos juízes que compartilhavam a opinião majoritária (juízes Cramer, Northcroft, McDougall, Lorde Patrick, Zaryanov, Mei e Jaranilla). Uma vez aprovado, o julgamento foi encaminhado para o conhecimento dos quatro juízes restantes (juízes Webb, Pal, Röling e Bernard)<sup>167</sup>. Webb ficou tão impressionado com o julgamento que desistiu de circular a sua versão, assinando a decisão majoritária e apresentando uma simples opinião separada<sup>168</sup>. Röling e Bernard, por outro lado, não foram tão receptivos, denunciando o fato de terem sido completamente excluídos da redação do texto que veio a se tornar o julgamento oficial do Tribunal<sup>169</sup>.

<sup>162</sup> BOISTER e CRYER, *ibid.*, p.98-99.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.99-101.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p.100.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p.100-101.

Ambos apresentaram opiniões dissidentes<sup>170</sup>, sendo que, em seu voto, Bernard alegou que a forma excludente na qual o julgamento foi redigido, sem envolver os onze juízes que compunham o Tribunal, foi outro elemento que comprometeu o devido processo legal em Tóquio<sup>171</sup>.

Ainda que o julgamento acerca do veredito tenha sido unilateralmente redigido por um grupo restrito de juízes, a decisão quanto às penas foi tomada em conjunto por uma votação envolvendo todos os membros do Tribunal<sup>172</sup>. O quórum para a determinação das penas era maioria simples (seis juízes), inclusive nos casos de pena de morte<sup>173</sup>. Conforme narrado pelo juiz Röling, ele próprio e os juízes Pal, Webb, Bernard e Zaryanov defenderam que a pena capital não deveria ser aplicada a nenhum dos acusados, posição rejeitada pelos seis juízes restantes<sup>174</sup>.

Durante o exaustivo processo, dois dos réus morreram de causas naturais (Yōsuke Matsuoka e Osami Nagano)<sup>175</sup> e um foi considerado incompetente para enfrentar o julgamento devido a um colapso mental, resultando na revogação de suas acusações (Shūmei Ōkawa)<sup>176</sup>. Todos os vinte e cinco réus restantes foram declarados culpados: sete foram condenados à morte<sup>177</sup>; dezesseis à prisão perpétua<sup>178</sup>; um à prisão por vinte anos (Shigenori Tōgō); e um à prisão por sete anos (Mamoru Shigemitsu)<sup>179</sup>. Apesar de MacArthur ter recebido pedidos de comutação das penas de morte para prisão pelos governos de Índia, França, Países Baixos, Canadá e Austrália<sup>180</sup> (uma possi-

<sup>170</sup> *United States of America et al. v. Araki Sadao et al., Dissenting Judgment of Honorable Mr. Justice Bernard, Member from France*, Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1948. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/675a23/pdf/>>. Acesso em: 07/10/20 [Opinião Dissidente do Juiz Bernard]; *United States of America et al. v. Araki Sadao et al., Opinion of Honorable Mr. Justice Röling, Member from the Netherland*, Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1948. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/fb16ff/pdf/>>. Acesso em: 07/10/20 [Opinião Dissidente do Juiz Röling].

<sup>171</sup> Opinião Dissidente do Juiz Bernard, *ibid.*, p.19.

<sup>172</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.63-64.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> TAKEDA, nota *supra* 9, p.14; CRYER, nota *supra* 14, p.44.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Os sete réus condenados à morte por enforcamento foram: Hideki Tōjō, Kenji Doihara, Kōki Hirota, Seishirō Itagaki, Heitarō Kimura, Akira Mutō e Iwane Matsui.

<sup>178</sup> Os dezesseis réus condenados à prisão perpétua foram: Sadao Araki, Kingorō Hashimoto, Shunroku Hata, Kiichirō Hiranuma, Naoki Hoshino, Okinori Kaya, Kōichi Kido, Kuniaki Koiso, Jirō Minami, Takazumi Oka, Hiroshi Ōshima, Kenryō Satō, Shigetarō Shimada, Toshio Shiratori, Teiichi Suzuki e Yoshijirō Umezu.

<sup>179</sup> TAKEDA, nota *supra* 9, p.14; FUTAMURA, nota *supra* 2, p.54; CRYER, nota *supra* 14, p.44.

<sup>180</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.262-263.

bilidade prevista no artigo 17 da Carta do Tribunal), ele ratificou o veredito e as sentenças em 24 de novembro de 1948 sem qualquer alteração<sup>181</sup>.

Logo depois que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a ausência de jurisdição no caso *Hirota v. MacArthur*<sup>182</sup> e depois de terem recebido um aviso prévio de vinte e quatro horas, os réus condenados à pena de morte foram enforcados pelo Exército dos Estados Unidos na madrugada do dia 23 de dezembro de 1948, na Prisão de Sugamo, em Tóquio<sup>183</sup>. O Tribunal havia decidido por enforcamento ao invés de pelotão de fuzilamento em uma decisão que dividiu os juizes: enquanto seis votaram a favor, cinco foram contra<sup>184</sup>. Por determinação de MacArthur, nenhum juiz do Tribunal, familiares dos condenados ou membros da imprensa foram autorizados a assistir as execuções<sup>185</sup>.

O destino dos corpos dos réus executados foi diferente em Tóquio e Nuremberg. Para evitar a criação de santuários nazistas nos túmulos dos acusados alemães, os Aliados decidiram não enterrar os restos mortais dos réus de Nuremberg. Eles foram transportados para Munique, onde foram incinerados em um crematório local e as cinzas foram espalhadas no rio que cruza a cidade<sup>186</sup>. Em Tóquio, por outro lado, os restos mortais dos réus foram entregues às suas respectivas famílias ou enterrados em cemitérios locais.

Quanto aos réus condenados à privação de liberdade, eles foram mantidos na Prisão de Sugamo para cumprir suas penas. No entanto, a fim de facilitar a relação entre os Estados Unidos e o Japão e tal como autorizado pelo artigo 11 do Tratado de Paz de São Francisco (1951)<sup>187</sup>, todos os réus detidos foram eventualmente libertados em liberdade condicional entre 1949

<sup>181</sup> *Ibid.*, p.263.

<sup>182</sup> Cf. subtítulo 2.1 do presente capítulo.

<sup>183</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.264.

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.72; GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.194.

<sup>187</sup> O artigo 11 do Tratado de Paz de São Francisco determina: “Japan accepts the judgments of the International Military Tribunal for the Far East and of other Allied War Crimes Courts both within and outside Japan, and will carry out the sentences imposed thereby upon Japanese nationals imprisoned in Japan. The power to grant clemency, to reduce sentences and to parole with respect to such prisoners may not be exercised except on the decision of the Government or Governments which imposed the sentence in each instance, and on the recommendation of Japan. In the case of persons sentenced by the International Military Tribunal for the Far East, such power may not be exercised except on the decision of a majority of the Governments represented on the Tribunal, and on the recommendation of Japan”. Cf.: *Treaty of Peace with Japan (“San Francisco Peace Treaty”)*, São Francisco, 8 de setembro de 1951, art.11. Disponível em: <<http://www.taiwandocuments.org/sanfrancisco01.htm>>. Acesso em: 07/10/20.

e 1956 e reintegrados política ou militarmente ao Estado japonês. Isso não ocorreu com Yoshijirō Umezu, Toshio Shiratori, Shigenori Tōgō e Kuniaki Koiso, pois eles morreram na prisão em janeiro de 1949, junho de 1949, julho de 1950 e novembro de 1950, respectivamente<sup>188</sup>.

#### 4. CRÍTICAS AO TRIBUNAL DE TÓQUIO E SUA ANÁLISE

O Tribunal de Tóquio é alvo de uma série de críticas, muitas delas compartilhadas com o Tribunal de Nuremberg. O presente subtópico avaliará duas das principais: (4.1) o seu caráter político; e (4.2) a sua seletividade. O autor analisará criticamente estes aspectos, a fim de demonstrar a sua complexidade e repercussões contemporâneas.

##### 4.1. O Caráter Político do Tribunal de Tóquio

As intervenções de Douglas MacArthur no Tribunal, a ausência de normas internas suficientemente objetivas, a escolha dos réus e a atmosfera excessivamente teatral do processo são fatores que podem, alegadamente, demonstrar a sua incapacidade de funcionar como uma corte jurisdicional propriamente dita, assumindo, assim, o papel de uma mera instituição para propósitos políticos<sup>189</sup>. O Juiz Bernard Röling indicou que um dos principais motivos para a realização do julgamento dos japoneses em Tóquio foi o espírito de vingança dos Estados Unidos em relação ao ataque a Pearl Harbor. Röling narra que MacArthur inicialmente desejava um julgamento restrito, focado unicamente em Pearl Harbor, a fim de destacar a relevância e a gravidade do episódio. Porém, o caráter amplo do julgamento em Nuremberg tornou essa proposta politicamente inviável<sup>190</sup>. Segundo o juiz holandês, o Tribunal de Tóquio também serviu ao propósito político de eliminar qualquer dúvida quanto à responsabilidade dos Estados Unidos pelo ataque a Pearl Harbor<sup>191</sup>.

Em seu voto dissidente, o Juiz Radhabinod Pal também denunciou os elementos políticos do Tribunal e seus impactos na legitimidade e validade dos procedimentos. Segundo ele, o Tribunal consistiu em uma mera fachada jurídica e procedimental para a “retaliação vingativa” (“*vindictive retaliation*”<sup>192</sup>) dos Aliados em face do derrotado Japão. Em suas palavras:

<sup>188</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.264-269.

<sup>189</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.46.

<sup>190</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.78-80.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p.81.

<sup>192</sup> O Juiz Pal acusou o Tribunal de “retaliação vingativa” nos seguintes termos: “It is indeed a common experience that, in times of trial and stress like those the international world is now

O chamado julgamento realizado de acordo com a definição de crime *agora* dada pelos vencedores oblitera os séculos de civilização que se estendem entre nós e a matança sumária dos derrotados na guerra. Um julgamento baseado em direito assim prescrito será apenas um falso emprego do processo legal para a satisfação de uma sede de vingança. Não corresponde a nenhuma ideia de justiça. Tal julgamento pode, com justiça, criar a sensação de que a constituição de um tribunal como o presente é muito mais uma questão política do que jurídica, um objetivo essencialmente político que foi assim encoberto por uma aparência jurídica<sup>193</sup>.

Além disso, o Juiz Pal foi o único membro do Tribunal a declarar os bombardeios nucleares de Hiroshima e Nagasaki pelos Estados Unidos como violações do Direito Internacional<sup>194</sup>. Ele também argumentou que

---

passing through, it is easy enough to mislead the people's mind by pointing to false causes as the fountains of all ills and thus persuading it to attribute all the ills to such causes. For those who want thus to control the popular mind, these are the opportune times; no other moment is more propitious for whispering into the popular ear the means of revenge while giving it the outward shape of the only solution demanded by the nature of the evils. A judicial tribunal, at any rate, should not contribute to such a delusion. The name of Justice should not be allowed to be invoked only for the prolongation of the pursuit of vindictive retaliation. The world is really in need of generous magnanimity and understanding charity. The real question arising in a genuinely anxious mind is, 'can mankind grow up quickly enough to win the race between civilization and disaster?'. Cf. Opinião Dissidente do Juiz Pal, nota *supra* 143, p.700.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p.21. Tradução livre do original em inglês, que segue: "The so-called trial held according to the definition of crime *now* given by the victors obliterates the centuries of civilization which stretch between us and the summary slaying of the defeated in war. A trial with law thus prescribed will only be a sham employment of legal process for the satisfaction of a thirst for revenge. It does not correspond to any idea of justice. Such a trial may justly create the feeling that the setting up of a tribunal like the present is much more a political than a legal affair, an essentially political objective having thus been cloaked by a juridical appearance".

<sup>194</sup> Referindo-se aos bombardeios atômicos de Hiroshima e Nagasaki, o Juiz Pal afirmou: "THE ATOM BOMB during the Second World War, it is said, has destroyed selfish nationalism and the last defense of isolationism more completely than it razed an enemy city. It is believed that it has ended one age and begun another—the new and unpredictable age of soul. 'Such blasts as leveled Hiroshima and Nagasaki on August 6 and 9, 1945, never occurred on earth before—nor in the sun or stars, which burn from sources that release their energy much more slowly than does Uranium'. So said John J. O'Neill, the Science Editor, Nova York Herald Tribune. 'In a fraction of a second the atomic bomb that dropped on Hiroshima altered our traditional economic, political, and military values. It caused a revolution in the technique of war that forces immediate reconsideration of our entire national defense problem'. Perhaps these blasts have brought home to mankind 'that every human being has a stake in the conduct not only of national affairs but also of world affairs'. Perhaps these explosives have awakened within us the sense of unity of mankind, - the feeling that: 'We are a unity of humanity, linked to all our fellow human beings, irrespective of race, creed or color, by bonds which have been fused unbreakably in the diabolical heat of those explosions'. All this might have been the result of these blasts. But certainly

crimes contra a paz não existiam como uma categoria de delito reconhecida no Direito Internacional até aquele momento histórico. Para fins de argumento, ele alegou que, ainda que tal categoria existisse, a guerra não poderia ser considerada criminosa caso duas condições fossem satisfeitas:

1. Se, conforme as informações disponíveis à época e a crença de boa-fé do Estado invasor, existia alguma condição objetiva como fundamento para a justificativa apresentada [para iniciar o conflito].
2. Se a suposta condição objetiva que o Estado invasor acreditava existir era tal que justificaria um estadista razoável a agir na maneira como o acusado agiu<sup>195</sup>.

O Juiz Pal concluiu que haviam condições objetivas para validamente justificar o início da guerra na China e na Região do Pacífico pelo Japão. Ele indicou o avanço do comunismo na China; o embargo chinês às atividades comerciais do Japão; a violação pelos Estados ocidentais da sua condição de neutralidade na Segunda Guerra Sino-Japonesa ao prestar assistência à China; e o boicote econômico pelos Estados ocidentais ao Japão<sup>196</sup>. Ao fim, ele concluiu “[...] que todos e cada um dos acusados devem ser considerados inocentes de cada uma das acusações do indiciamento e devem ser absolvidos de todas as [...] acusações”<sup>197</sup>. É relevante reforçar que a posição do Juiz Pal quanto às condições que autorizariam o uso de força armada

---

these feelings were non-existent AT THE TIME WHEN the bombs were dropped. I, for myself, do not perceive any such feeling of broad humanity in the justifying words of those who were responsible for their use. As a matter of fact, I do not perceive much difference between what the German Emperor is alleged to have announced during the First World War in justification of the atrocious methods directed by him in the conduct of that war and what is being proclaimed after the Second World War in justification of these inhuman blasts. I am not sure if the atom bombs have really succeeded in blowing away all the pre-war humbugs; we may be just dreaming. It is yet to be seen how far we have been alive to the fact that the world's present problems are not merely the more complex reproductions of those which have plagued us since 1914; that the new problems are not merely old national problems with world implications, but are real world problems and problems of humanity”. Cf. *Ibid.*, p.66-67.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p.123. Tradução livre do original em inglês, que segue: “1. Whether according to the information and bona fide belief of the invading state there existed any objective condition as the basis of the justification pleaded. 2. Whether the alleged objective condition as believed by the invading state was such as would justify a reasonable statesman in acting on it in the manner it was acted upon by the accused”.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p.123-131.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p.697. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] that each and everyone of the accused must be found not guilty of each and everyone of the charges in the indictment and should be acquitted of all [...] charges”.



pelos Estados não reflete o Direito Internacional atual, que permite o uso da força apenas nos casos de legítima defesa e autorização pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

As críticas ao Tribunal de Tóquio alicerçadas em seu caráter político possuem mérito, mas devem ser ponderadas com o devido cuidado. Isso porque, tribunais penais internacionais são instituições inerentemente políticas que operam num ambiente também político<sup>198</sup>. Não se trata de uma característica endêmica ao Tribunal de Tóquio.

Os fatos litigados perante cortes penais internacionais são normalmente complexos, controversos e dotados de expressiva comoção entre os atores envolvidos. O modo como estes fatos devem ser narrados e a determinação do seu significado são aspectos que os juízes internacionais naturalmente definem no decurso do processo ou em suas decisões finais e, para tanto, é inevitável que eles assumam, ao menos em parte, uma posição política<sup>199</sup>. No entanto, isso não significa que os procedimentos nestes tribunais sejam privados de juridicidade, já que estas determinações de caráter político são circunscritas pela moldura imposta por regras processuais e materiais em vigor<sup>200</sup>. Assim, tribunais penais internacionais devem ser considerados políticos não porque simplesmente refletem forças políticas ou carecem de fundamento jurídico, mas devido a dois motivos principais: (i) são um espaço no qual as prioridades do que deve ser julgado sob o olhar guardião da comunidade internacional, em prol da chamada justiça global, são definidas; e (ii) são um espaço onde, a partir de narrativas diversas para o mesmo fato, os juízes decidem qual delas será aceita (qual delas será “a” narrativa), o fazendo conforme os limites das regras jurídicas aplicáveis<sup>201</sup>.

Negar ou ignorar este inerente caráter político das cortes penais internacionais pode ter um perigoso efeito cegante acerca das limitações e desvantagens de natureza extrajurídica da justiça penal internacional<sup>202</sup>, tais

<sup>198</sup> NOUWEN, Sarah M. H. e WERNER, Wouter. “Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan”, *European Journal of International Law*, vol.21, no.4, p.941-965, 2000, p.964 [NOUWEN e WERNER]; HOON, Marieke de. “The ICC’s Al Mahdi case is (also) a political trial, and that’s fine!”, EJIL: Talk!, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.ejiltalk.org/the-icc-s-al-mahdi-case-is-also-a-political-trial-and-thats-fine/>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>199</sup> KOSKENNIEMI, Martti. “Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol.6, p.1-30, 2002, p.29-30.

<sup>200</sup> KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton: Princeton University Press, 1961, p.6.

<sup>201</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.571.

<sup>202</sup> NOUWEN e WERNER, nota *supra* 198, p.943.

como o seu papel na manutenção de desigualdades sistêmicas e estruturais; a sua incapacidade de lidar com as causas reais dos crimes sendo julgados; a sua incapacidade de evitar a sua própria instrumentalização por atores externos; a possibilidade de efeitos disruptivos nas sociedades em que estes tribunais intervêm; e a sua tendência de endossar narrativas simplistas e incapazes de refletir a complexidade do contexto no qual os crimes ocorreram<sup>203</sup>. Seria muito difícil aprimorar o sistema normativo e institucional existente sem primeiro admitir estes desafios, cuja efetiva e completa compreensão depende, em grande medida, do reconhecimento da natureza também política dos tribunais penais internacionais. Assim, a validade da prestação jurisdicional ofertada por estas cortes não é comprometida pelo simples fato delas serem instituições políticas, mas deve ser avaliada pelo nível de comprometimento com as regras e parâmetros jurídicos em vigor (o que inegavelmente foi uma deficiência do Tribunal de Tóquio) e pela qualidade da agenda política almejada<sup>204</sup>.

## 4.2. A Seletividade do Tribunal de Tóquio

As acusações de seletividade da justiça prestada em Tóquio também necessitam de devida análise e contextualização. É inquestionável que a não persecução dos crimes cometidos pelos Aliados, em especial os bombardeios atômicos de Hiroshima e Nagasaki pelos Estados Unidos; as intervenções do Comandante Supremo nos procedimentos; o próprio contexto de criação do Tribunal (logo depois da derrota do Japão, quando os seus nacionais ainda eram vistos como inimigos); e a inexistência de um juiz japonês no Tribunal colocam em dúvida a sua capacidade de julgar os réus com imparcialidade. Não estranhamente, ele é frequentemente acusado de consistir em mera justiça dos vencedores<sup>205</sup>.

A análise acerca da seletividade do Tribunal de Tóquio será dividida em três partes: (4.2.1) a identificação de três ausências relevantes no julgamento do Tribunal; (4.2.2) a opinião separada do Juiz Delfin Jaranilla;

<sup>203</sup> KREVER, Tor. “International Criminal Law: An Ideology Critique”, *Leiden Journal of International Law*, vol.26, no.3, p.701-723, 2013; STAHN, Carsten. *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p.423 [STAHN].

<sup>204</sup> SHKLAR, Judith. *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, p.149.

<sup>205</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.87; SIMPSON, Gerry. “Didactic and Dissident Histories in War Crimes Trials”, *Albany Law Review*, vol.60, p.801-839, 1997, p.805-806; BOAS, Gideon. *The Milošević Trial: Lessons for the Conduct of Complex International Criminal Proceedings*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p.36-37.

e (4.2.3) uma apreciação crítica das acusações de seletividade em face do Tribunal de Tóquio.

#### 4.2.1. Três Ausências Relevantes no Julgamento do Tribunal de Tóquio

Além da não persecução penal dos crimes cometidos pelos Aliados, certos delitos e criminosos japoneses relevantes não foram indiciados ou julgados pelo Tribunal de Tóquio. Abaixo serão analisadas três ausências importantes: (4.2.1.1) o Imperador Hirohito; (4.2.1.2) os membros da Unidade 731; e (4.2.1.3) os crimes relativos às “mulheres de conforto”.

##### 4.2.1.1. O Não Julgamento do Imperador Hirohito

Talvez a ausência mais notória no Tribunal de Tóquio tenha sido o Imperador Hirohito, que não foi sequer indiciado, não obstante a sua condição de Chefe de Estado e Comandante Supremo das Forças Armadas do Japão antes e durante a Segunda Guerra Mundial<sup>206</sup>. Além de Hirohito, nenhum outro membro da Família Imperial japonesa foi julgado<sup>207</sup>. O não indiciamento do Imperador se baseava no interesse de apaziguar a sociedade japonesa e facilitar a presença das forças estrangeiras (a maioria estadunidenses) no Japão<sup>208</sup>. Para tanto, a abdicação do Imperador nem foi exigida, de forma que ele se manteve na posição até a sua morte em 7 de janeiro de 1989.

Contudo, alguns dos Estados Aliados, especialmente a União Soviética, a Austrália e o Reino Unido, desejavam que Hirohito fosse incluído na lista de criminosos<sup>209</sup>. Joseph Keenan, o Procurador Chefe do Tribunal de Tóquio, também via com resistência a ideia de manter incólume a figura do Imperador e não o julgar<sup>210</sup>. Coube a MacArthur insistir no não indiciamento. Em suas memórias, o Comandante Supremo expressou o seu temor de que o julgamento, condenação e enforcamento do Imperador, figura importante na psique da sociedade japonesa, daria início a intensas guerrilhas contra

<sup>206</sup> TOTANI, nota *supra* 9, p.43.

<sup>207</sup> WERLE, nota *supra* 49, p.12.

<sup>208</sup> WANHONG, Zhang. “From Nuremberg to Tokyo: Some Reflections on the Tokyo Trial (on the Sixtieth Anniversary of the Nuremberg Trials)”, *Cardozo Law Review*, vol.27, no.4, p.1673-1692, 2006, p.1677.

<sup>209</sup> TOTANI, nota *supra* 9, p.52-62.

<sup>210</sup> CROWE, David. “The Tokyo and Nuremberg International Military Tribunal Trials: A Comparative Study”, p.31-60. In DITTRICH, LINGEN, OSTEN e MAKRAIOVÁ, nota *supra* 9, p.49 [CROWE].

a presença estadunidense no Japão, prolongando em demasia a ocupação e exigindo maior contingente militar no território japonês<sup>211</sup>. Além disso, MacArthur e Hirohito se encontraram pessoalmente em uma reunião em 22 de setembro de 1945, na qual, conforme narra MacArthur, o Imperador assumiu total responsabilidade pelas decisões políticas e militares tomadas durante a Guerra e declarou se ver unicamente como um monarca constitucional<sup>212</sup>. Qualquer dúvida existente no Comandante Supremo quanto à realização ou não do julgamento do Imperador foi dissipada nessa reunião, a partir da qual uma forte relação surgiu entre os dois<sup>213</sup>.

O Juiz Bernard Röling também defendeu a decisão de não julgar o Imperador. Segundo ele, Hirohito era um monarca constitucional e, enquanto tal, não tinha nenhum poder decisório. O seu papel se limitava a ser um “alto-falante” do governo japonês, obrigado a replicar a posição e as decisões tomadas pelo Primeiro-Ministro e seu gabinete. Na visão de Röling, o Imperador não tinha alternativa senão seguir as políticas governamentais, sob pena de ser assassinado e substituído por seu irmão, que possuía uma posição de maior deferência ao governo. Além disso, Röling também afirma que Hirohito teve um papel central na decisão de assinar a rendição do Japão, encerrando a guerra<sup>214</sup>.

Por outro lado, o não julgamento do Imperador foi criticado por outros membros do Tribunal. Em seu voto dissidente, o juiz francês, Henri Bernard, afirmou que Hirohito se tratava de “um autor principal [da Guerra no Pacífico] que escapou de todo processo e de quem, em qualquer caso, os presentes réus só poderiam ser considerados cúmplices”<sup>215</sup>. Ainda que seu voto não seja suficientemente explícito, Bernard parece indicar que a não inclusão de Hirohito na lista de acusados tornou todo o processo perante o Tribunal irremediavelmente nulo e que, portanto, seria impossível ou não aconselhável que ele realizasse qualquer juízo sobre a culpabilidade e a pena dos réus<sup>216</sup>. O trecho relevante de seu voto segue:

Os crimes mais abomináveis foram cometidos em grande escala pelos membros da polícia e da marinha japonesas que, no entanto, estimei poder dizer,

<sup>211</sup> MACARTHUR, Douglas. *Reminiscences*, Nova York: McGraw Hill, 1964, p.279-280.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p.287-288.

<sup>213</sup> CROWE, nota *supra* 210, p.47.

<sup>214</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.39-42.

<sup>215</sup> Opinião Dissidente do Juiz Bernard, nota *supra* 170, p.22. Tradução livre do original em inglês, que segue: “a principal author who escaped all prosecution and of whom in any case the present defendants could only be considered as accomplices.”

<sup>216</sup> COHEN e TOTANI, nota *supra* 9, p.400-401.

e acrescentarei que não tenho dúvidas de que certos réus têm grande parte da responsabilidade por eles, que outros se tornaram culpados de graves falhas nos deveres para com os prisioneiros de guerra e para com a humanidade. Não poderia me aventurar mais na formulação de vereditos, cuja exatidão estaria sujeita a cautela ou a sentenças, cuja equidade seria por demais contestável<sup>217</sup>.

David Cohen e Yuma Totani criticaram a posição do Juiz Bernard sob o argumento de ser juridicamente infundada<sup>218</sup>. Segundo eles, ao abster-se de decidir sobre a culpa ou inocência dos acusados com base no corpo probatório trazido ao processo, o magistrado francês falhou em seu dever fundamental enquanto juiz<sup>219</sup>. Cohen e Totani alegam que a aparente aversão profunda de Bernard à exclusão de Hirohito não justifica a invalidação de todo o processo perante o Tribunal ou a recusa do juiz francês de apresentar qualquer conclusão quanto à culpa dos acusados sem uma motivação juridicamente relevante para tanto<sup>220</sup>.

Uma posição mais moderada quanto ao não indiciamento do Imperador foi desenvolvida pelo Presidente William Webb em sua opinião concorrente. Sendo deferente à decisão dos Aliados e da Procuradoria de garantir imunidade a Hirohito, ele deixou claro que, na condição juiz do Tribunal, não tinha competência ou autoridade para sugerir que o Imperador fosse julgado. Contudo, ele alegou que, em respeito aos direitos dos acusados, a imunidade de Hirohito deveria ser levada em consideração na determinação das penas. Na visão de Webb, enquanto monarca do Império japonês, Hirohito teve um papel central na implementação da política de agressões no Pacífico pelo Japão. Assim, considerações de justiça exigem que o fato de o líder do empreendimento criminoso não ser julgado deve ser aplicado em benefício dos criminosos sob sua autoridade que efetivamente foram levados a julgamento<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> Opinião Dissidente do Juiz Bernard, nota *supra* 170, p.23. Tradução livre do original em inglês, que segue: “The most abominable crimes were committed on the largest scale by the members of the Japanese police and navy I esteemed I could say nevertheless, and I will add there is no doubt in my mind that certain Defendants bear a large part of the responsibility for them, that others rendered themselves guilty of serious failings in the duties towards the prisoners of war and towards humanity. I could not venture further in the formulation of verdicts, the exactitude of which would be subject to caution or to sentences, the equity of which would be far too contestable”.

<sup>218</sup> COHEN e TOTANI, nota *supra* 9, p.401.

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> *United States of America et al. v. Araki Sadao et al., Separate Opinion of the President Mr. Justice Webb, Member from Australia*, Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1948,

#### 4.2.1.2. O Não Julgamento dos Membros da Unidade 731

Além do tratamento especial do Imperador, o não julgamento dos membros da Unidade 731 também merece análise. O nome oficial da Unidade 731 era “Seção de Prevenção de Epidemias e Abastecimento de Água do Exército Kwantung”, sendo criada em agosto de 1936 pelo Exército Imperial Japonês. A sua designação oficial constituía uma mera fachada para um propósito mais sinistro: o desenvolvimento de armas biológicas, incluindo a realização de experimentos em humanos, especialmente prisioneiros de guerra, para testar tais armas e realizar outras pesquisas<sup>222</sup>.

O caráter brutal e metódico dos experimentos realizados pela Unidade 731 é marcante, entre os quais incluíam deliberadamente contaminar prisioneiros com doenças infecciosas, tais como antraz, cólera, disenteria, tétano, tuberculose, tifoide, entre várias outras; trancafiar prisioneiros infectados e saudáveis juntos a fim de se precisar a velocidade de dispersão de infecções na população; prisioneiros eram trancados em câmaras de pressão para determinar o quanto o corpo humano pode suportar antes que os olhos saltem das órbitas; dissecações sem anestesia eram feitas em prisioneiros ainda vivos a fim de investigar os efeitos de certas doenças nos órgãos internos; bombas biológicas em teste eram lançadas contra cobaias humanas; prisioneiros foram expostos a baixas temperaturas até que seus membros congelassem com o objetivo de determinar o melhor tratamento para congelamento de tecidos; prisioneiros vivos eram utilizados como cobaias no treinamento de cirurgiões; etc<sup>223</sup>. Além dos experimentos, oficiais da Unidade 731 auxiliaram o Exército Imperial a contaminar rios e fontes d’água na China e a disseminar doenças infecciosas em cidades chineses, uma tática que se mostrou ineficaz, já que soldados japoneses também foram contaminados<sup>224</sup>.

Nenhum membro da Unidade 731 foi sequer indiciado pelo Tribunal de Tóquio por motivações políticas. Os Estados Unidos secretamente garantiram imunidade a todos os membros da Unidade, incluindo ao seu Diretor, o microbiologista Shirō Ishii, com duas finalidades principais: (a)

---

p.18-20. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/1db870/pdf/>>. Acesso em: 07/10/20 [Opinião Separada do Presidente Webb].

<sup>222</sup> KEI-ICHI, Tsuneishi. “Reasons for the Failure to Prosecute Unit 731 and its Significance”, p.177-205. In TANAKA, McCORMACK e SIMPSON, nota *supra* 9, p.183-190 [KEI-ICHI].

<sup>223</sup> KRISTOF, Nicholas. “Unmasking Horror -- A special report.; Japan Confronting Gruesome War Atrocity”, *The Nova York Times*, 17 de março de 1995. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1995/03/17/world/unmasking-horror-a-special-report-japan-confronting-gruesome-war-atrocity.html>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>224</sup> *Ibid.*

motivar os especialistas japoneses a fornecer aos cientistas estadunidenses todas as informações sobre os experimentos realizados pela Unidade 731, a fim de serem empregadas no programa de guerra biológica dos próprios Estados Unidos; e (b) impedir que a União Soviética tivesse acesso a tais informações<sup>225</sup>. O caráter secreto da imunidade criminal garantida pelos Estados Unidos fica evidente no fato dela não ter sido reconhecida ou acordada em nenhum documento escrito<sup>226</sup>.

Relevante destacar que a imunidade foi garantida apenas pelo governo estadunidense. Diante disso, em dezembro de 1949, a União Soviética julgou doze oficiais japoneses pela fabricação e uso de armas biológicas durante a Segunda Guerra Mundial, entre os quais figuravam membros da Unidade 731. O processo ficou conhecido como Julgamentos de Khabarovsk, em referência a cidade russa onde ele ocorreu<sup>227</sup>.

#### 4.2.1.3. O Não Julgamento dos Responsáveis pelas “Mulheres de Conforto” (“Comfort Women”)

O terceiro elemento “esquecido” pelo Tribunal de Tóquio, que pode ser indicado para evidenciar a sua seletividade, foi o não julgamento dos crimes relativos às “mulheres de conforto” (“*comfort women*”)<sup>228</sup>. O conceito se refere a mulheres e meninas forçadas à escravidão sexual pelo Exército Imperial Japonês em territórios ocupados, especialmente Coreia, China e Filipinas, antes e durante a Segunda Guerra Mundial. Muitas vítimas foram coercitivamente abduzidas e deportadas pelo Japão para outros Estados estrangeiros sob ocupação japonesa, onde serviriam em “estações de conforto” militares, sendo constantemente estupradas.

A violência contra as mulheres na Segunda Guerra Mundial não foi esquecida por completo pelo Tribunal de Tóquio. Alguns réus foram condenados pelo notório Estupro de Nanquim, no qual, segundo o julgamento, aproximadamente 20.000 mulheres foram vítimas de estupro por tropas japonesas na cidade chinesa de Nanquim apenas no primeiro mês da ocupação<sup>229</sup>. Apesar desse relevante marco pelo Tribunal, nenhum réu foi sequer

<sup>225</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.47-48; HARRIS, Sheldon. *Factories of Death: Japanese Biological Warfare 1932–45 and the American Cover-up*, Londres/Nova York; Routledge, 2002, p.209-213 [HARRIS].

<sup>226</sup> KEI-ICHI, nota *supra* 222, p.205.

<sup>227</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.49-50; HARRIS, nota *supra* 225, p.226-230.

<sup>228</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.64.

<sup>229</sup> *International Military Tribunal for the Far East, judgment of 12 November 1948*, p.49.606. Disponível em: <[https://crimeofaggression.info/documents/6/1948\\_Tokyo\\_Judgment.pdf](https://crimeofaggression.info/documents/6/1948_Tokyo_Judgment.pdf)>. Acesso em: 07/10/20.

indiciado pelas “mulheres de conforto”. A ausência se torna especialmente marcante ao considerar-se que os Aliados tiveram acesso a evidências sobre o tratamento brutal destas mulheres<sup>230</sup>. Além disso, o indiciamento dos responsáveis por estes crimes, especialmente os oficiais de alta patente que idealizaram o programa de “estações de conforto”, seria possível como os crimes contra a humanidade de escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra civis, nos termos do artigo 5º(c) da Carta do Tribunal de Tóquio<sup>231</sup>.

Enquanto a exclusão do Imperador Hirohito e dos membros da Unidade 731 teve uma clara motivação política estratégica, as razões para o silêncio do Tribunal de Tóquio quanto às “mulheres de conforto” são mais especulativas. Como afirma Ustinia Dolgopol:

É impossível, a esta distância no tempo, compreender completamente por que os procuradores se mantiveram alheios às implicações das informações que eles possuíam [sobre as “mulheres de conforto”]. Tudo o que podemos dizer é que uma falta de imaginação intelectual e, presumivelmente, uma falta de compreensão dos efeitos da guerra sobre as mulheres fizeram com que os procuradores não atribuíssem a esses eventos a significação que mereciam. Consequentemente, eles não incluíram uma acusação abrangente de “prostituição forçada” no Tribunal de Tóquio<sup>232</sup>.

Apesar disso, nos últimos anos especialistas têm desenvolvido um relevante corpo de trabalhos doutrinários a fim de resgatar o sofrimento de mulheres na Ásia durante a Guerra, bem como elucidar as implicações político-jurídicas do silêncio do Tribunal de Tóquio<sup>233</sup>.

<sup>230</sup> DOLGOPOL, Ustinia. “Knowledge and Responsibility: The Ongoing Consequences of Failing to Give Sufficient Attention to the Crimes against the Comfort Women in the Tokyo Trial”, p.243-262. In TANAKA, McCORMACK e SIMPSON, nota *supra* 9, p.252-254.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p.254-255.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p.254. Tradução livre do original em inglês, que segue: “It is impossible at this distance in time to comprehend fully why the prosecutors were oblivious to the implications of the information they possessed. All we can say is that some failure of intellectual imagination and, presumably, a lack of comprehension of the effects of the war on women, meant that the prosecutors did not attach the significance to these events that they deserved. Consequently they did not include an overarching charge of ‘enforced prostitution’ at the Tokyo Tribunal”.

<sup>233</sup> *Ibid.*; PICART, nota *supra* 156; HENRY, Nicola. “Silence as Collective Memory: Sexual Violence and the Tokyo Trial”, p.263-283. In TANAKA, McCORMACK e SIMPSON, nota *supra* 9; DURHAM, Helen e MORRIS, Narrelle. “Women’s Bodies and International Criminal Law: From Tokyo to Rabaul”, p.283-290. In TANAKA, McCORMACK e SIMPSON, nota *supra* 9; DOLGOPOL, Tina. “The Judgment of the Tokyo Women’s Tribunal”, *Alternative Law Journal*, vol.28, no.5, p.242-249, 2013; HENRY, Nicola. “Memory of an Injustice: The ‘Comfort



#### 4.2.2. A Opinião Separada do Juiz Delfin Jaranilla

O juiz filipino no Tribunal de Tóquio, Delfin Jaranilla, enfrentou, em sua opinião separada, as acusações de imparcialidade e justiça dos vencedores. Ele destacou que o Tribunal foi criado pelo Comandando Supremo a partir da Declaração de Potsdam e, em especial, do Instrumento de Rendição, ao qual o Japão inequivocadamente expressou seu consentimento. Assim, não caberia aos oficiais japoneses, agora na condição de réus perante o Tribunal, questionar a validade do Instrumento de Rendição aderido pelo Japão. Além disso, baseando-se nos trabalhos doutrinários de Lassa Oppenheim e William Edward Hall, Jaranilla argumentou que o Direito Internacional à época autorizava o Estado vencedor em um conflito a unilateralmente criar comissões ou cortes militares para julgar os crimes cometidos pelos nacionais do Estado derrotado. Segundo ele, nenhuma norma internacional ou doméstica obrigava o Estado vencedor a nomear nacionais do Estado inimigo vencido como membros dessas comissões ou cortes<sup>234</sup>. Assim, na visão de Jaranilla, a criação do Tribunal de Tóquio como uma corte internacional, composta por membros de várias nacionalidades, foi uma liberalidade pelo Comandando Supremo, indo muito além do estritamente exigido pelo Direito Internacional vigente<sup>235</sup>.

O juiz filipino também defendeu a legalidade do uso das armas atômicas pelos Estados Unidos, argumentando que todo Estado possui o direito de produzir e utilizar qualquer tipo de armamento para derrotar o inimigo. Ele indicou que o Japão também desenvolveu armas que seriam lançadas

---

Women' and the Legacy of the Tokyo Trial", *Asian Studies Review*, vol.37, no.3, p.362-380, 2013; WITT, Kathryn. "Comfort Women: The 1946-1948 Tokyo War Crimes Trial and Historical Blindness", *Great Lakes Journal of Undergraduate History*, vol.4, no.1, p.17-34, 2016; MATTHEWS, Heidi. "Redeeming Rape: Berlin 1945 and the Making of Modern International Criminal Law", p.91-109. In TALLGREN, Immi e SKOUTERIS, Thomas (eds.). *The New Histories of International Criminal Law: Retrials*, Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>234</sup> *United States of America et al. v. Araki Sadao et al., Concurring Opinion of Honorable Mr. Justice Delfin Jaranilla, Member from the Republic of the Philippines*, Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, 1948, p.13-19. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/67f7b0/pdf/>>. Acesso em: 07/10/20 [Opinião Separada do Juiz Jaranilla].

<sup>235</sup> *Ibid.*, p.15. Em um trecho relevante o Juiz Jaranilla afirma: "The Supreme Commander of the Allied Powers could have followed this same procedure, but in order to afford the top A war criminals suspects of Japan the greatest measure of a fair and impartial trial, he created, not a one-nation military commission, but an eleven-nation International Tribunal, appointed qualified and impartial members from their respective nations, and provided the Tribunal with a charter that has assured the application of democratic practices and guarantees as enjoyed by the foremost nations of the world".

com balões sobre cidades estadunidenses (apesar de efetivamente produzidas, essas armas nunca foram empregadas). Alegou que as bombas atômicas foram lançadas quando o Japão, apesar de enfraquecido, ainda não havia se rendido e ainda controlava grande parte do Extremo Oriente. Assim, adotando uma abordagem utilitarista, ele concluiu que o uso das bombas atômicas foi um meio para um fim: ao garantir o rápido desfecho da guerra, a morte de milhares de homens, mulheres e crianças inocentes foi evitada<sup>236</sup>. É relevante destacar que essa abordagem utilitarista, bem a plena liberdade das partes beligerantes para escolher as armas a serem utilizadas nas hostilidades, tal como defendido pelo Juiz Jaranilla, não necessariamente encontra fundamento no Direito Internacional Humanitário atual.

O Juiz Jaranilla também questionou a competência do Juiz Pal para contestar a validade do Tribunal em sua opinião dissidente. Segundo ele, ao aceitar a nomeação pelo Comandante Supremo como juízes, os membros do Tribunal assumiram a obrigação de respeitar e implementar a Carta do Tribunal, ainda que, a nível pessoal ou acadêmico, discordavam da sua validade ou de seu conteúdo. Assim, na visão de Jaranilla, a opinião dissidente do Juiz Pal, na qual se opôs ao Tribunal como um todo, constituiu um ato *ultra vires*. Também argumentou que caso a Carta fosse nula *ab initio*, a própria atuação dos juízes enquanto tais também seria inválida, já que a nomeação deles tem a Carta do Tribunal como fundamento jurídico<sup>237</sup>.

#### 4.2.3. Uma Análise Crítica das Acusações de Seletividade pelo Tribunal de Tóquio

Como defende Cherif Bassiouni, ainda que as acusações em face do Tribunal de Tóquio de ter administrado uma justiça unilateral e seletiva possam ter mérito, esse truísmo não nega o fato de que o julgamento ainda assim pode ser justificado, especialmente ante a brutalidade e o caráter flagrante das violações cometidas pelos japoneses<sup>238</sup>. O fato de que apenas alguns poucos processos ocorreram em relação aos crimes cometidos pelos Aliados, todos eles nas cortes internas desses próprios Estados, não diminui ou suprime a validade jurídica da persecução penal realizada em Tóquio<sup>239</sup>.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p.24-27.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p.28-32.

<sup>238</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.719.

<sup>239</sup> *Ibid.*

Além disso, é necessário contextualizar as críticas baseadas na seletividade do Tribunal de Tóquio. Primeiramente, tais críticas não são específicas desse Tribunal, mas são recorrentes na história do Direito Penal Internacional. Assim como a Corte de Tóquio, o Tribunal Penal Internacional foi criticado por não ter incluído acusações sobre crimes sexuais no caso *Procurador v. Lubanga*<sup>240</sup>. Argumentos baseados em justiça dos vencedores também podem ser construídos em desfavor dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e para a ex-Iugoslávia, já que não julgaram, respectivamente, nenhum dos crimes de guerra cometidos pelos tutsis no conflito armado durante o genocídio de 1994<sup>241</sup> e nenhum dos oficiais da OTAN que alegadamente cometeram crimes de guerra no contexto dos bombardeios de 1999 contra a Sérvia<sup>242</sup>.

Em segundo lugar, é necessário ter em mente que não é a função dos tribunais penais internacionais julgar todo e qualquer crime que se encontre sob sua jurisdição, já que tais cortes não possuem recursos financeiros e institucionais para tanto. Tribunais internacionais não operam como cortes internas, nas quais é devidamente esperada a persecução penal de todos os crimes cometidos<sup>243</sup>. Almejar ou demandar o mesmo nível de exigência em face das jurisdições internacionais é uma pretensão infundada que ignora os limites da realidade. Assim, a seletividade seria melhor analisada se tratada não como um problema, mas como uma característica inevitável e até mesmo necessária da justiça criminal internacional. Sob

<sup>240</sup> CHAPPELL, Louise. “The gender injustice cascade: ‘transformative’ reparations for victims of sexual and gender-based crimes in the Lubanga case at the International Criminal Court”, *International Journal of Human Rights*, vol.21, no.9, p.1223-1242, 2017; SÁCOUTO, Susana e CLEARY, Katherine. “The Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol.17, no.2, p.229-359, 2009, p.342-343; HELLER, Kevin Jon. “A Problematic Take on the Lubanga Trial”, *Opinio Juris*, 17 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://opiniojuris.org/2018/01/17/a-revisionist-take-on-the-lubanga-trial/>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>241</sup> PESKIN, Victor. “Beyond Victor’s Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda”, *Journal of Human Rights*, vol.4, no.2, p.213-231, 2005, p.222-227.

<sup>242</sup> BENVENUTI, Paolo. “The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia”, *European Journal of International Law*, vol.12, no.3, p.503-530, 2001; LAURSEN, Andreas. “NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation”, *American University International Law Review*, vol.17, no.4, p.765-814, 2002; COLANGELO, Anthony. “Manipulating International Criminal Procedure: The Decision of the ICTY Office of the Independent Prosecutor Not to Investigate NATO Bombing in the Former Yugoslavia”, *Northwestern University Law Review*, vol.97, no.3, p.1393-1436, 2002.

<sup>243</sup> COMBS, Nancy. “Rehabilitating Charge Bargaining”, *Indiana Law Journal*, vol.96, 2021 (no prelo), p.23-27.

este ângulo, a melhor lição a ser extraída do julgamento de Tóquio não é a necessidade de se evitar a seletividade em si, mas a obrigação de se estabelecer critérios objetivos e claros para a seleção dos réus e crimes a serem julgados. A inexistência de tais critérios pode resultar em decisões arbitrárias e inconsistentes entre si no processo de escolha de acusados e delitos, prejudicando a legitimidade e a credibilidade do tribunal internacional em questão, tal como ocorrido com o Tribunal de Tóquio. Nesse sentido, nota-se crescente corpo doutrinário voltado a especificar e analisar criticamente as regras e procedimentos para a seleção de casos pelo Procurador do Tribunal Penal Internacional<sup>244</sup>.

## 5. O LEGADO DO TRIBUNAL DE TÓQUIO

Ainda que o Japão tenha aceitado expressamente o julgamento do Tribunal de Tóquio por meio do Tratado de Paz de São Francisco (1951)<sup>245</sup>, ele foi ainda mais exposto a críticas do que o Tribunal de Nuremberg<sup>246</sup>. Como anteriormente exposto, o Tribunal de Tóquio, diferente de seu par na Alemanha, foi criticado até mesmo a partir de dentro<sup>247</sup>. Nenhum dos juízes em Nuremberg contestou o Tribunal, sendo que apenas o membro soviético, Iona Nikitchenko, discordou do julgamento final, pois, segundo Nikitchenko, o julgado não tinha sido rigoroso o suficiente<sup>248</sup>. Replicando a posição de Stalin, ele acreditava que todos os réus deveriam ter sido declarados culpados e Rudolf Hess (que foi condenado à prisão perpétua) deveria ter sido sentenciado à morte<sup>249</sup>. Em Tóquio, ao contrário, os juízes não economizaram críticas ao Tribunal. Nove dos onze juízes assinaram a decisão majoritária, mas dois juízes apresentaram opiniões separadas (o Presidente William Webb<sup>250</sup> e Delfin Jaranilla<sup>251</sup>) e três apensaram votos dissidentes

<sup>244</sup> DEGUZMAN, Margaret. “Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court”, *Michigan Journal of International Law*, vol.33, no.2, p.265-320, 2012; KOTECHA, Birju. “The International Criminal Court’s Selectivity and Procedural Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.18, p.107-139, 2020.

<sup>245</sup> *Treaty of Peace with Japan (“San Francisco Peace Treaty”)*, São Francisco, 8 de setembro de 1951, art.11. Disponível em: <<http://www.taiwandocuments.org/sanfrancisco01.htm>>. Acesso em: 07/10/20.

<sup>246</sup> SAYAPIN, nota *supra* 65, p.43.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>248</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.40; GROSS, nota *supra* 118, p.14.

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> Opinião Separada do Presidente Webb, nota *supra* 221.

<sup>251</sup> Opinião Separada do Juiz Jaranilla, nota *supra* 234.

(Radhabinod Pal<sup>252</sup>, Bert Röling<sup>253</sup> e Henri Bernard<sup>254</sup>). O mais crítico deles foi definitivamente o Juiz Pal, cuja opinião contém 1.235 páginas<sup>255</sup>, sendo maior do que o próprio julgamento, que tem 1.218 páginas<sup>256</sup>. De fato, quando o Tribunal ainda era composto por apenas nove juízes, foi acordado entre eles que apenas uma decisão majoritária seria produzida, sem a possibilidade de os juízes apresentarem opiniões dissidentes individuais<sup>257</sup>. Essa decisão foi revogada quando Pal foi posteriormente acrescentado ao Tribunal e demonstrou, desde o início, a sua intenção de inocentar todos os acusados, motivado por um forte espírito anticolonialista europeu<sup>258</sup>.

Embora os tribunais de Nuremberg e de Tóquio tenham sido ambos acusados de graves violações ao devido processo legal, aquelas cometidas em Tóquio são consideradas mais flagrantes e sérias do que as de Nuremberg<sup>259</sup>. Diante disso, os abusos processuais ocorridos em Nuremberg, apesar de amplamente denunciados e debatidos, parecem não ter prejudicado gravemente a sua imagem e credibilidade. O mesmo não ocorreu com o Tribunal de Tóquio, cujo julgamento foi ignorado por décadas tanto por acadêmicos quanto por cortes<sup>260</sup>. Como resumido por Robert Cryer, “[...] os tribunais de Nuremberg e Tóquio se relacionam da mesma maneira que Dorian Gray se relacionava com o seu retrato”<sup>261</sup>. Bernard Röling até mesmo especulou sobre a existência de uma intenção pelos Aliados de evitar que o Tribunal de Tóquio e seu julgamento se tornassem notoriamente conhecidos<sup>262</sup>. De fato, apenas nas últimas duas décadas, doutrinadores se voltaram ao estudo aprofundado do Tribunal asiático.

No entanto, a relevância jurídica do Tribunal de Tóquio, apesar de seus inegáveis defeitos, não pode ser ignorada<sup>263</sup>. Em conjunto com o Tribunal de Nuremberg, Tóquio revelou a necessidade urgente de regras claras que

<sup>252</sup> Opinião Dissidente do Juiz Pal, nota *supra* 143.

<sup>253</sup> Opinião Dissidente do Juiz Röling, nota *supra* 170.

<sup>254</sup> Opinião Dissidente do Juiz Bernard, nota *supra* 170.

<sup>255</sup> PICART, nota *supra* 156, p.12; SELLARS, nota *supra* 102, p.1095-1096.

<sup>256</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.44.

<sup>257</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.28-29.

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.46.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p.46-47; SELLARS, nota *supra* 102, p.1092; FUTAMURA, nota *supra* 2, p.8-11; KAUFMAN, Zachary. “The Nuremberg Tribunal v. the Tokyo Tribunal: Designs, Staffs, and Operations”, *The John Marshall Law Review*, vol.43, no.3, p.753-768, 2010, p.753-754.

<sup>261</sup> CRYER, nota *supra* 14, p.46. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] the Nuremberg and Tokyo [tribunais] are related in the manner that Dorian Gray was to his painting”.

<sup>262</sup> RÖLING e CASSESE, nota *supra* 5, p.81.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p.89-91.

definam os crimes internacionais e as condições e parâmetros para a realização de julgamentos. Isso desencadeou um movimento global voltado ao desenvolvimento e sofisticação do Direito Penal Internacional por meio da adoção de tratados e da criação de uma jurisdição criminal internacional. Como resultado, atualmente existem mais de 300 tratados com temas penais, cobrindo uma grande variedade de tópicos, desde a destruição de cabos submarinos até crimes de guerra, tortura, genocídio e apartheid<sup>264</sup>. Além disso, os princípios basilares instituídos em Nuremberg e Tóquio foram incluídos nos estatutos de futuros tribunais criminais internacionais e híbridos. Pode-se citar, por exemplo, a irrelevância da qualidade oficial do acusado<sup>265</sup>; a criminalização de crimes contra a humanidade e crimes de guerra<sup>266</sup>; e a obrigação de proteger os direitos do acusado<sup>267</sup>. Além disso, o julgamento de Tóquio foi citado (ainda que menos frequentemente do que o de Nuremberg) em decisões de outros tribunais penais internacionais, especialmente para fundamentar a doutrina da responsabilidade dos comandantes e sua aplicação a líderes civis<sup>268</sup>.

O efeito paradigmático e transformativo dos julgamentos de Nuremberg e Tóquio foi caracterizado por Gerry Simpson pelo termo “Tokyo-berg”. Segundo ele,

<sup>264</sup> BASSIOUNI, Cherif. *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Cambridge: Transnational Publishers, 1997.

<sup>265</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998, art.27; Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, 1993, art.7º(2); Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, 1994, art.6º(2); Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, 2002, art.6º(2); Lei para o Estabelecimento das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, conforme emendas promulgadas em 2004, art.29(2); Lei das Câmaras e do Ministério Público Especializados, 2015, art.16(1)(b).

<sup>266</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998, arts.7º-8º; Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, 1993, arts.2º, 3º e 5º; Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, 1994, art.3º-4º; Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, 2002, art.2º-4º; Lei para o Estabelecimento das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, conforme emendas promulgadas em 2004, arts.5º-6º; Lei das Câmaras e do Ministério Público Especializados, 2015, arts.13-14.

<sup>267</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998, art.67; Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, 1993, art.21; Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, 1994, art.20; Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, 2002, art.17; Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano, 2007, art.16; Lei para o Estabelecimento das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, conforme emendas promulgadas em 2004, art.33; Lei das Câmaras e do Ministério Público Especializados, 2015, art.21.

<sup>268</sup> BOISTER e CRYER, nota *supra* 9, p.303-308; *Prosecutor v. Mucić et al.* (“*Čelebići Camp*”), Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, Câmara de Julgamento em Primeira Instância, Caso no. IT-96-21-T, 16 de novembro de 1998, paras.357-358; *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Tribunal Penal Internacional de Ruanda, Câmara de Julgamento em Primeira Instância, Caso no. ICTR-96-4-T, 2 de setembro de 1998, para.490.

[...] esses dois julgamentos podem ser entendidos como um único evento no qual uma série de revoluções ocorreram na forma como entendemos e articulamos o mundo da diplomacia jurídica internacional (por exemplo, o surgimento da responsabilidade individual, a criminalização de guerra, a invenção de crimes contra a humanidade)<sup>269</sup>.

Em conclusão, o legado jurídico do Tribunal de Tóquio é incontroverso. Apesar de ter encerrado as suas atividades há aproximadamente setenta anos, o Tribunal e seu julgamento são importantes alicerces para a atualidade e para o futuro. Em conjunto com Nuremberg, ele foi o ponto de partida para um valor central que ainda hoje ecoa em todo o sistema de justiça penal internacional: ninguém está acima da lei. O Tribunal de Tóquio nos lembra que não pode haver impunidade para crimes internacionais, independentemente da posição oficial ou nacionalidade dos autores. Ao mesmo tempo, à luz de seus (muitos) defeitos e deficiências, o Tribunal consiste em um duradouro lembrete da necessidade constante de se fortalecer e aprimorar as normas, instituições e procedimentos penais internacionais.

## CONCLUSÃO

Em certa medida, a história do Tribunal de Tóquio, com seus sucessos e fracassos, é uma metáfora da própria justiça internacional: o Tribunal foi instituído a partir de uma forte ambição e do idealismo moral de seus fundadores, inspirados pelo suposto poder transformador da justiça e no ideal de uma ordem pública internacional comum a toda a civilização humana<sup>270</sup>. Contudo, esse otimismo logo esbarrou na incerteza, imprevisibilidade e interesses inerentes da sociedade internacional, tornando evidente as deficiências do Tribunal para resistir e não ser capturado por tais elementos. Assim, o otimismo foi substituído por críticas, desconfiança e dúvida<sup>271</sup>.

Como definido por Joseph Powderly, o Direito Penal Internacional parece existir em “uma era de crise perpétua”<sup>272</sup>. Nesse sentido, o idealismo

<sup>269</sup> SIMPSON, Gerry. “Opening Reflections: Tokyoberg”, p.17-28. In DITTRICH, LINGEN, OSTEN e MAKRAIOVÁ, nota *supra* 9, p.17. Tradução livre do original em inglês, que segue: “[...] these two trials can be understood as a single event in which a number of revolutions occurred in the way we understand, and articulate, the world of international legal diplomacy (for example, the emergence of individual responsibility, the criminalization of war, the invention of crimes against humanity)”.

<sup>270</sup> STAHN, nota *supra* 203, p.412.

<sup>271</sup> POWDERLY, Joseph. “International criminal justice in an age of perpetual crisis”, *Leiden Journal of International Law*, vol.32, p.1–11, 2019, p.2.

<sup>272</sup> *Ibid.*

em relação aos tribunais criminais internacionais parece ter diminuído nos últimos anos<sup>273</sup>. Apelos por maior modéstia são frequentes<sup>274</sup>, e cada vez mais enfoque é dado a mecanismos alternativos de responsabilização individual<sup>275</sup> e a julgamentos por instituições regionais ou nacionais<sup>276</sup>. No entanto, instituições criminais internacionais tradicionais, em especial o Tribunal Penal Internacional, não se tornarão irrelevantes ou obsoletas. Muito provavelmente, seu papel se adaptará a um cenário ainda mais diversificado de atores que lidam com a perseguição de crimes internacionais.

À luz dessa encruzilhada em que o Direito Penal Internacional se encontra, a relevância jurídica do Tribunal de Tóquio e dos princípios basilares por ele instituídos se torna ainda mais evidente. Em sua busca por diferentes abordagens e melhorias no processo de responsabilização dos que cometeram crimes internacionais, acadêmicos, diplomatas e autoridades políticas não podem permitir o enfraquecimento ou desmantelamento das significativas conquistas alcançadas no nível internacional no tocante à luta contra a impunidade pelos crimes mais graves. A diversificação de caminhos

<sup>273</sup> AKHAVAN, Payam. “The Rise, and Fall, and Rise, of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.11, no.3, p.527-536, 2013, p.529-531.

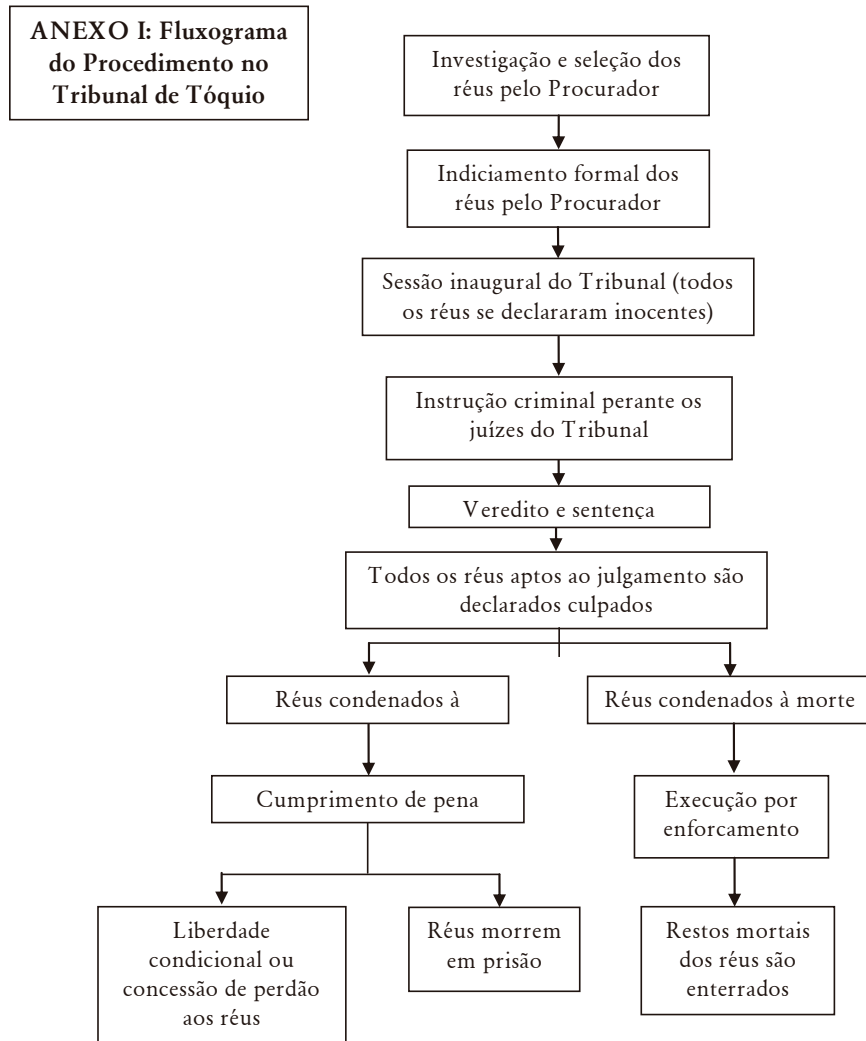
<sup>274</sup> STAHN, Carsten. “*Daedalus or Icarus?* Footprints of International Criminal Justice Over a Quarter of a Century”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol.77, p.371-408, 2017, p.407.

<sup>275</sup> BARBOUR, Stephanie. “Supporting Accountability for Sexual Violence in the Syria and Iraq Conflicts: Innovations, Good Practices, and Lessons Learned through Private Criminal Investigations”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.18, no.2, p.397-423, 2020; WENAWESER, Christian & COCKAYNE, James. “Justice for Syria? The International, Impartial and Independent Mechanism and the Emergence of the UN General Assembly in the Realm of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.15, no.2, p.211-230, 2017; MINOW, Martha. “Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law? Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court”, *Harvard International Law Journal*, vol.60, no.1, p.1-45, 2019; SOSSAI, Mirko. “Identifying the Perpetrators of Chemical Attacks in Syria: The Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons as Part of the Fight Against Impunity?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.17, no.2, p.211-227y, 2019.

<sup>276</sup> COCO, Antonio. “The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity: Preliminary Remarks on Draft Articles 7, 8, 9 and 11 by the International Law Commission”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.16, no.4, p.751-774, 2018, p.752; GUILFOYLE, Douglas. “Prosecuting Somali Pirates: A Critical Evaluation of the Options”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.10, no.4, p.767-796, 2012, p.778; BURKE-WHITE, William. “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, *Harvard International Law Journal*, vol.49, no.1, p.53-108, 2008, p.67-68; BURKE-WHITE, William. “A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement”, *Michigan Journal of International Law*, vol.24, no.1, p.1-101, 2002, p.3; TURNER, Jenia Iontcheva. “Nationalizing International Criminal Law”, *Stanford Journal of International Law*, vol.41, p.1-51, 2005, p.30.



para alcançar o fim da impunidade pode e deve buscar referências na experiência penal em Tóquio, até mesmo para não repetir os mesmos erros. Visto que o Direito Penal Internacional parece caminhar para um futuro ainda mais descentralizado, a existência de princípios básicos e centrais para garantir um nível mínimo de previsibilidade e consistência é de fundamental importância. O Tribunal de Tóquio e o seu julgamento, apesar dos inegáveis defeitos e deficiências, podem ser um excelente ponto de partida para a identificação destes princípios basilares.



**ANEXO II:  
LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E  
FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL DE TÓQUIO<sup>277</sup>**

**18 de setembro de 1931** – O Japão invade e ocupa a Manchúria, no nordeste da China, imediatamente após o Incidente de Mukden, uma explosão orquestrada pelo Exército japonês em uma ferrovia pertencente ao Japão na China, a fim de justificar a invasão.

**1932** – O Japão cria o “Estado fantoche” (*“puppet state”*) de Manchukuo na área ocupada por tropas japonesas no nordeste da China.

**13 de dezembro de 1937 a janeiro de 1938** – Ocorre o Estupro de Nanquim, uma série de homicídios e estupros em massa cometidos pelo Exército Imperial Japonês contra a população civil da cidade chinesa de Nanquim durante a Segunda Guerra Sino-Japonesa.

**7 de dezembro de 1941** – Pouco antes das 08:00 da manhã, em um domingo, o Serviço Aéreo da Marinha Imperial Japonesa realiza um ataque surpresa contra a base naval de Pearl Harbor, no Havaí. Os Estados Unidos eram um Estado neutro na Segunda Guerra Mundial neste período.

**26 de novembro de 1943** – China, Reino Unido e Estados Unidos assinam a Declaração do Cairo, na qual atestam que estão travando a Segunda Guerra Mundial “para conter e punir a agressão do Japão”.

**10 de maio de 1944** – A Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas cria a Subcomissão do Extremo Oriente e do Pacífico para investigar os crimes cometidos pelos japoneses.

**8 de maio de 1945** – Os Aliados formalmente aceitam a rendição incondicional da Alemanha, marcando o fim da Segunda Guerra Mundial na Europa.

**26 de julho de 1945** – Na Conferência de Potsdam, na Alemanha, os Aliados adotam a Proclamação Definindo os Termos da Rendição Japonesa, conhecida como Declaração de Potsdam. Além de listar as condições para a rendição imediata do Japão, ameaçando-o com “destruição imediata e total” caso se recusasse a se render, a Declaração expressamente afirmava que todos os criminosos de guerra japoneses seriam julgados.

**6 de agosto de 1945** – Os Estados Unidos lançam uma bomba atômica sobre a cidade de Hiroshima, no Japão.

<sup>277</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.

**9 de agosto de 1945** - Os Estados Unidos lançam uma bomba atômica sobre a cidade de Nagasaki, no Japão.

**21 de agosto de 1945** - A fim de garantir maior participação internacional na ocupação do Japão, os Estados Unidos propõem aos Aliados a criação da Comissão Consultiva do Extremo Oriente (*"Far Eastern Advisory Commission"*). A Comissão é criada e composta pelo Reino Unido, China, Austrália, Canadá, Nova Zelândia e França.

**2 de setembro de 1945** - O Instrumento Japonês de Rendição é assinado a bordo do USS Missouri, na Baía de Tóquio, formalmente encerrando a Segunda Guerra Mundial. O documento não menciona o julgamento dos criminosos japoneses, mas afirma que o Japão deveria cumprir a Declaração de Potsdam e reconhece o Comandante Supremo das Potências Aliadas, o General estadunidense Douglas MacArthur, como a autoridade máxima no Japão.

**6 de setembro de 1945** - O governo dos Estados Unidos adota a *"US Initial Post-Defeat Policy Relating to Japan"*, reafirmando a necessidade do julgamento dos criminosos japoneses.

**12 de setembro de 1945** - O governo dos Estados Unidos adota a *"Directive on the Identification, Apprehension and Trial of Persons Suspected of War Crimes"*, instruindo o Comandante Supremo das Potências Aliadas, Douglas MacArthur, a identificar, investigar, apreender e deter os criminosos japoneses. A Diretiva também autorizou MacArthur a criar um tribunal penal internacional, mas determinou que nenhuma medida deveria ser tomada em relação ao Imperador Hirohito.

**27 de dezembro de 1945** - É adotado o Comunicado Soviético-Anglo-Americano (*"Soviet-Anglo-American Communique"*) na Conferência de Moscou, na qual os Aliados decidiram abolir a Comissão Consultiva do Extremo Oriente e substituí-la pela Comissão do Extremo Oriente (*"Far Eastern Commission"*), tendo a União Soviética, Reino Unido, China, França, Países Baixos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Índia e Filipinas como seus membros.

**19 de janeiro de 1946** - Sem o consentimento prévio da Comissão do Extremo Oriente, Douglas MacArthur, na condição de Comandante Supremo das Potências Aliadas, emite a "Proclamação Especial 'Estabelecimento de um Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente'" (*"Special Proclamation 'Establishment of an International Military Tribunal for the Far East'"*). Restava criado o Tribunal de Tóquio.

**15 de fevereiro de 1946** - Douglas MacArthur nomeia nove juízes para o Tribunal de Tóquio, cada um deles indicado pelo governo de seu respectivo

Estado (Estados Unidos, Reino Unido, China, União Soviética, França, Países Baixos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia).

**3 de abril de 1946** - A Comissão do Extremo Oriente aprova a Política n. FEC 007/7, na qual ratificou a Carta do Tribunal de Tóquio, apenas apresentando algumas pequenas modificações formais. A modificação mais substancial se refere à composição do Tribunal, que passou de nove para onze juízes, acrescentando-se um nacional da Índia (uma colônia britânica à época) e outro das Filipinas.

**26 de abril de 1946** - Levando em consideração a Política n. FEC 007/7, MacArthur publica uma versão emendada da Carta do Tribunal de Tóquio. O Tribunal funcionou com fundamento nesta nova Carta.

**3 de maio de 1946** - Os procedimentos no Tribunal de Tóquio têm início.

**4 de junho de 1946 a 24 de janeiro de 1947** - O Procurador do Tribunal de Tóquio apresenta seus argumentos e evidências contra os réus.

**24 de fevereiro de 1947 a 12 de janeiro de 1948** - Os advogados dos réus apresentam os argumentos de defesa.

**12 de novembro de 1948** - Encerra-se o processo no Tribunal de Tóquio, com a conclusão da leitura pública do julgamento. No decurso dos procedimentos, dois dos réus morreram de causas naturais (Yōsuke Matsuoka e Osami Nagano) e um foi considerado incompetente para enfrentar o julgamento (Shūmei Ōkawa). Todos os vinte e cinco réus restantes foram declarados culpados: sete foram condenados à morte, dezesseis à prisão perpétua, um à prisão por vinte anos e um à prisão por sete anos.

**24 de novembro de 1948** - O Comandante Supremo das Potências Aliadas, Douglas MacArthur, ratifica o veredito e as sentenças emitidos pelo Tribunal de Tóquio sem qualquer alteração.

**20 de dezembro de 1948** - A Suprema Corte dos Estados Unidos emite sua decisão no caso *Hirota v. MacArthur*, na qual declarou não ter jurisdição para analisar ou revisar o julgamento do Tribunal de Tóquio.

**23 de dezembro de 1948** - Os réus condenados à morte pelo Tribunal de Tóquio são enforcados pelo Exército dos Estados Unidos na Prisão de Sugamo, em Tóquio.

**8 de setembro de 1951** - Assinatura do Tratado de Paz de São Francisco entre os Aliados e o Japão, por meio do qual este último formalmente aceita o julgamento do Tribunal de Tóquio.



# TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA

*Aziz Tuffi Saliba*  
*Tainá Garcia Maia*

## INTRODUÇÃO

Na década de 1990, irrompeu na ex-Iugoslávia um conflito armado de grandes proporções. Este pode ser analisado em três âmbitos, quais sejam, o conflito na Eslovênia, o conflito na Croácia e o conflito na Bósnia-Herzegovina. O número preciso de mortos que deles resultou é disputado. Segundo a BBC e o Washington Post, morreram mais de 100 mil pessoas, a maior parte delas sendo da etnia bósnia.<sup>1</sup> O *Stockholm International Peace Research Institute*, por sua vez, nota que algumas estimativas indicam que “250 000 [indivíduos] morreram, e os conflitos resultaram em 2,7 milhões de refugiados e pessoas deslocadas na Bósnia e Herzegovina – 1/3 da população anterior à guerra”.<sup>2</sup> De toda maneira, o que é indisputável e notório é que os conflitos dos Balcãs na década de 1990 resultaram em grandes perdas humanas e em um alto número de deslocamentos de grupos afetados.

<sup>1</sup> “Balkans War: a brief guide”. *BBC News*, de 18 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-17632399>>; Serbia, Bosnia seek to boost ties after war crimes tensions. *The Washington Post*, de 6 de dezembro de 2017. Disponível em: <[https://www.washingtonpost.com/national/serbia-bosnia-seek-to-boost-ties-after-war-crimes-tensions/2017/12/06/d1e5a86a-da85-11e7-a241-0848315642d0\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/national/serbia-bosnia-seek-to-boost-ties-after-war-crimes-tensions/2017/12/06/d1e5a86a-da85-11e7-a241-0848315642d0_story.html)>; “Bosnian Genocide”. *History*, de 30 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/1990s/bosnian-genocide>> [o último acesso em todos os recursos eletrônicos citados neste capítulo se deu em 13 de março de 2021].

<sup>2</sup> BORDEN, Anthony. CAPLAN, Richard. The former Yugoslavia: the war and the peace process. In: Stockholm International Research Group, *SIPRI Yearbook 1996: Armaments, Disarmament and International Security*, p.203. Disponível em: < <https://www.sipri.org/sites/default/files/SIPRI%20Yearbook%201996.pdf>>. Tradução dos autores. O texto original e completo é: “On some estimates, 250 000 had died and there were 2.7 million refugees and displaced persons in Bosnia - one-third of the pre-war population”.

Em 1993, em resposta aos conflitos até então existentes na ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) decidiu criar um tribunal penal internacional para “processar pessoas responsáveis por sérias violações de Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia entre 1º de janeiro de 1991 e data a ser determinada pelo Conselho de Segurança quando se restaurar a paz”.<sup>3</sup> Esse tribunal recebeu o nome de Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPIII), e funcionou da data de seu estabelecimento até 2017.

O presente capítulo pretende explicar, a partir de uma análise historiográfica, o processo que levou ao desencadeamento dos conflitos armados na região no início da década de 1990, bem como o estabelecimento do TPII como resposta internacional. Para tanto, o estudo abordará desde os massacres conduzidos pela *Ustaša* durante a primeira metade da década de 1940, passando pela consolidação de Josip Broz Tito no poder, até o acirramento das tensões na ex-Iugoslávia e a eclosão dos conflitos armados. Em seguida, tratará sobre as respostas das Nações Unidas aos conflitos, com foco no TPIII e a partir de uma perspectiva jurídica. Em relação ao Tribunal, o artigo analisará a legalidade de sua criação, certas normas regulando o funcionamento do Tribunal e, finalmente, o encerramento e resultados gerais do Tribunal.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: CRIAÇÃO DO REINO DA IUGOSLÁVIA E ASCENSÃO DE JOSIP BROZ TITO AO PODER

### 1.1. Década de 1940: massacres contra sérvios e outras minorias no estado independente croata

Após a Primeira Guerra Mundial, foram jungidos num só Estado uma multiplicidade de grupos étnicos (albaneses, croatas, eslovenos, húngaros, macedônios, montenegrinos e sérvios, dentre outros) e religiosos (católicos, cristãos ortodoxos e muçulmanos). Esse Estado foi primeiramente denominado “Reino dos Sérvios, Croatas e Eslovenos” e, a partir de 1929, Reino da Iugoslávia.<sup>4</sup>

Em abril de 1941, o Reino da Iugoslávia foi invadido pelos países do Eixo. Como parte da Operação Marita, aviões alemães bombardearam

<sup>3</sup> Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). *Resolução n. 827 (1993)*, de 25 de maio de 1993.

<sup>4</sup> “JUGO-Slavs in One State”, *Los Angeles Times*, de 10 de dezembro de 1918, p. I2; GOLDS-TEIN, Ivo. *Croatia: A History*. Trad. Nikolina Jovanović. Montreal: McGill Queens University Press, 1999, pp. 112 e 122



Belgrado, dentro de uma operação que era inicialmente designada para remover britânicos da Grécia, mas que foi expandida para atuar na então Iugoslávia.<sup>5</sup> A invasão abriu caminho para o desmembramento do Reino da Iugoslávia.

Com apoio da Alemanha Nazista e da Itália de Mussolini, o coronel Slavko Kvaternik proclamou o desmembramento e criação do Estado Independente Croata (*Nezavisna Država Hrvatska, NDH*).<sup>6</sup> Kvaternik representava uma organização nacionalista croata denominada *Ustaša*, ou, no plural, *Ustaše*<sup>7</sup>. Essa organização, definida por Michele Frucht Levy como minoritária entre a população croata, buscou apoio entre croatas que se percebiam como historicamente oprimidos dentro da Iugoslávia à luz do poder dos sérvios na região.<sup>8</sup> Levy explica que, inicialmente, muitos dos membros da *Ustaša* eram croatas que haviam retornado do exílio na Itália, onde haviam recebido o apoio da polícia secreta de Mussolini. Outros de seus membros haviam retornado da Alemanha, bem como de Yanka Puszta, “uma pequena cidade húngara e reduto fascista na fronteira iugoslava”.<sup>9</sup>

Em 15 de abril de 1941, poucos dias depois da declaração de criação do NDH, o principal líder da *Ustaša*, Ante Pavelić, retornou de seu exílio na Itália e assumiu os cargos de Primeiro Ministro e Ministro das Relações Exteriores, sob a designação de líder (*poglavnik*)<sup>10</sup>. Pavelić rapidamente esta-

<sup>5</sup> LEVY, Michele Frucht. “The Last Bullet for the Last Serb”: The Ustaša Genocide against Serbs: 1941–1945, *Nationalities Papers*, 37:6, 807-837, p.808.

<sup>6</sup> Cf. GOLDSTEIN, *supra* nota 4, p. 133.

<sup>7</sup> Ustaša significa “pessoa que participa de um Ustanak” (levante, em croata). A organização Ustaša foi formada na década de 30 por croatas que em sua maioria residiam no exterior. Entre 1929 e 1934, a Ustaša perpetró 21 assassinatos na Iugoslávia; em 1931, o grupo tentou incitar um levante contra o governo e em 9 de novembro de 1934, a Ustaše assassinou o rei Alexandre da Iugoslávia, em Marseille, França. Para maiores informações ver GRAHAM, Stephen. *Alexander of Yugoslavia: The Story of the King Who Was Murdered at Marseilles*. New Haven: Yale University Press, 1939.

<sup>8</sup> LEVY, *supra* nota 5, p.808 e 810.

<sup>9</sup> LEVY, *supra* nota 5, p.808-809. Tradução dos autores. O texto original e completo é: “The next day, Slavko Kvaternik, who would become commander-in-chief of the Croatian armed forces (the military arm of the Ustas’a state), announced the creation of the NDH. Many members of this small group of nationalist Croatian terrorists had recently returned from exile, most of them from Italy, where the Organizzazione per la Vigilanza e la Repressione dell’Antifascismo (OVRA—Organization for Vigilance and the Repression of Anti-Fascism), Mussolini’s secret police, had supported them. Others returned from Yanka Puszta, a small Hungarian town and fascist stronghold on the Yugoslav border, and Germany. Kvaternik then administered the new government until Pavelić, the architect of Yugoslav King Aleksandar’s assassination in 1934, returned to Zagreb from Italy on 15 April and declared himself poglavnik, or Führer”.

<sup>10</sup> GOLDSTEIN, *supra* nota 4, p.133.

beleceu uma nova ordem política, jurídica e social nos moldes dos regimes fascista e nazista.<sup>11</sup>

O programa apresentado pelos *Ustaše* em 1941 bem sintetiza a concepção totalitária formulada pela organização de Pavelić:

No Estado *Ustaša*, criado pelo líder e seus correligionários, as pessoas devem pensar como *Ustaše*, falar como *Ustaše* e, o mais importante, agir como *Ustaše*. Em síntese, a vida no Estado Independente Croata deve ser baseada na *Ustaša*.<sup>12</sup>

Já em 17 de abril de 1941, os *Ustaše* proclamaram o texto normativo “dispositivos legais para defesa do povo e do Estado”. Este os provia de instrumentos repressivos para a implementação de um Estado totalitário, como a instituição de campos de concentração e a autorização para realizar execuções em massa. Aparelhados com ideologia nazista e com instrumentos legais, os *Ustaše* buscaram, então, a criação do “Estado Croata Puro”.

À época dos fatos, viviam na NDH aproximadamente 1,8 milhões de sérvios, 700 mil bósnios muçulmanos, 40 mil judeus, 28,5 mil *rom* (popularmente conhecidos como “ciganos”), 300 mil indivíduos pertencentes às demais minorias, e 4,8 milhões de croatas. Para se distanciarem dos sérvios e sedimentarem laços com os germânicos, os *Ustaše* argumentavam possuírem raízes comuns com os godos.<sup>13</sup>

Em princípio, havia dissenso sobre o que se faria com a considerável população sérvia que residia no Estado croata. Cabe notar o pronunciamento do então Ministro da Educação do NDH, Mile Budak. Segundo ele: “nós mataremos 1/3 dos sérvios, um outro terço nós deportaremos, e o último terço nós forçaremos a adotar a religião Romana Católica e então os moldaremos em Croatas”.<sup>14</sup>

Enquanto os croatas “moderados” falavam em deportações em massa e conversões forçadas (de religião ortodoxa, predominante entre os sérvios, para católica, praticada pelos croatas), a corrente mais radical – à qual se filiava Pavelić – pugnava, com aterrorizante ambiguidade, pelo “uso de todos os meios, até o mais terrível”. Segundo um oficial da *Ustaša*:

<sup>11</sup> Ibid, p. 135.

<sup>12</sup> Ibid. Tradução dos autores. O texto original é: “In the Ustasha state, created by the poglavnik and his Ustashes, people must think like Ustashes, speak like Ustashes, and -- most important of all -- act like Ustashes. In a word, the entire life in the NDH must be Ustasha-based.”

<sup>13</sup> Ibid, p.809.

<sup>14</sup> Traduzido da versão em inglês: “1/3 of Serbs we shall kill, another we shall deport, and the last we shall force to embrace the Roman Catholic religion and thus meld them into Croats.” *Apud* LEVY, *supra* nota 5, p.809-810.

Este país só pode ser um país Croata, e não há método que hesitaríamos em usar para torná-lo verdadeiramente croata, expurgando os Sérvios, que por séculos nos ameaçaram e que, se tiverem oportunidade, nos ameaçarão novamente.<sup>15</sup>

Na verdade, os *Ustaše* não hesitaram em promover ingente perseguição não apenas a sérvios, mas também a judeus, ciganos, croatas comunistas e a qualquer um que se opusesse ao regime. Dentre os povos estabelecidos na região, apenas os muçulmanos de Bósnia-Herzegovina – de quem Pavelić buscou e obteve apoio – foram poupados do acossamento croata.<sup>16</sup> Levy explica que, os muçulmanos bósnios seriam “sangue de seu sangue”, “a flor da Nação Croata”, e deram a eles direitos e privilégios.<sup>17</sup>

O regime *Ustaša* resultou na morte de um grande número de pessoas, sendo o número exato contestado entre historiadores. De acordo com Damir Mirkovic, mais de meio milhão de pessoas foram mortas pela *Ustaše* nesse interregno de quatro anos.<sup>18</sup> No entanto, a estimativa feita por alguns círculos sérvios é de que, apenas no campo de concentração de Jasenovac, mais de um milhão de pessoas tenham sido mortas. Para Franjo Tuđman, Presidente da Croácia entre 1990 a 1999, o número de mortos em Jasenovac seria consideravelmente inferior, mais especificamente 30 000 mortos. À luz desse debate, Levy nota que pesquisadores contemporâneos têm citado os estudos do croata Vladimir Žeravić, que apontam 85 000 mortes nesse campo concentração, como uma análise mais balanceada dos resultados de Jasenovac.<sup>19</sup> De todo modo, para Levy, pode-se qualificar a atuação da *Ustaše* como genocídio ou tentativa de genocídio contra os sérvios.

As mortes ocasionadas pelos *Ustaše* não impressionam apenas pela magnitude dos números, mas também por sua imprevisibilidade para a maior parte das vítimas e por sua desumanidade, retratada de forma comovente pelo jovem poeta croata Ivan Goran Kovačić no poema “A vala” (ou *jama*, em sérvio-croata).<sup>20</sup> À título de exemplo, menciona-se também um relato de

<sup>15</sup> Traduzido da versão em inglês: “This country can only be a Croatian country, and there is no method that we would hesitate to use in order to make it truly Croatian and cleanse it of Serbs, who have for centuries endangered us and who will endanger us again if they are given the opportunity”. *Apud* DENICH, Bette. Dismembering Yugoslavia: nationalist ideologies and the symbolic revival of genocide. *American Ethnologist*, vol. 21, n. 2, maio de 1994, pp. 374-375.

<sup>16</sup> Cf. LEVY, *supra* nota 5, p.809-810.

<sup>17</sup> *Ibid*, p.809.

<sup>18</sup> MIRKOVIC, Damir. The Historical link between the Ustasha genocide and the Croato-Serb civil war: 1991-1995. *Journal of Genocide Research*, 2000, p. 363.

<sup>19</sup> LEVY, *supra* nota 5, p.823.

<sup>20</sup> O texto do poema em sérvio-croata e inglês pode ser encontrado no seguinte endereço: <<http://www.ezgeta.com/jama.html>>.

Milovan Djilas, líder comunista e escritor. Segundo ele, estava a caminho de Montenegro quando se deparou com um camponês que lhe contou como os *Ustaše* tinham cercado sua vila e levado todos (homens, mulheres e crianças) para uma ribanceira pedregosa, onde foram executados a pauladas.<sup>21</sup> O camponês se lamentou para Djilas:

Estão matando todos os Sérvios que vêem, tal qual gado: um golpe na cabeça, depois eles jogam num fosso... Quem pode se defender? Não esperávamos isto. Não imaginávamos que um governo pudesse atacar as pessoas desta forma. Não temos armas. Estamos abandonados como gado. Eles querem destruir o pobre povo sérvio.<sup>22</sup>

Em decorrência das atividades dos *Ustaše*, grupos oposicionistas ganharam adeptos - tanto os “*partisans*” ou “partidários”, grupo comunista liderado por Josip Broz “Tito”<sup>23</sup>, quanto os “*Chetniks*”, monarquistas ultranacionalistas sérvios, liderados por Draja Mikhailovitch, que tinham como propósito a constituição de uma “Sérvia homogênea”.<sup>24</sup> No entanto, em pouco tempo e devido a diversos fatores, os partidários se tornaram o mais relevante grupo de oposição aos *Ustaše*.

## 1.2. A ascensão dos partisans ao poder

Para explicar a relevância do grupo comunista dos partidários, cabe mencionar, em primeiro lugar, que, à época da invasão da Iugoslávia, em 1941, o Partido Comunista iugoslavo era a única organização política com presença em todo o país, com cerca de 7 mil membros e outros 10 mil simpatizantes.<sup>25</sup> Os membros eram entusiasmados, disciplinados e acostumados a trabalhar clandestinamente.<sup>26</sup> Ademais, Os *partisans* conseguiram a adesão não apenas de jovens croatas imbuídos de ideais, mas também de militares com experiência de combate (ex-voluntários da guerra civil espanhola e oficiais do Exército Real Iugoslavo que conseguiram escapar dos *Ustaše*).<sup>27</sup> O

<sup>21</sup> DENICH, *supra* nota 15, p. 375.

<sup>22</sup> Apud *ibid*, p. 375. O texto em inglês é “They are killing every Serb in sight! Like cattle – a blow on the head, then down the ditch... Who can defend himself? We didn’t expect anything. We couldn’t believe a government would attack people just like that. We have no weapons. We are left to ourselves like cattle. They want to wipe out the poor Serbian people.”

<sup>23</sup> Tito, na verdade, era um non de guerre adotado por Josep Broz para suas atividades partidárias clandestinas. Neste sentido, DJILAS, Aleksa. “Tito’s last secret”. *Foreign affairs*, de julho de 1995, p. 117.

<sup>24</sup> DENICH, *supra* nota 15, p. 375.

<sup>25</sup> GOLDSTEIN, *supra* nota 4, p. 140.

<sup>26</sup> *Ibid*.

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 141.

caráter pan-iugoslavo dos partidários, entrevisível pelo seu lema “irmandade e união”, fez com que atraíssem membros de outros grupos étnicos, inclusive sérvios. Adicionalmente, os *partisans* utilizaram tática de guerrilha, que se mostrou mais eficaz contra as tropas mais numerosas e bem armadas do Eixo do que o combate militar tradicional adotado pelos *Chetniks*. Outro aspecto relevante para o sucesso militar dos *partisans* foi sua reação às consideráveis baixas. Enquanto os *Chetniks* preferiam esperar até que tivessem condições militares mais favoráveis, os partidários se mantiveram ativos – mesmo depois de 16 de setembro de 1941, quando Hitler ordenou a execução de 100 civis para cada morte do lado alemão, e 50 civis para cada ferido.<sup>28</sup>

Os *Chetniks*, por sua vez, acabaram por colaborar, ainda que de forma velada, com os italianos, que, em troca, protegiam os sérvios. Eventualmente, os *Chetniks* romperam com os *partisans* e passaram a combatê-los. Em vários episódios, tomaram parte em massacres de civis croatas e bósnios.<sup>29</sup>

Embora os partidários inicialmente tivessem o apoio dos soviéticos, enquanto os *Chetniks* recebiam auxílio do Reino Unido, no decorrer da guerra, o governo britânico passou a alocar uma parcela cada vez maior de seus recursos para os *partisans*.<sup>30</sup> Em 8 de dezembro de 1943, indagado sobre o apoio inglês às forças que combatiam os nazifascistas na Iugoslávia, o então Ministro da Defesa do Reino Unido, Richard K. Law, explicou que apoiava todos os grupos, mas que, naquele momento, o auxílio aos *partisans* era muito maior, “pela simples razão de que sua resistência aos alemães era muito maior”.<sup>31</sup>

A partir de 1944 e com apoio dos aliados, os *partisans* começaram a expulsão das tropas do Eixo do território iugoslavo. Esta expulsão se findou em 1945, quando a Croácia foi retomada.<sup>32</sup> Em 1946, os *Chetniks* foram derrotados, e seu principal líder, Mikailovitch, foi capturado e fuzilado.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Ibid, p. 144.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Em julho de 1943, o governo britânico oficialmente admitiu pela primeira vez seu apoio aos partidários. “SERB partisans get British aid; Tito praised for harrying Axis”. *The New York Times*, de 22 de julho de 1943, p. 5.

<sup>31</sup> “PARTISANS receive bulk of British aid”. *The New York Times*, de 9 de dezembro de 1943, p.11.

<sup>32</sup> Nesta época, Ante Pavelic fugiu, primeiramente, para a Itália e, posteriormente, para a Argentina, onde permaneceu secretamente até 1957, ano em que sofreu tentativa de homicídio. Ainda em 1957, a Argentina concordou com sua extradição para a Iugoslávia, mas Pavelic conseguiu fugir para a Espanha, onde faleceu em 1959. Cf. WAR criminal Ante Pavelic. *Washington Post*, de 30 de dezembro de 1959, p. B2.

<sup>33</sup> DRAJA, “Mikhailovitch is executed with 8 others for treason”. *The New York Times*, de 18 de julho de 1946, p. 1. A transcrição do julgamento pode ser encontrada na rede mundial de computadores, no seguinte endereço: <[http://trial-mihailovic-1946.org/IMG/pdf/Trial-indictment\\_web.pdf](http://trial-mihailovic-1946.org/IMG/pdf/Trial-indictment_web.pdf)>. Acesso em 10 de março de 2007.

## 2. IUGOSLÁVIA SOCIALISTA DE TITO (1945-1980)

### 2.1. Federação Iugoslava

A Iugoslávia Socialista, criada em 1945, foi uma federação constituída por seis repúblicas iguais entre si - nomeadamente, Bósnia-Herzegovina, Croácia, Eslovênia, Macedônia, Montenegro e Sérvia. A partir de 1946, a ex-Iugoslávia passou a ter duas províncias autônomas, Kosovo e Vojvodina. Em 1974, o status de Kosovo e Vojvodina como províncias autônomas tornou-se constitucional.<sup>34</sup>

Muito embora a Iugoslávia (re)criada pelos *partisans* fosse formalmente uma Federação, as decisões eram tomadas por um pequeno grupo que Tito não apenas integrava, mas também controlava.<sup>35</sup> Entretanto, após reformas políticas nas décadas de 1960 e 1970, a Iugoslávia passou por um processo de descentralização.<sup>36</sup> Os poderes do Estado federal passaram a ser restritos àqueles explicitamente determinados pela Constituição Federal de 1963. Esta somente poderia ser modificada com o consentimento de todos os membros da Federação.<sup>37</sup> Segundo Dejan Jović, os poderes da Federação restringiam-se, basicamente, às políticas exteriores e de defesa. Para explicar a estrutura da Federação, Jović citou o jornalista Edvard Kardelj, segundo quem “[o] poder da federação (...) [derivava] das repúblicas, e não o contrário”.<sup>38</sup>

### 2.2. Governo iugoslavo

Com o êxito militar, o governo socialista iugoslavo foi instituído. Josip Broz Tito foi nomeado presidente da Iugoslávia e do Conselho Executivo Federal em 1953 e, em 1963, Presidente vitalício.<sup>39</sup> O governo de Tito foi marcado por uma tentativa de evitar o acirramento de tensões entre grupos étnicos e por incentivar a formação de uma identidade pan-iugoslava.

<sup>34</sup> “Yugoslavia”. *BBC*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/hi/english/static/map/yugoslavia/>>; Kosovo profile. *BBC*, de 16 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-18328859>>; HUDSON, Kimberly A. *Justice, Intervention, and Force in International Relations. Reassessing just war theory in the 21st century*. London and New York: Routledge, 2009.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 153-154; cf. Marshal Tito Biography. *Encyclopedia of World Biography*. Disponível em <<http://www.notablebiographies.com/St-Tr/Tito-Marshal.html>>

<sup>36</sup> FRUCHT, Richard. *Eastern Europe: An introduction to the People, Lands and Culture*. Santa Barbara: ABC, Clío, 2005, p. 432-433.

<sup>37</sup> JOVIĆ, Dejan. *Yugoslavia: a State that Withered Away*. Purdue University, 2009, p. 79.

<sup>38</sup> *Ibid*.

<sup>39</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 4, p. 154; Marshal Tito Biography, *supra* nota 35.

A cerca dos direitos de minorias na Iugoslava Socialista, Marie-Janine Calic explica que, “a partir de uma perspectiva comunista, identidades nacionais não precisam ser reprimidas, pois elas representam uma fase histórica necessária no caminho para o socialismo”.<sup>40</sup> Assim sendo, as minorias étnicas dispunham de um direito constitucional a um tratamento igualitário, ao desenvolvimento cultural próprio e ao uso de sua própria língua.<sup>41</sup>

A Iugoslávia Socialista reconheceu oficialmente 10 grupos como nacionalidades (*narodnosti*), entre eles os albaneses e os magiães (também conhecidos como húngaros).<sup>42</sup> Calic explica que a questão kosovar era tida como resolvida a partir da existência da Albânia, bem como a questão húngara pela existência da Hungria. Os demais grupos sem uma nação equivalente foram reconhecidos como grupos étnicos, tais como os judeus e os *rom* (ciganos).

<sup>40</sup> CALIC, Marie-Janine. *A History of Yugoslavia*. West Lafayette: Purdue University Press, 2019, p.169. Tradução livre dos autores. O texto original e completo, em inglês, é: “Both the Enlightenment and Marxism taught that the social organization of humanity progressed through a series of transformations from tribes and clans to peoples, then nations, and finally to supranational formations. Therefore, from the communist standpoint, national identities did not have to be repressed since they represented a historically necessary stage on the path to socialism. In addition to peoples (*narodni*), ethnic minorities also thus enjoyed the right to be treated equally, to further their own distinct cultural development, and to use their language freely. Magyars, Albanians, and eight other groups were officially recognized as nationalities (*narodnosti*). Although they were also represented in the political bodies, they had a different status than the constituent peoples of Yugoslavia. The right to self-determination was argued to have already been fulfilled for the Kosovars through the existence of Albania and for the Magyars through Hungary. Therefore, they were not given their own republics and the right to secession. Minorities without national homelands, such as the Roma, Jews, and the Vlachs, were considered to be ethnic groups. They also enjoyed special protective rights. The optimistic expectation was that ethnic differences would disappear of their own accord as socialism progressed.”

<sup>41</sup> O governo socialista da Iugoslávia estabeleceu a língua servo-croata, ao mesmo tempo em que garantia o direito das minorias de utilizar sua própria língua, em consonância com os Artigos 247 e 171 da Constituição da República. No entanto, o uso da língua de uma minoria podia ver-se dificultado na prática frente à ausência de intérprete em órgãos oficiais. Ver: *Constituição da República Federal Socialista da Iugoslávia*, 21 de fevereiro de 1974, Artigo 247: “In order to ensure that its right to express its nationality and culture shall be realized, each nationality shall be guaranteed the right to use freely its language and alphabet, to develop its culture and to set up organizations to do so, and to enjoy other constitutionally established rights”. Artigo 171: “Members of nationalities shall, in conformity with the constitution and statute, have the right to use their language and alphabet in the exercise of their rights and duties and in proceedings before state agencies and organizations exercising public powers. Members of the nations and nationalities of Yugoslavia shall, on the territory of each Republic/Autonomous Province, have the right to instruction in their own language in conformity with statute.” Ver University of Washington, “What’s in a Language Name? The Case of Bosnian, Croatian, Montenegrin, and Serbian”, Winter quarter 2007. Disponível em: <<http://faculty.washington.edu/bojan/SLAV470-SLAV570-ENGL478/SFRY.pdf>>.

<sup>42</sup> CALIC, *supra* nota 40, p.169.

Até certa medida, a República Iugoslava reconhecia um espaço para expressões culturais, linguísticas e até mesmo religiosas.<sup>43</sup> Ao mesmo tempo, “a expectativa era de que as diferenças éticas iriam eventualmente desaparecer por si só à medida que o socialismo progredisse”, como explica Calic.<sup>44</sup> Em outras palavras, acreditava-se que a consciência da pan-Iugoslávia se expandiria e evitaria fratricídio e sucessão.

A afirmação de Calic de que o governo de Tito acreditava que as identidades nacionais por fim dariam espaço, a seu próprio tempo, a uma identidade pan-iugoslava e socialista não deve ser compreendida como uma afirmação de que o governo não tomou passos importantes com vistas a tal resultado. Como explica a própria autora, o governo socialista “buscou combater rigorosamente todas as formas de intolerância e chauvinismo”.<sup>45</sup> Como exemplos dessas ações, pode-se citar a decisão de banir organizações culturais, clubes, fundações, editoras e sociedades religiosas “que exibissem uma preferência étnica exclusiva”.<sup>46</sup> Nas palavras de Calic, “a sociedade deveria organizar-se em diretrizes multiétnicas e cidadãs”.<sup>47</sup>

Juntamente à consolidação de uma identidade pan-iugoslava, o governo se propôs a recuperar a economia do país. Calic estima que, em 1945, 1/3 da indústria nacional havia sido danificada. Relativamente ao setor rural, a autora nota que 289 mil fazendas haviam sido destruídas, “apenas 43,8% das famílias camponesas em toda a Iugoslávia tinham um arado de ferro (...)[,] outros 18,2% tinham apenas um de madeira, (...) [e os] demais não possuíam nem as mais rudimentares máquinas agrícolas”. Adicionalmente, como mencionado anteriormente, “[grandes porções do país não tinham

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid. Tradução livre dos autores. Para ver o texto original, ver nota 40.

<sup>45</sup> Ibid. Tradução livre dos autores. O texto original e completo, em inglês, é: “Socialism served as the main unifying force and the most important ideological adhesive in a state made up of various peoples. Patriotic education and a pan-Yugoslav consciousness were to thwart strife and succession and thus prevent civil war and fratricide from breaking out anew. However, Yugoslavia’s nationality policy remained a harrowing balancing act. On the one side, it provided room for national, religious, and cultural activities; on the other, it attempted to rigorously combat all forms of intolerance and chauvinism. Cultural organizations, clubs and foundations, publishing houses, and religious societies were banned if they exhibited an exclusive ethnic preference. Three examples of such organizations were the Muslim Preporod (Rebirth), the Croat Napredak (Progress), and the Serb Prosvjeta (Education). Instead, society was to organize itself along multiethnic and citizenship lines, starting in the youth brigades, the Communist Party, the Antifascist Women’s Front, and the People’s Army.”

<sup>46</sup> Ibid, p.170. Tradução livre dos autores. Para ver o texto original, ver nota 45.

<sup>47</sup> Ibid. Tradução livre dos autores. Para ver o texto original, ver nota 45.



canalização ou água corrente”.<sup>48</sup> Juntamente à dramática situação de infraestrutura, a Guerra havia resultado em um grande número de mortes, como notado na seção 2.1, e em um grande número de sem-tetos. Com auxílio internacional, a República Socialista da Iugoslávia iniciou um processo de reconstrução e auxílio humanitário.

Outros importantes projetos do governo iugoslavo deram-se no âmbito social. Terras que ultrapassavam um certo limite de hectares foram expropriadas e usadas tanto para a reforma agrária como para o funcionamento de empresas e cooperativas estatais.<sup>49</sup> Ademais, em um projeto de combate ao analfabetismo, o governo investiu maciçamente em educação.<sup>50</sup>

Por outro lado, o governo iugoslavo é alvo de críticas no que tange à ausência de liberdades políticas num estado democrático. No intuito de prostrar sua permanência no poder, Tito, expurgou as principais lideranças reformistas na década de 1970<sup>51</sup>, tornando bajulação e brandura as características mais relevantes para ascensão no partido.<sup>52</sup> Como exemplo de tais atitudes, pode-se mencionar à resposta de Tito ao movimento político e popular conhecido como “Primavera da Croácia”, que demandava maior autonomia a

<sup>48</sup> Ibid, p.171. Tradução livre dos autores. O texto original e completo, em inglês, é: “By the time the war ended, Yugoslavia faced immense demographic and material losses. More than a million people had died in the war; another 3.5 million had no roof over their heads. The country lay in ruins; 289,000 farms had been totally destroyed. Because the Wehrmacht had practiced a scorched-earth policy in which it systematically destroyed facilities, plants, businesses, and infrastructure as it retreated, one-third of Yugoslavia’s industry was damaged in 1945. Not one mine remained intact, and most of the roads, railway tracks, and bridges lay in ruins. This intensified exponentially the old problem of Balkan backwardness. By the end of the war, only 43.8 percent of the peasant households in all of Yugoslavia had an iron plow; another 18.2 only had a wooden one. The rest did not even own the most rudimentary agricultural machines. Large sections of the country did not have canalization or running water.”

<sup>49</sup> Ibid, p.172. Calic explica que: “Back in November 1944, the AVNOJ had confiscated over 80 percent of all private property in key economic sectors. Now, in November 1946, industry, banking, and the wholesale trade were officially nationalized. What remained in private hands were peasant farms, artisan workshops, and dwellings. At the same time, the expropriation of land holdings was sanctioned retroactively. The land reform and colonization law passed in August 1945 legalized the confiscation, limited peasant farms to a size between roughly 62 to 86 acres, and distributed land to small farmers and the landless poor. Those affected by the expropriation of about 39.5 million acres were, for one, banks, companies, churches, and monasteries, and for another, large landowners and ethnic Germans. The state gave nearly half of this expropriated land to about 300,000 veterans and landless poor. The rest was allocated to state-run enterprises and cooperatives. A second major reform followed in 1953 in which individual ownership was restricted to twenty-five acres for peasants and to 7.5 acres for people who farmed on the side. This reform put another 692,000 acres in the state’s hands.”

<sup>50</sup> Ibid, p.174.

<sup>51</sup> DJILAS, Aleksa. “A profile of Slobodan Milosevic”. *Foreign Affairs*, Verão 1993, vol. 72, n. 3, p. 85.

<sup>52</sup> Ibid, p. 122.

essa nação e reforma política e econômica. À luz desse movimento, em 1971, Tito ordenou a retirada das lideranças eleitas de Zagreb e Belgrado e, à luz do movimento político e popular conhecido como “Primavera da Croácia”, que demandava maior autonomia a essa nação e reforma política e econômica.<sup>53</sup>

A política de Tito privou o governo do benefício de debates e de argumentos deles provenientes<sup>54</sup> e tolheu o desenvolvimento das mais promissoras lideranças iugoslavas. Djilas assevera que:

Na Sérvia, por exemplo, ele tanto abarrotou a liderança do partido com indivíduos fracos, inexpressivos e insignificantes que não é surpresa que Slobodan Milošević tenha encontrado tão pouca oposição à sua chegada ao poder na década de 1980.<sup>55</sup>

### 2.3. Identidade nacional “iugoslava”: um símbolo não consolidado

As memórias do etnocídio na Segunda Guerra Mundial pairavam como uma permanente ameaça à Federação, que deveria ser consolidada dentro do espírito “irmandade e união”. O governo de Tito optou por tentar suprimi-las, conforme aduziu Bette Denich:

(...) os horrendos eventos que embaraçariam a cooperação interétnica não deveriam ser mencionados, salvo em categorias coletivas, [como] todas as ‘vítimas do fascismo’ de um lado e todos os ‘ocupadores estrangeiros e traidores locais’ de outro lado.<sup>56</sup>

Denich especula que a maior preocupação do governo Tito não era propriamente o fratricídio em si, mas as ideias nacionalistas associadas a ele, que poderiam constituir sério óbice à construção de um Estado multiétnico.<sup>57</sup> O tempo provou o acerto desta inquietação: o fruto proibido do nacionalismo, recôndito na literatura, história, mitos e tradições populares, constituiu a principal bandeira política das oposições clandestinas.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> CALIC, *supra* nota 40, p.236-238.

<sup>54</sup> Sobre o benefício do dissenso ver SUNSTEIN, Cass R. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

<sup>55</sup> DJILAS (1995), *supra* nota 51, p. 122. O texto original em inglês é: “In Serbia, for example, he stocked the party leadership with such weak, colorless, and insignificant individuals that it is not surprising Slobodan Milosevic met so little opposition to his rise to power in the second half of the 1980 s.”

<sup>56</sup> DENICH, *supra* nota 15, p. 370. O texto original em inglês é: “(...) those horrifying events that would disrupt interethnic cooperation were not to be mentioned, except in collective categories, all “victims of facism” on one side, and all “foreign occupiers and domestic traitors” on the other side.”

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid, p. 371.

Apesar dos esforços descritos na subseção anterior, Tito não conseguiu criar uma identidade nacional “iugoslava” consolidada. Conforme recenseamento realizado pelo governo da Iugoslávia, apenas 1,7% da população se identificava como “iugoslavo” em 1961. Em 1971, este percentual foi menor (1.3%), mas eventualmente subiu, como revela o índice relativo a 1981 (5.4%).<sup>59</sup> Calic apresenta dados de que, em 1990, “apenas 26% dos eslovenos, 48% dos croatas, 49% dos albaneses, 68% dos macedônios, 71% dos sérvios, 80% dos montenegrinos e 84% dos muçulmanos identificava-se com o Estado Iugoslavo”.<sup>60</sup>

### 3. DESINTEGRAÇÃO DA EX-IUGOSLÁVIA (1980-1991)

Após a morte de Tito, foi criada a Presidência Iugoslava. Esta era um órgão executivo federal composto por um representante de cada república. A cada 12 meses, havia rotação em sua direção.

A República Socialista Iugoslava foi palco de uma série de crises, particularmente e de modo intensificado após a morte de Tito. Ao final de 1990 e 1991, aspirações separatistas se tornaram expressivas. No início da década de 1990, a ex-Iugoslávia se dissolveu em meio a uma guerra sangrenta, que gerou uma reação internacional, culminando, entre outras coisas, na criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Abaixo, as seções 4.1 a 4.5 explicarão as crises sofridas pelo Estado iugoslavo em suas últimas décadas e o processo de dissolução da Iugoslávia.

#### 3.1. Crise econômica, nacionalismo e a questão kosovar

##### 3.1.1. Nacionalismo e crise econômica

Com a morte de Tito em 1980 e silenciadas as mais vozes que seriam mais aptas a combater a retórica nacionalista, esta se avigorou, assumindo um papel central na política iugoslava. No entendimento de Sabrina P. Ramet, ao longo dos setenta e poucos anos de história da Iugoslávia (de 1918

<sup>59</sup> SEKULIC, Dusko. MASSEY, Garth. HODSON, Randy. Who were the Yugoslavs? Failed sources of a common identity in Yugoslavia. *American Sociological Review*. Fevereiro 1994, vol. 59, n. 1, p. 85.

<sup>60</sup> CALIC, *supra* nota 40, p.287. Tradução livre dos autores. O texto original e completo, em inglês, é: “In the spring of 1990, only 26 percent of the Slovenes, 48 percent of the Croats, 49 percent of the Albanians, 68 percent of the Macedonians, 71 percent of the Serbs, 80 percent of the Montenegrins, and 84 percent of the Muslims identified with the Yugoslav state. 7 Nine out of ten Yugoslavs considered the relations between the various peoples and republics to be bad or even very bad”.

até os primeiros anos da década de 1990), todos os lados foram feridos (por exemplo, os sérvios nos massacres da *Ustaša*, os croatas e muçulmanos em massacres promovidos pelos Chetnik, entre outros). Citando as palavras de Ramet, “[e]ssas feridas deixaram cicatrizes – cicatrizes que nunca forma completamente curadas, *não* porque eram antigas, mas, pelo contrário, porque eram relativamente recentes”.<sup>61</sup>

A situação foi ainda agravada por um segundo fator: uma séria crise econômica que havia se iniciado na década de 1970. Esta foi ocasionada pelas crises do petróleo, pela recessão europeia e por um substancial endividamento da Iugoslávia, com a subsequente escassez de diversos produtos, inclusive petróleo.<sup>62</sup> Como os empréstimos tinham sido obtidos pelo ente federal (Iugoslávia), a quantificação da dívida de cada membro se tornou uma tarefa melindrosa, gerando atritos entre as repúblicas e etnias.<sup>63</sup>

Calic afirma que, assim como os demais Estados socialistas, a Iugoslávia socialista não se mostrou adaptável a uma mudança estrutural para uma sociedade e economia de informação e comunicação. A crise econômica resultante desses obstáculos representou, para a autora, uma situação que minou os pilares do *boom* econômico iugoslavo do pós-guerra e constituiu-se como um relevante fator para o colapso do sistema nas décadas de 1980 e início de 1990.<sup>64</sup>

### 3.1.2. Crise kosovar

Um terceiro fator relevante para a crise da República iugoslava foi a questão kosovar. No final da década de 1960, iniciou-se uma considerável migração de sérvios da província predominantemente albanesa de Kosovo, vários deles perseguidos por radicais albaneses.<sup>65</sup> No entanto, na década de 1980, já era estimado que um grande número de emigrantes sérvios haveria deixado Kosovo. Em julho de 1982, o *New York Times* trazia a estimativa de que 57 mil sérvios teriam deixado Kosovo na última década, com números aumentando consideravelmente após manifestações violentas de março e abril daquele ano, em um contexto que será explicitado abaixo.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> RAMET, Sabrina P. *Balkan Babel: the disintegration of The Disintegration of Yugoslavia From the Death of Tito to the Fall of Milošević*. Boulder/Oxford: Westview Press, 4ª edição, p. 3-4.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Calic, *supra* nota 40, p.242 e 248.

<sup>65</sup> DJILAS (1993), *supra* nota 51, p. 82.

<sup>66</sup> HOWE, Marvine. “Exodus of Serbians stirs province in Yugoslavia”. *The New York Times*, de 12 de julho de 1982. As informações trazidas pelo *New York Times* foram baseadas na informa-

Nesse contexto, boa parte da população sérvia se ressentia da postura adotada pelo governo socialista iugoslavo. Além de acreditarem que o governo não tinha tomado medidas para impedir o supracitado êxodo, lamentavam a concessão de autonomia às ex-províncias sérvias de Kosovo e Vojvodina, numa situação sem similares nas demais repúblicas. Kosovo e Vojvodina haviam passado a ter representação própria no governo e no partido, e, na maioria das vezes, seus representantes adotavam posicionamentos antagônicos aos da Sérvia.

Destarte, tumultuosas manifestações em Kosovo em 1981, reivindicando maior autonomia para a província ou até mesmo independência, serviram para recrudescer o nacionalismo sérvio.<sup>67</sup> Para Milošević, a crise de Kosovo foi uma áurea oportunidade. Como Presidente do Partido Comunista da Sérvia, Milošević se fez uma presença constante em comícios e na mídia, advogando não apenas pela proteção dos sérvios, mas também pela supressão de direitos dos albaneses.<sup>68</sup> Uma dessas apresentações merece especial destaque. Em 1987, em Kosovo Polje, proferiu um discurso que mudou sua imagem “de burocrata desconhecido para carismático líder sérvio”.<sup>69</sup> O *locus* do discurso, Kosovo Polje, tem um especial apelo para os sérvios. Naquele local, há cerca de 600 anos, eles foram “gloriosamente” derrotados pelos turcos, e, no imaginário popular, o sítio representa a “resistência sérvia”.<sup>70</sup>

No final da década de 1980, embora com a oposição dos demais entes da Federação, a Sérvia de Milošević passou a vindicar a reintegração de Kosovo a sua República. Através de emendas à Constituição da Sérvia votadas em março de 1989 tanto na Assembleia Provincial de Kosovo quanto na Assembleia Provincial da Sérvia, revogou-se a base legal para a autonomia de Kosovo. Este perdeu então seu parlamento e voltou a ser diretamente controlado por Belgrado.<sup>71</sup>

---

ção compartilhada por Vukašin Jokanović, Presidente da Assembleia do Kosovo e de Metohija no momento da aprovação das emendas constitucionais que revogaram a base legal para a autonomia de Kosovo.

<sup>67</sup> GOLDSTEIN, *supra* nota 4, p. 198.

<sup>68</sup> DJILAS (1993), *supra* nota 51, p. 83.

<sup>69</sup> ENGELBERG, Stephen. Greater Serbia. *The New York Times Magazine*, de 1º de setembro de 1991, p. 32.

<sup>70</sup> WHEELER, Nicholas J. *Saving strangers: humanitarian intervention in international society*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 245.

<sup>71</sup> “How Milosevic stripped Kosovo’s autonomy - archive, 1989”. *The Guardian*, de 20 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/from-the-archive-blog/2019/mar/20/how-milosevic-stripped-košovos-autonomy-archive-1989>>; Vrkić, N. (2015). *The unfinished trial of Slobodan Milošević: Justice lost, history told*. 426 f. Tese (Doutorado) – Faculty

Em 1989, o jornal britânico *The Guardian* relatou o evento supracitado. O *The Guardian* notou que, à época, viviam em Kosovo 1,9 milhões de indivíduos, 90% dos quais pertenciam à etnia albanesa.<sup>72</sup> Apesar disso, “menos do que 5% dos 180 membros da Assembleia Nacional Kosovar votou contra as emendas”.<sup>73</sup> A votação em Kosovo não se deu, entretanto, de maneira ordinária. Ao contrário, “policiais com armas automáticas rodeavam o prédio de todo modo”.<sup>74</sup>

A legalidade dessa mudança pode ser questionada, como argumentou Ivan Kristan em seu relatório perante o TPII no caso contra Slobodan Milošević. Kristan, ex-juiz do Tribunal Constitucional da República da Iugoslávia, que afirmou que a autonomia kosovar tinha sido concedida na década de 1970 pela Constituição da Federação. Assim, argumentou-se ser apenas esta a via legal possível para revogá-la.<sup>75</sup>

### 3.2 Ascensão de Franjo Tuđman ao poder na Croácia

Enquanto Milošević se firmava no poder na Sérvia, Franjo Tuđman e seu recém-criado partido (Comunidade Democrática Croata) chegavam ao poder na Croácia. Tuđman era um general reformado e historiador revisionista. Na Segunda Guerra, havia lutado ao lado de Tito, mas, posteriormente, tornou-se um dissidente. Por duas vezes – em 1972 e em 1981 -, foi condenado e encarcerado por “maliciosa e falsamente expor a situação política na Iugoslávia”.<sup>76</sup> Dentre outras críticas, ele teria reclamado da opressão dos croatas e de uma desigualdade de tratamento com outras etnias.<sup>77</sup> Teria ainda, como mencionado na seção 2.1, asseverado que o número de vítimas da *Ustaša* era quase quatro vezes menor do que os propagados regularmente.<sup>78</sup>

---

of Humanities, University of Amsterdam. Amsterdam, 2015. Disponível em: <[https://pure.uva.nl/ws/files/2517864/164012\\_04.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/2517864/164012_04.pdf)>.

<sup>72</sup> PETROVIC, Barney. “Riots greet Kosovo loss of power: parliament accepts control by Serbian republic”. *The Guardian*, de 24 de março de 1989. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/from-the-archive-blog/2019/mar/20/how-milosevic-stripped-kosovos-autonomy-archive-1989>>.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Cf. VRKIĆ, *supra* nota 71.

<sup>76</sup> CROAT dissident gets jail term for criticism of Yugoslavia. *The Washington Post*, de 21 de fevereiro de 1981, p. A17.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> HARDEN, Blaine. Croatian president-elect plans “sovereign State”. *The Washington Post*, de 30 de abril de 1990, p. A13. De acordo com este texto, Tuđman alegava que o número de vítimas era inferior a 70.000, enquanto outros historiadores trazem uma cifra bem maior – 250.000 indivíduos.

Durante sua campanha para a presidência da Croácia, Tuđman apresentou como precípua plataforma “o direito histórico da Croácia a seu próprio governo soberano”.<sup>79</sup> Ademais, proferiu declarações nacionalistas e polêmicas, como “Croácia é para os croatas”<sup>80</sup> ou que havia no governo croata “cinco ou seis vezes mais funcionários sérvios que deveria haver”.<sup>81</sup>

Cerca de 60 dias depois das eleições, em um artigo publicado no *New York Times*, Tuđman, ao mesmo tempo em que prometia que não iria perseguir sérvios ou comunistas, anunciava:

Somos nós, o povo croata, que arriscamos nossas vidas para implementar um partido democrático e votar [conforme] nossa consciência. E somos nós que continuaremos a arriscar nossas vidas desafiando o comunismo totalitário. Se Belgrado escolher nos atacar por elegermos a liberdade, estaremos prontos para defender nossa liberdade com nosso sangue.<sup>82</sup>

Tuđman cumpriu com a promessa de defender a autonomia croata com o sangue, mas falhou quanto à equanimidade prometida. Além de continuar a fomentar a discórdia étnica, com sua retórica nacionalista, adotou postura no mínimo indulgente quanto à perseguição dos sérvios residentes na Croácia. Vários sérvios, em razão de sua etnia, perderam seu emprego, foram obrigados a fazer juramento de fidelidade e sofreram ataques a suas propriedades.<sup>83</sup>

Tanto Tuđman quanto Milošević habilmente se serviram da imprensa para se promoverem e exacerbarem o espírito nacionalista.<sup>84</sup> Seria possível

<sup>79</sup> FISH, Jim. “Separatists score big in Yugoslav vote”. *The Washington Post*, de 24 de abril de 1990, p. A16. Deve-se ressaltar que “governo soberano” para Tuđman não significava, necessariamente, um Estado completamente independente: sua primeira proposta foi a formação de uma confederação iugoslava onde a Croácia e as demais repúblicas teriam considerável autonomia, inclusive financeira. Neste sentido, HARDEN, Blaine. Croatian president-elect plans “sovereign State”. *The Washington Post*, 30 de abril de 1990, p. A13.

<sup>80</sup> SACK, Soccer and Croatian Nationalism. *Journal of Sports and Social Issues*. Vol. 24, n. 3, agosto de 2000, p. 310.

<sup>81</sup> HARDEN, Blaine. Croatian president-elect plans “sovereign State”. *The Washington Post*, 30 de abril de 1990, p. A13.

<sup>82</sup> TUĐMAN, Franjo. All we Croats want is democracy. *The New York Times*, 30 de junho de 1990, p. 23. O texto original em inglês é: “It is we, the Croatian people, who have risked our lives to put forward a democratic party and vote our conscience. And it is we who continue to risk our lives in defiance of totalitarian Communism. If Belgrade chooses to attack us for choosing freedom, we remain prepared to defend our liberty with our blood.”

<sup>83</sup> ZIMMERMANN, Warren. The last ambassador: A memoir of the collapse of Yugoslavia. *Foreign Affairs*, março, 1995, vol. 74, n. 2, p. 8.

<sup>84</sup> *Ibid*, p. 12.

afirmar que ambos, ao avivarem o nacionalismo, promoviam não só a si próprios, mas também um ao outro, na medida que robusteciam o medo, principal combustível de suas causas. Ademais, como explica Cass Sustein, movimentos secessionistas tem uma alta propensão à polarização de grupos. Na medida em que praticamente apenas pessoas com ideias semelhantes dialogam entre si, a tendência é o acirramento de posições e um subsequente extremismo.<sup>85</sup>

### 3.3. Aspirações separatistas

No final de 1990, as aspirações separatistas já eram bem mais intensas que o desejo de manter unida a Iugoslávia. O problema era a abismal diferença de posições sobre como seria feita a divisão. Enquanto os kosovares albaneses, que eram maioria em Kosovo, almejavam unir-se à Albânia, os sérvios arrazoavam que “teriam um direito histórico” àquelas terras. Já em outros lugares, onde eram maioria – como na área de Krajina, na Croácia – os sérvios aduziam um critério numérico.<sup>86</sup>

Em dezembro de 1990, dois eventos relevantes ocorreram: (i) Milošević venceu novamente as eleições na Sérvia; e (ii) a Eslovênia realizou um plebiscito sobre sua secessão da Iugoslávia. 88% dos votos foram favoráveis à secessão.<sup>87</sup> Janez Drnovsek, ex-Presidente da Eslovênia, descreveu a impressão dos eslovenos à época do plebiscito nos seguintes termos: “[h]avia um sentimento generalizado de que era melhor sair enquanto ainda havia tempo. (...) Tensões entre as nacionalidades estavam crescendo; pairava um ar de violência cada vez mais pesado”.<sup>88</sup> Em maio de 1991, 94,3% dos croatas também votaram por sua independência.<sup>89</sup>

### 3.4. Tensões entre Milošević e a autoridade iugoslava

Em 17 março de 1991, Milošević produziu uma crise política sem precedentes, quando declarou que não mais aceitaria a autoridade da presidência

<sup>85</sup> Neste sentido, ver: SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova Iorque: OUP, 2001, p. 95 e seguintes.

<sup>86</sup> ZIMMERMANN, *supra* nota 83.

<sup>87</sup> RAMET, *supra* nota 62, p.59-60.

<sup>88</sup> DRNOVSEK, Janez. The plebiscite. In: *Escape from hell*. Disponível em <<http://www.up-rs.si>>. O texto em inglês é: “A general feeling had taken hold that it was better to leave while there was still time. (...) Tensions between the nationalities were growing; an air of violence hung increasingly heavy.”

<sup>89</sup> RAMET, *supra* nota 62, p. 60.



iugoslava, órgão executivo federal criado após a morte de Tito e composto por um representante de cada república.<sup>90</sup> Na ocasião em que Milošević refutou sua autoridade, a direção da presidência iugoslava, que era rotativa, passaria de um sérvio para um croata (Stipe Mesic).

Milošević justificou sua atitude com a assertiva de que as demais repúblicas estavam formando “uma colisão anti-Sérvia” com uma “política de desintegração da Iugoslávia”.<sup>91</sup> Na verdade, a preocupação demonstrada com “desintegração” constituía uma evidente inversão dos fatos: Milošević é que acabara de praticar o mais veemente atentado contra a unidade iugoslava rejeitando a sua principal autoridade.

A declaração de Milošević ocorreu 8 dias após um protesto nas ruas de Belgrado. A manifestação havia reunido 40 mil sérvios pedindo a renúncia do Presidente, segundo estimativas apresentadas por Ramet.<sup>92</sup> Em sua obra “Balkan Babel”, Ramet provoca seus leitores indagando-lhes o que teria ocorrido caso o protesto houvesse sido vitorioso. Haveria ocorrido a guerra dos Balcãs de todo modo? A isso, acrescentamos, teria a Iugoslávia se transformado em uma Confederação, ou teria, mesmo assim, a dissolução se desencadeado?

### 3.5. Declaração de independência da Eslovênia e da Croácia

Em outubro de 1990, a Eslovênia e a Croácia publicaram uma proposta conjunta de transformar a Iugoslávia em uma Confederação, a qual substituiria a então República. Essa proposta foi fortemente criticada pela Sérvia de Milošević. Em dezembro de 1990, a Eslovênia realizou um plebiscito pela secessão, sendo seguida pelos croatas em 19 de maio de 1991. Como já mencionado na seção 4.3, ambos os plebiscitos tiveram um resultado fortemente favorável à secessão.<sup>93</sup>

À época, mais de 1/4 da população sérvia se encontrava fora de sua própria República. Segundo os dados apresentados por Calic, 580 mil estavam na Croácia (12,2% da população local da Croácia), 1,4 milhão na Bósnia-Herzegovina (31% da população local) e 200 mil em Kosovo (10% da população).<sup>94</sup>

<sup>90</sup> BINDER, David. “Leader of Serbia defies Yugoslavia on Federal Rule”. *The New York Times*, de 17 de março de 1991, p. 1. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1991/03/17/world/leader-of-serbia-defies-yugoslavia-on-federal-rule.html>>.

<sup>91</sup> Ibid, p. 12.

<sup>92</sup> RAMET, *supra* nota 62, p.61.

<sup>93</sup> Deve-se ressaltar que a consulta popular versava sobre o direito de sair da federação iugoslava e ingressar numa “confederação”.

<sup>94</sup> Calic, *supra* nota 40, p.291. Tradução livre dos autores. O texto original, em inglês, é: “In 1991, more than a fourth of the Serb people of 8 million lived outside their own republic: 580,000 were in Croatia (12.2 percent), another 1.4 million lived in Bosnia-Herzegovina (31 percent), and

Os sérvios da Croácia boicotaram o plebiscito de 1991 e fizeram sua própria votação a favor da permanência na Iugoslávia. Neste mesmo ano, declararam a criação da República Sérvia de Krajina, na Croácia.<sup>95</sup>

Em 25 de junho de 1991, a Eslovênia e a Croácia declararam suas respectivas independências. Dois dias depois, a Iugoslávia enviou tropas para essas repúblicas.<sup>96</sup>

## 4. DÉCADA DE 1990: CONFLITOS ARMADOS NA EX-IUGOSLÁVIA

### 4.1. Conflito armado na Eslovênia (1991)

As histórias eslovena e croata tomaram rumos bastante distintos. Em apenas dez dias, as tropas iugoslavas se retiraram da Eslovênia, e as hostilidades foram suspensas, com um número de vítimas fatais baixo, se considerado em termos comparativos: morreram 37 membros do exército iugoslavo e 12 eslovenos.<sup>97</sup> Devido à duração do conflito armado na Eslovênia, este recebeu o nome de “Guerra dos Dez Dias”.

Já na Croácia, o conflito durou quase 5 anos, se alastrou para a Bósnia-Herzegovina e produziu milhares de vítimas de extermínio, estupros, transferências forçadas, tratamento cruel, tortura e outros crimes contra a humanidade.<sup>98</sup>

### 4.2. Conflito armado na Croácia (1991-1995)

Seguindo a declaração de independência croata, a minoria sérvia na Croácia rejeitou a autoridade do Estado recém-criado e afirmou seu direito de permanecer na Iugoslávia. Com o apoio da Sérvia e do Exército Popular da Iugoslávia, os rebeldes croatas de etnia sérvia mantiveram sob seu controle quase 1/3 do território croata e declararam a criação de um Estado sérvio independente.<sup>99</sup>

---

200,000 (10 percent) were threatened with separation from Serbia by the secession of historically significant Kosovo.”

<sup>95</sup> Ibid, p.291 and xxiii.

<sup>96</sup> SUDETICS, Chuck. “Two Yugoslav States vote independence to press demands”. *The New York Times*, de 26 de junho de 1991, p. A1 e A6; cf. RAMET, *supra* nota 62, p.66.

<sup>97</sup> ZIMMERMANN, *supra* nota 83, p. 13.

<sup>98</sup> Cf. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPII). *The prosecutor of the Tribunal against Slobodan Milosevic: second amended indictment*. Caso n. IT-02-54-T. Disponível em <<http://www.un.org/icty/indictment/english/mil-2ai020728e.htm>>.

<sup>99</sup> The Conflicts. *ICTY*, disponível em <<http://www.icty.org/sid/322>>.

Na Croácia, foi promovida uma “violenta companhia de limpeza étnica”, que resultou na expulsão de croatas e de outros não-sérvios.<sup>100</sup> Em 1995, ofensivas militares croatas resultaram no êxodo de um grande número de sérvios para a Bósnia-Herzegovina e para a Sérvia. No outono deste mesmo ano, o conflito armado na Croácia acabou. Eventualmente, a Croácia recuperou o controle sobre todo seu território.<sup>101</sup>

### 4.3. Conflito armado na Bósnia-Herzegovina (1992-1995)

Na Bósnia-Herzegovina, o conflito armado teve início em 1992 e tornou-se “o mais letal conflito de todos na desintegração da Federação Jugoslava”.<sup>102</sup> Em março de 1992, foi realizado um plebiscito na Bósnia-Herzegovina, no qual 60% da população bósnia votou pela independência. Após o plebiscito, bósnios-sérvios rebeldes declararam a criação de uma república sérvia nos territórios por eles controlados na Bósnia-Herzegovina. Os rebeldes receberam o apoio do Sérvia e do Exército Popular da Iugoslávia.<sup>103</sup>

Foi promovida uma campanha sistemática de perseguição contra aqueles que não eram sérvios. Ademais, a superioridade militar dos rebeldes e de seus apoiadores era nítida, o que possibilitou que os rebeldes rapidamente detivessem controle sobre mais de 60% do território bósnio. As tensões na Bósnia-Herzegovina foram ainda agravadas quando os bósnios-croatas “rejeitaram a autoridade do governo bósnio e declararam sua própria república, com o apoio da Croácia”.<sup>104</sup>

O conflito armado na Bósnia-Herzegovina terminou apenas em novembro de 1995, com o início de acordos de paz em Dayton. Estima-se que mais de 100 000 pessoas morreram. Foram deslocadas mais de duas milhões de pessoas, o que representa mais da metade da população na Bósnia-Herzegovina. Ademais, centros de detenção para civis foram criados, e o conflito resultou em um genocídio na cidade de Srebrenica.<sup>105</sup> Os eventos em Srebrenica foram resumidos pela Câmara de Julgamentos do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia no caso *Krstić* (2001):

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid; cf. Corte Internacional de Justiça (CIJ). Julgamento. *Application of the Convention on the Prevention And Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro. Haia, 26 de fevereiro de 2006.

Os eventos em torno da tomada de Srebrenica, “área segura” segundo as [determinações das] Nações Unidas (‘ONU’) na Bósnia e Herzegovina, por parte da Sérvia bósnia, em julho de 1995, tornaram-se bem conhecidos ao redor do mundo. Apesar de uma resolução do Conselho de Segurança da ONU declarar que o enclave deveria estar ‘livre de ataques armados ou de qualquer outro ato hostil’, unidades do Exército da República Sérvia na Bósnia (‘VRS’) lançaram um ataque e capturaram a cidade. Em poucos dias, aproximadamente 25 000 muçulmanos da Bósnia, a maioria mulheres, crianças e idosos que moravam na região, foram removidos e, em uma atmosfera de terror, colocados pelas forças sérvias da Bósnia em ônibus superlotados que atravessaram linhas de confronto no território controlado pelos muçulmanos da Bósnia. Os homens muçulmanos bósnios de Srebrenica, com idade para atuar como militares, tiveram um destino distinto. Milhares deles tentaram fugir da área, foram feitos prisioneiros, detidos em condições brutais e depois executados. Mais de 7 000 pessoas nunca mais foram vistas.<sup>106</sup>

## 5. RESPOSTAS SOB A ÉGIDE DAS NAÇÕES UNIDAS

### 5.1. Sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas

Em setembro de 1991, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU), fazendo explícita referência ao capítulo VII da Carta da ONU, impôs, por unanimidade, “um embargo geral e completo ao fornecimento de armas e equipamento militar à Iugoslávia”.<sup>107</sup> Em conformidade com a interpretação explicitada em resolução posterior (resolução 727), o embargo seria aplicável a toda a ex-Iugoslávia. A sanção imposta pelo CSNU foi estabelecida mediante pedido do governo de Belgrado e em um contexto de acirramento do conflito entre a Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) e a Croácia.

Para muitos críticos, como o diplomata americano Richard Holbrooke, o embargo ao fornecimento de armas e equipamento militar à Iugoslávia foi, na verdade, um presente para os sérvios.<sup>108</sup> Paul Wolfowitz, sub-secretário de defesa do governo Bush (Sênior), reclamou que o embargo era “total

<sup>106</sup> Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia (TPII). Julgamento da Câmara de Julgamentos (*Trial Chamber*). *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-T. Haia, 2 de agosto de 2001.

<sup>107</sup> CSNU. *Resolução 713 (1991)*. Disponível em <<http://www.un.org/Docs/scres/1991/scres91.htm>>, para. 1.

<sup>108</sup> HOLBROOKE, Richard. *To End A War*. Nova Iorque e Toronto: Random House, 1998, p. 30. Tradução dos autores. Texto original completo, em inglês, é: “In 1991, the United Nations Security Council voted to impose an arms embargo on all of Yugoslavia. The United States supported this, and subsequent, resolutions. In practice, this seemingly neutral position was a gift to the Serbs, since almost all the armaments and weapons factories of Yugoslavia were located in Serbia.”

e desastrosamente unilateral em seus efeitos”.<sup>109</sup> Não apenas a Sérvia detinha o controle efetivo dos consideráveis recursos das Forças Armadas Iugoslavas<sup>110</sup>, como também “quase todas as fábricas de armamentos da Iugoslávia eram localizadas na Sérvia”.<sup>111</sup>

## 5.2. Caso da Corte Internacional de Justiça sobre genocídio

### 5.2.1. Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro)

Em 20 de março de 1993, premida por substanciais perdas materiais e humanas e com base na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio<sup>112</sup>, a Bósnia-Herzegovina ingressou com ação contra a Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) na Corte Internacional de Justiça (CIJ).<sup>113</sup> A questão central da mencionada ação era a responsabilidade da Iugoslávia por genocídio de bósnios muçulmanos. A Bósnia-Herzegovina também requereu que a Corte julgasse e declarasse que, em conformidade com o artigo 51 da Carta da ONU<sup>114</sup>, a Bósnia retinha o direito de defender-se e de receber ajuda de outros Estados. Requereu, ainda, que a Corte declarasse que as resoluções do CSNU n. 713 e seguintes não deveriam ser interpretadas de

<sup>109</sup> Apud *ibid*, p. 30.

<sup>110</sup> CORTRIGHT, David e LOPEZ, George A. *The sanctions decade: assessing UN strategies in the 1990s*. Boulder (Colorado) e Londres: Lynne Rienner Publishers, 2000, p. 65. Ver também PHYTHIAN, Mark. The illicit arms trade: ColdWar and Post-ColdWar. *Crime, Law & Social Change* 33: 1–52, 2000, p. 37. De acordo com Lopez e Cortright, apenas no ano de 1990, a Iugoslávia exportou US\$2 bilhões de armamentos, o que denota grande capacidade bélica.

<sup>111</sup> HOLBROOKE, *supra* nota 108, p. 30.

<sup>112</sup> A jurisdição da corte foi assegurada pelo artigo IX, que estabelece que “Os diferendos entre as Partes Contratantes relativos à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, incluindo os diferendos relativos à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos atos enumerados no artigo 3.o, serão submetidos ao Tribunal Internacional de Justiça, a pedido de uma das partes do diferendo.” A Convenção aparece em SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 2a ed. São Paulo: Rideel, 2007.

<sup>113</sup> CIJ. Decisão sobre medidas provisórias. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)): request and further requests for the indication of provisional measures*. Bósnia-Herzegovina c. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro). Haia: 8 de abril de 1993 (*Application of the Genocide Convention – provisional measures*).

<sup>114</sup> Dispõe o artigo 51 que “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais.”

maneira que se impusesse um embargo ao fornecimento de armas para a Bósnia-Herzegovina.

Dada a urgência da tutela pretendida, a Bósnia solicitou à CIJ “medidas provisórias”<sup>115</sup>, no que foi parcialmente atendida em abril de 1993, quando a CIJ determinou, por unanimidade, que a Iugoslávia deveria tomar todas as medidas a seu alcance para impedir a ocorrência do crime de genocídio. Além disso, por 13 votos a 1, a Corte ordenou que a Iugoslávia deveria assegurar que qualquer unidade militar, paramilitar ou unidade armada irregular que pudesse estar sob sua autoridade ou beneficiar-se de seu apoio, ou qualquer organização ou pessoas que estivessem sob seu poder, sua autoridade ou sua influência não cometessem o crime de genocídio, não conspirassem para cometê-lo, não incitassem direta e publicamente este crime e não se tornassem cúmplices, quando este fosse perpetrado contra a população muçulmana da Bósnia-Herzegovina ou contra qualquer outro grupo nacional, étnico, racial ou religioso.<sup>116</sup>

Em setembro de 1993, diante de reclamação da Bósnia de que a Iugoslávia não estava cumprindo com a ordem judicial de abril de 1993, a Corte reafirmou seu posicionamento, numa segunda decisão. Em ambas as circunstâncias, no entanto, a CIJ não invalidou ou reinterpretou o embargo ao fornecimento de armas e equipamento militar. A Corte entendeu que sua jurisdição *ratione materiae* estava embasada no artigo IX da Convenção de Genocídio e, conseqüentemente, só examinaria as medidas cautelares que se “enquadrassem no âmbito da Convenção de Genocídio”.<sup>117</sup>

Do ponto de vista prático, o embargo foi contornado, através da aquisição ilícita de armamentos de um significativo grupo, tais como Estados vizinhos, países árabes, América Latina e até os Estados Unidos.<sup>118</sup> Já do ponto de vista jurídico, permaneceu a relevante indagação quanto a o que se poderia fazer diante de uma decisão possivelmente conflitante com normas de direito internacional.

<sup>115</sup> A previsão das medidas provisórias se encontra no art. 41 do ECIJ: “A Corte terá faculdade para indicar, se considera que as circunstâncias assim o exijam, as medidas provisórias que devam ser tomadas para resguardar os direitos de cada uma das partes.”

<sup>116</sup> *Application of the Genocide Convention – provisional measures*, *supra* nota 113, para. 52.

<sup>117</sup> *Ibid.*, para. 35. O texto original e completo é: “the Court, having established the existence of a basis on which its jurisdiction might be founded, ought not to indicate measures for the protection of any disputed rights other than those which might ultimately form the basis of a judgment in the exercise of that jurisdiction; whereas accordingly the Court will confine its examination of the measures requested, and of the grounds asserted for the request for such measures, to those which fall within the scope of the Genocide Convention”.

<sup>118</sup> Cf. BRZOSKA, Michael. Putting more teeth in UN arms embargoes. In: CORTRIGHT, David e LOPEZ, George A. *Smart sanctions: targeting economic statecraft*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002, p. 130.

Na visão de Lauterpatch, juiz *ad hoc* da CIJ que redigiu uma opinião dissidente no caso, o embargo levava ao desequilíbrio na posse de armas entre as partes conflitantes, e tal desequilíbrio contribuía, em maior ou menor grau, para a consecução de atividades genocidas como a limpeza étnica. Segundo o juiz, como genocídio é vedado por *jus cogens*, a resolução do CSNU, ao contribuir para a realização de atividades genocidas, teria se tornado nula.<sup>119</sup>

Em 2007, a CIJ publicou seu julgamento dos méritos do caso.<sup>120</sup> Primeiramente, à luz das regras de secessão, a Sérvia foi reconhecida pela Corte como sucessora das obrigações assumidas pela Sérvia e Montenegro, Estado confederado que, durante um curto período de tempo, sucedeu a ex-Iugos-

<sup>119</sup> CIJ. Opinião dissidente do juiz *ad hoc* Lauterpatch. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*: request and further requests for the indication of provisional measures. Bósnia-Herzegovina c. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro). Haia: 8 de abril de 1993, para. 103-104. Segundo Lauterpatch: “Now, it is not to be contemplated that the Security Council would ever deliberately adopt a resolution clearly and deliberately flouting a rule of *jus cogens* or requiring a violation of human rights. But the possibility that a Security Council resolution might inadvertently or in an unforeseen manner lead to such a situation cannot be excluded. And that, it appears, is what has happened here. On this basis, the inability of Bosnia-Herzegovina sufficiently strongly to fight back against the Serbs and effectively to prevent the implementation of the Serbian policy of ethnic cleansing is at least in part directly attributable to the fact that Bosnia-Herzegovina’s access to weapons and equipment has been severely limited by the embargo. Viewed in this light, the Security Council resolution can be seen as having in effect called on Members of the United Nations, albeit unknowingly and assuredly unwillingly, to become in some degree supporters of the genocidal activity of the Serbs and in this manner and to that extent to act contrary to a rule of *jus cogens*. What legal consequences may flow from this analysis? One possibility is that, in strict logic, when the operation of paragraph 6 of Security Council resolution 713 (1991) began to make Members of the United Nations accessories to genocide, it ceased to be valid and binding in its operation against Bosnia-Herzegovina; and that Members of the United Nations then became free to disregard it. Even so, it would be difficult to say that they then became positively obliged to provide the Applicant with weapons and military equipment. It must be recognized that the chain of hypotheses in the analysis just made involves some debatable links - elements of fact, such as that the arms embargo has led to the imbalance in the possession of arms by the two sides and that that imbalance has contributed in greater or lesser degree to genocidal activity such as ethnic cleansing; and elements of law, such as that genocide is *jus cogens* and that a resolution which becomes violative of *jus cogens* must then become void and legally ineffective. It is not necessary for the Court to take a position in this regard at this time. Instead, it would seem sufficient that the relevance here of *jus cogens* should be drawn to the attention of the Security Council, as it will be by the required communication to it of the Court’s Order, so that the Security Council may give due weight to it in future reconsideration of the embargo”.

<sup>120</sup> CIJ. Julgamento. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*. Bósnia-Herzegovina c. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro). Haia: 26 de fevereiro de 2007.

lávica. Assim, o julgamento do caso referiu-se à República Sérvia, e esta que será citada no parágrafo que se segue.

A CIJ decidiu que a Sérvia não havia cometido genocídio por meio de seus órgãos estatais ou de pessoas cujos atos lhe fossem atribuídos. Também decidiu que a Sérvia não havia conspirado para a prática de genocídio ou incitado tal prática, nem mesmo sido cúmplice nela. O que a Corte reconheceu foi uma violação por parte da Sérvia de sua obrigação de prevenir o crime de genocídio, à luz da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Também identificou uma violação dessa Convenção a partir da recusa do Estado sérvio de transferir Ratko Mladić para julgamento perante o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia. Mladić havia sido acusado de ter perpetrado genocídio e de ter sido cúmplice em tal prática. Por fim, a CIJ decidiu que, ao não tomar todas as medidas a seu poder para evitar o genocídio em Srebrenica em julho de 1995, a Sérvia havia também violado as medidas provisórias ordenadas pela Corte em 1993.<sup>121</sup>

### 5.2.2. Croácia v. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro)

Em 2 de julho de 1999, a Croácia também ingressou com ação contra a Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) na CIJ, com base na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. O julgamento do caso foi publicado pela Corte em fevereiro de 2015. Nele, a CIJ reconheceu que ocorreram atos constitutivos do elemento material de genocídio contra a etnia croata (*actus reus*). No entanto, a Corte não encontrou um dolo de perpetrar genocídio, elemento necessário para a configuração deste crime (*dolus specialis*). A conclusão da Corte foi que os atos perpetrados contra a etnia croata possuía como objetivo o deslocamento forçado da maioria dos croatas das áreas em disputa, e não sua eliminação total ou parcial.

A Corte também analisou a alegação sérvia (*conter-claim*) de que a Croácia haveria cometido genocídio contra o grupo étnico sérvio na Croácia. Em relação a essa alegação, a CIJ concluiu que, ainda que atos constitutivos do crime de genocídio tenham sido perpetrados, eles não possuíam uma escala que indicasse a existência de uma intenção genocida. Assim, rejeitou igualmente esta alegação.

### 5.3. Criação do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia

Em 25 de maio de 1993, através da resolução 827, o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou um tribunal penal internacional com o

---

<sup>121</sup> Ibid.



propósito de “processar pessoas responsáveis por sérias violações de Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia entre 1º de janeiro de 1991 e data a ser determinada pelo Conselho de Segurança quando se restaurar a paz (...)”.<sup>122</sup> Não foram poucos os questionamentos relativos à legalidade da medida. Uma das primeiras objeções veio da República Federal da Iugoslávia, que declarou que “nenhum tribunal independente, especialmente um tribunal internacional, pode ser um órgão subsidiário de qualquer outro órgão, inclusive do Conselho de Segurança”.<sup>123</sup> Alguns Estados, como México e Cuba, também se opuseram à autoridade do Conselho de Segurança para estabelecer tribunais e, por anos, obstaram um consenso, na Assembleia da ONU, quanto ao financiamento do Tribunal.<sup>124</sup> Por fim, vários indivíduos questionaram, perante cortes domésticas e perante o próprio tribunal, a legalidade de criação de corte pelo CSNU.<sup>125</sup> A seção 7 que se segue analisará essas e outras questões relativas ao Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia.

## 6. TRIBUNAL PENAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA

Segundo o Artigo 29 da Carta da ONU, “[o] Conselho de Segurança poderá estabelecer órgãos subsidiários que julgar necessários para o desempenho de suas funções.”<sup>126</sup> Foi com fulcro neste e em outros dois artigos, quais sejam, Artigos 7 (2) e 41 da Carta, que o Conselho de Segurança criou inúmeros órgãos ao longo de sua história. Como exemplo dos órgãos por ele criados, pode-se citar os comitês de sanções, a Comissão de Demarcação de Fronteiras entre Iraque e Kuwait, a Comissão de Compensação das Nações Unidas e o Tribunal Penal para Ex-Iugoslávia (TPII).<sup>127</sup> É ao estudo deste último que a presente seção se dedica. Nos parágrafos que se seguem, o artigo analisará os seguintes pontos: (i) a legalidade de sua criação; (ii) garantias asseguradas pelo Estatuto do TPII; (iii) a jurisdição do TPII; (v) normas

<sup>122</sup> Resolução 827 (1993), *supra* nota 3.

<sup>123</sup> Apud KIRSCH, Philippe, HOLMES, John e JOHNSON, Mora. International tribunals and courts. In: MALONE, David (ed). *The UN Security Council: from the cold war to the 21st century*. Boulder: Lynne Rienner, 2004, p. 284.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> O texto do artigo 29 é: “O Conselho de Segurança poderá estabelecer órgãos subsidiários que julgar necessários para o desempenho de suas funções.” A versão aqui utilizada é a de SALIBA, *op. cit.*, p. 705.

<sup>127</sup> CIJ. Opinião Consultiva. *Effect of awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*. I.C.J. Reports 1954. Haia: 13 de julho de 1954, p. 47.

regulando a escolha dos juízes do Tribunal; e, finalmente, (vi) encerramento e análise geral dos resultados do Tribunal.

## 6.1. Legalidade da criação do TPII

A criação de órgãos judiciais pelo CSNU suscitou relevantes indagações sobre a atuação do Conselho e seus limites jurídicos. Um dos questionamentos levantados foi quanto à possibilidade de o CSNU, mesmo não sendo um órgão judicial, criar órgãos judiciais. Essa questão pode ser analisada de duas perspectivas. A primeira, a partir da teoria dos poderes implícitos, adotada pela Corte Internacional de Justiça. A segunda, a partir de uma análise do próprio TPII sobre a legalidade de sua criação, feita no caso *Tádic*.

### 6.1.1. Teoria dos poderes implícitos

*Mutatis mutandis*, a questão sobre a possibilidade de criação de um órgão judicial pelo CSNU foi enfrentada pelo CIJ em um parecer consultivo denominado *Efeitos da Sentença de Compensação Proferida pelo Tribunal Administrativo das Nações Unidas*. Neste caso, a Corte indagava-se sobre se a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) teria poderes para estabelecer um tribunal competente para proferir decisões oponíveis contra a própria ONU.<sup>128</sup> Em sua decisão, a Corte reafirmou a teoria dos poderes implícitos, que há 4 anos antes havia sido utilizada pela primeira vez pelo tribunal, em um parecer consultivo de 1949.<sup>129</sup>

De acordo com essa teoria, a ONU disporia dos poderes necessários ao desempenho de suas funções, ainda que estas não constem expressamente na Carta.<sup>130</sup> Como o caso perante a Corte se referia à criação de um tribunal administrativo, a CIJ observou que a existência de um órgão para dirimir eventuais lides entre funcionários e a ONU seria necessária para assegurar o mais alto grau de eficiência, competência e integridade

<sup>128</sup> Ibid, p. 56.

<sup>129</sup> Ver: CIJ. Opinião consultiva. *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. C.I.J. Recueil 1949. Haia: 11 de abril de 1949, p. 174.

<sup>130</sup> Ibid, p. 182. A Corte afirmou que, “Segundo o Direito Internacional, a Organização deve ser considerada como possuidora dos poderes que, se não são expressamente enunciados na Carta, são, por uma necessária decorrência, conferidos à Organização na medida em que são essenciais ao exercício de suas funções”. O texto original em francês é: “Selon le droit international, l’Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s’ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l’Organisation en tant qu’essentiels à l’exercice des fonctions de celle-ci.»

do corpo administrativo. Portanto, o poder da ONU para a criação de um tribunal poderia ser inferido da Carta, ainda que não houvesse expressa previsão. Por fim, a Corte concluiu que, ao criar o Tribunal Administrativo, a Assembleia Geral não estaria delegando poderes, mas sim exercendo uma atribuição conferida a ela pela Carta, qual seja, a de regular relações funcionais. Segundo a Corte, a AGNU poderia exercer tal atribuição inclusive através da criação de um órgão judicial, como foi o caso.<sup>131</sup>

Logicamente, a mesma *ratio juris* se aplica ao Conselho de Segurança. O CSNU foi incumbido pela Carta da principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais. Como decorrência de tal atribuição, deve-se reconhecer que o Conselho foi imbuído também dos apropriados mecanismos para o cumprimento de seu dever.<sup>132</sup> O texto dos artigos 39 e 41 da Carta não apenas corrobora a tese de que o Conselho de Segurança foi dotado dos poderes necessários ao desempenho de suas funções, mas também evidencia a existência de uma ampla margem discricionária quanto à escolha das medidas apropriadas para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.<sup>133</sup> Entretanto, há limites para tal discricionariedade, como

### 6.1.2. Caso Tadić

Passando agora à análise traçada pelo próprio TPII, em 1995, a Câmara de Apelações do TPII analisou a apelação interlocutória sobre jurisdição apresentada por réu Dusko Tadić. Em sua decisão, a Câmara analisou se a criação do TPII pelo Conselho de Segurança foi legal. Para tanto, ela analisou: (i) se a criação de um tribunal internacional se enquadra nas medidas autorizadas pelo Capítulo VII da Carta da ONU; (ii) se a medida foi apropriada; (iii) se a medida foi legal.

<sup>131</sup> Effect of awards, *supra* nota 127.

<sup>132</sup> Cf. *Réparation des dommages*, *supra* nota 129, p. 179.

<sup>133</sup> Cf. TPII. Câmara de Apelações. Decisão interlocutória sobre jurisdição. *Prosecutor v. Dusko Tadić. Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de outubro de 1995. Disponível em < <http://www.un.org/icty/> >. Para a Câmara recursal do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, o artigo 39 deixa a escolha de meios e sua avaliação para o Conselho de Segurança, o qual, a este respeito, goza de amplos poderes discricionários; e não poderia ser diferente, tendo em vista que tal escolha envolve uma avaliação política de situações dinâmicas e altamente complexas. O texto original em inglês é: “Article 39 leaves the choice of means and their evaluation to the Security Council, which enjoys wide discretionary powers in this regard; and it could not have been otherwise, as such a choice involves political evaluation of highly complex and dynamic situations.”

Relativamente ao primeiro ponto, a Câmara de Apelações se referiu ao texto do Artigo 39 da Carta da ONU, que lê:

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.<sup>134</sup>

A Câmara afirmou que o CSNU “é um órgão de uma organização internacional, estabelecido por um tratado que serve como estrutura constitucional para a organização”. Como tal, o Conselho está sujeito “a certas limitações constitucionais”, e seus poderes não podem “ultrapassar os limites da jurisdição da Organização como um todo (...), outros limites específicos ou outros que podem se derivar da divisão interna de poder dentro da Organização”.<sup>135</sup>

Afirmou que cabe ao CSNU determinar se existe uma situação que justifique o uso de seus “poderes excepcionais” sob a égide do Capítulo VII da Carta da ONU. É com base neste capítulo que o Conselho pode adotar ações relativas a ameaças à paz, à ruptura da paz ou a atos de agressão. A Câmara de Apelações lembrou que a discricionariedade do Conselho ao decidir se faz uso de seus poderes derivados do Capítulo VII não é ilimitada. Tal discricionariedade deve manter-se, no mínimo, “dentro dos limites dos propósitos e princípios da Carta”.<sup>136</sup> Também cabe ao CSNU decidir se fará

<sup>134</sup> ONU. Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1946. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap7/>>.

<sup>135</sup> *Tadić*, *supra* nota 132, para. 28. O texto original e completo é: “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).”

<sup>136</sup> *Ibid*, para. 29. O texto original e completo é: “It is the Security Council that makes the determination that there exists one of the situations justifying the use of the “exceptional powers” of Chapter VII. And it is also the Security Council that chooses the reaction to such a situation: it either makes recommendations (i.e., opts not to use the exceptional powers but to continue to operate under Chapter VI) or decides to use the exceptional powers by ordering measures to be taken in accordance with Articles 41 and 42 with a view to maintaining or restoring international peace and security. The situations justifying resort to the powers provided for in Chapter VII

uma recomendação ou se ordenará medidas em consonância com os Artigos 41 e 42 da Carta da ONU. Caso o Conselho opte pela segunda opção, sua discricionariedade limita-se às medidas previstas nos Artigos 41 e 42 da Carta da ONU<sup>137</sup>, isso é:

Artigo 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.*

Artigo 42: No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar e efeito, *por meio de forças aéreas, navais ou terrestres*, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação *poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas.*<sup>138</sup>

Como se percebe do texto supramencionado, a criação de um tribunal penal internacional não está expressamente prevista no Capítulo VII da Carta da ONU. Certamente, a criação de um tribunal não se enquadra no Artigo 42 da Carta da ONU, uma vez que este diz respeito a medidas de natureza militar, que envolvem o uso da força. Tampouco se enquadra nas ações autorizadas pelo Artigo 40, que trata sobre medidas provisórias.<sup>139</sup> No entanto, de acordo com a Câmara de Apelações, *prima facie*, a criação de um tribunal internacional enquadra-se “perfeitamente na descrição do Artigo 41 de medidas que não envolvem ‘o emprego de forças armadas’”.<sup>140</sup>

O entendimento da Câmara de Apelações do TPII se fundamenta em três argumentos. Em primeiro lugar, como demonstra o próprio texto do

---

are a “threat to the peace”, a “breach of the peace” or an “act of aggression.” While the “act of aggression” is more amenable to a legal determination, the “threat to the peace” is more of a political concept. But the determination that there exists such a threat is not a totally unfettered discretion, as it has to remain, at the very least, within the limits of the Purposes and Principles of the Charter.”

<sup>137</sup> Ibid, para. 31-32.

<sup>138</sup> Carta das Nações Unidas, *supra* nota 134. Itálico adicionado pelos autores.

<sup>139</sup> Ibid, para. 33.

<sup>140</sup> Ibid, para. 34. O texto original e completo é “*Prima facie*, the International Tribunal matches perfectly the description in Article 41 of “measures not involving the use of force.”; Carta das Nações Unidas, *supra* nota 133, Artigo 41.

Artigo, as medidas nele mencionadas são exemplos meramente ilustrativos de ações que o Conselho de Segurança pode tomar, não excluindo, assim, outras medidas. Em segundo lugar, esse Artigo autoriza não apenas medidas a serem implementadas por Estados, como também ações institucionais. Em terceiro lugar, tudo o que o supracitado Artigo exige é que a medida escolhida não envolva “o emprego de forças armadas”<sup>141</sup>. Em outras palavras, o Artigo 41 fornece uma “definição negativa”, estabelecendo apenas o que as medidas não podem ser.<sup>142</sup> Por tais razões, a Câmara de Apelações concluiu que “a criação de um Tribunal Internacional enquadra-se dentro dos poderes do Conselho de Segurança sob o Artigo 41”.<sup>143</sup>

Por fim, a Câmara de Apelações do TPII entendeu que, ao criar o TPII, o CSNU não delegou suas funções ou o exercício de seus poderes, nem usurpou para si “parte de uma função judicial que não lhe pertence, e sim pertence a outros órgãos das Nações Unidas, de acordo com a Carta”. A criação do TPII foi “um instrumento para o exercício da principal função [do Conselho] de manutenção da paz e da segurança”. Em outras palavras, tratou-se de uma medida que contribuiu “para a restauração e manutenção da paz na ex-Iugoslávia”.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> Carta da ONU, *ibid.*

<sup>142</sup> *Tadić*, *supra* nota 133, para. 35. O texto original e completo é: “Article 41 reads as follows:”The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.” (United Nations Charter, art. 41.) It is evident that the measures set out in Article 41 are merely illustrative examples which obviously do not exclude other measures. All the Article requires is that they do not involve “the use of force.” It is a negative definition. (...)Moreover, even a simple literal analysis of the Article shows that the first phrase of the first sentence carries a very general prescription which can accommodate both institutional and Member State action. The second phrase can be read as referring particularly to one species of this very large category of measures referred to in the first phrase, but not necessarily the only one, namely, measures undertaken directly by States. It is also clear that the second sentence, starting with “These [measures]” not “Those [measures]”, refers to the species mentioned in the second phrase rather than to the “genus” referred to in the first phrase of this sentence.”

<sup>143</sup> *Ibid.*, para. 36. O texto original e completo é: “In sum, the establishment of the International Tribunal falls squarely within the powers of the Security Council under Article 41.”

<sup>144</sup> *Ibid.*, para. 38. O texto original e completo é: “The establishment of the International Tribunal by the Security Council does not signify, however, that the Security Council has delegated to it some of its own functions or the exercise of some of its own powers. Nor does it mean, in reverse, that the Security Council was usurping for itself part of a judicial function which does not belong to it but to other organs of the United Nations according to the Charter. The Security Council has resorted to the establishment of a judicial organ in the form of an international criminal tribunal as an instrument for the exercise of its own principal function of maintenance

Tendo resolvida esta primeira questão, a Câmara de Apelações do TPII passou à análise quanto a se a criação do TPII se apresentou como uma medida apropriada. A Câmara asseverou que o supracitado Artigo 39 da Carta da ONU entrega ao CSNU a escolha dos meios para a restauração da paz e sua avaliação. Consequentemente, o Conselho recebeu amplos poderes discricionários, o que, na visão da Câmara, é necessário, uma vez que a escolha dos meios para a restauração da paz “envolve avaliação política de alta complexidade e situações dinâmicas”.<sup>145</sup> Por fim, a Câmara afirmou que a análise da legalidade das medidas adotadas pelo CSNU não envolve uma avaliação de seu sucesso ou fracasso para atingirem seu fim.<sup>146</sup>

Por fim, a Câmara passou para a análise quanto ao terceiro ponto, isto é, a legalidade do TPII e a exigência de que um tribunal seja “estabelecido por lei”, de acordo com os direitos humanos. O Artigo 14 do PIDCP garante a “[t]oda pessoa o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei”.<sup>147</sup> Para a Câmara de Apelações, um tribunal penal internacional será “estabelecido por lei” se for “embasado no Estado de Direito e oferecer todas as garantidas consagradas nos relevantes instrumentos internacionais”.<sup>148</sup> Um tribunal deve, portanto, estar conforme o direito não apenas em relação a sua forma, mas também quanto a seu conteúdo, não se podendo guiar por normas que afrontam direitos fundamentais.<sup>149</sup>

---

of peace and security, i.e., as a measure contributing to the restoration and maintenance of peace in the former Yugoslavia.”

<sup>145</sup> Ibid, para. 39. O texto original e completo é: “Article 39 leaves the choice of means and their evaluation to the Security Council, which enjoys wide discretionary powers in this regard; and it could not have been otherwise, as such a choice involves political evaluation of highly complex and dynamic situations.”

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 14 (1), em SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

<sup>148</sup> *Tadić*, *supra* nota 133, para. 42. O texto original e completo é: “This Chamber is (...) satisfied that the principle that a tribunal must be established by law, as explained below, is a general principle of law imposing an international obligation which only applies to the administration of criminal justice in a municipal setting. It follows from this principle that it is incumbent on all States to organize their system of criminal justice in such a way as to ensure that all individuals are guaranteed the right to have a criminal charge determined by a tribunal established by law. This does not mean, however, that, by contrast, an international criminal court could be set up at the mere whim of a group of governments. Such a court ought to be rooted in the rule of law and offer all guarantees embodied in the relevant international instruments. Then the court may be said to be “established by law.”

<sup>149</sup> Cf. conceitos apresentados por FERRAJOLI em *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 12-13.

Nas palavras da Câmara de Apelações do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, um tribunal “estabelecido por lei” é aquele que foi “produzido por órgão competente com observância dos procedimentos jurídicos relevantes e em conformidade com os requisitos de justiça processual”.<sup>150</sup> Esta ideia é reforçada e complementada pela exigência de que o tribunal seja “competente, independente e imparcial” e pela exigência de que o indivíduo disponha das devidas garantias judiciais.

Reiterou, ainda, que não se exige que um tribunal seja pré-estabelecido por lei. Como lembrado pela Câmara de Apelações, houve uma proposta uma emenda ao PIDCP para que fosse exigido que os tribunais fossem “pré-estabelecidos por lei”, e não apenas “estabelecidos por lei”. Tal emenda não obteve sucesso, no entanto.<sup>151</sup> Consequentemente, tribunais *ad hoc* podem estar em consonância com o princípio da legalidade exigido pelo Artigo 14 do PIDCP, desde que estejam embasados no Estado de Direito e ofereçam todas as garantidas consagradas nos relevantes instrumentos internacionais.<sup>152</sup>

A Câmara de Apelações afirmou que as garantias prescritas pelo Artigo 14 do PIDCP “foram adotadas quase literalmente no Artigo 21 do Estatuto do TPII”.<sup>153</sup> Afirmou, ainda, que outras garantias processuais foram incorporadas no Estatuto e nas Regras de Procedimento e Prova do Tribunal.<sup>154</sup>

Pelas razões expostas acima, a Câmara de Apelações entendeu que o TPII “foi estabelecido de acordo com os procedimentos apropriados segundo a Carta das Nações Unidas e oferece todas as garantias necessárias para garantir um julgamento justo”. Consequentemente, concluiu que o TPII foi “estabelecido por lei”.<sup>155</sup>

<sup>150</sup> *Tadić*, *supra* nota 133, para. 45. O texto original e completo é: “The important consideration in determining whether a tribunal has been “established by law” is not whether it was pre-established or established for a specific purpose or situation; what is important is that it be set up by a competent organ in keeping with the relevant legal procedures, and should that it observes the requirements of procedural fairness.”

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> Cf. *ibid.*, para. 42/45.

<sup>153</sup> *Ibid.*, para. 46. O texto original e completo é: “The fair trial guarantees in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights have been adopted almost verbatim in Article 21 of the Statute.”

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> *Ibid.*, para. 47. O texto original e completo é: “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.”



## 6.2. Garantias judiciais

O Artigo 21 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia, mencionado acima, adotou quase que literalmente as garantias explicitadas no Artigo 14 do do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). O Estatuto garante: igualdade perante o tribunal; julgamento público e justo; presunção de inocência; ser informado, pronta e detalhadamente, sobre as acusações que lhe são imputadas; dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa; comunicar-se livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha; ser julgado sem atrasos indevidos; estar presente na audiência de julgamento; defender-se a si próprio ou ser assistido por um defensor da sua escolha; ter um defensor nomeado e custeado pelo tribunal se não puder arcar com sua defesa; inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa, com a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal; não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a se declarar culpado, e guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência.

## 6.3. Jurisdição

A jurisdição do TPII pode ser analisada em quatro aspectos, quais sejam, (i) *ratione materiae*; (ii) *ratione temporis*; (iii) *ratione loci*; e (iv) *ratione personae*. A jurisdição *ratione materiae* responde a pergunta: “quais crimes podem ser julgados perante o TPII?”. A jurisdição *ratione temporis* determina que crimes cometidos a partir de uma determinada data podem ser levados ao TPII. A jurisdição *ratione loci* responde a pergunta: “o TPII tem jurisdição sobre os crimes cometidos em quais Estados?”. Finalmente, a jurisdição *ratione personae* determina quem pode ser julgado.

O TPII tem jurisdição *ratione materiae* sobre quatro categorias de crime. São elas: (i) graves violações das Convenções de Genebra de 1949 (Artigo 2 do Estatuto do TPII); (ii) violações das leis e costumes de guerra (Artigo 3 do Estatuto); (iii) genocídio (Artigo 4 do Estatuto); e (iv) crimes contra a humanidade (Artigo 5 do Estatuto).

O Tribunal tem *ratione personae* sobre pessoas naturais (Artigo 6 do Estatuto do TPII). Tem, ainda, jurisdição *ratione loci* sobre os mencionados

crimes cometidos no território da ex-Iugoslávia, “incluindo sua superfície terrestre, seu espaço aéreo e suas águas territoriais” (Artigo 1 c/c 8 do Estatuto). Por fim, o Tribunal tem jurisdição *ratione temporis* sobre os supramencionados crimes cometidos desde 1º de janeiro de 1991 (Artigo 1 c/c 8 do Estatuto).

No que tange à jurisdição *ratione temporis*, é relevante citar o Artigo 1 do Estatuto do TPII, segundo o qual o TPII “deve ter o poder para processar pessoas responsáveis por sérias violações de direito internacional humanitário cometidos no território da ex-Iugoslávia *desde 1991*”.<sup>156</sup> Percebe-se que este Artigo estabelece apenas o *dies a quo* da jurisdição temporal do Tribunal. Entretanto, no parágrafo segundo da resolução 827 (1993) do CSNU, este determinou a criação do TPII para “processar pessoas responsáveis por sérias violações de Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia *entre 1º de janeiro de 1991 e data a ser determinada pelo Conselho de Segurança quando se restaurar a paz*”.<sup>157</sup>

Apesar do texto da resolução 827 (1993), o CSNU não chegou a determinar a *dies ad quem* para a jurisdição temporal do TPII. Relativamente a essa questão, Sonja Boelaert-Suominen explicou que a jurisdição *ratione temporis* do TPII é “estritamente ligada à definição de conflito armado”.<sup>158</sup> Afinal, o Procurador do Tribunal precisa provar, para cada acusação feita, à exceção da acusação de genocídio, o texto dos artigos que regulam os demais crimes exigem que seja demonstrado “um nexos suficiente entre a alegada ofensa e um conflito armado”.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> *Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia*. Resolução 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 25 de maio de 1993, Artigo 1. O texto original e completo é: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute”. Itálico adicionado pelos autores.

<sup>157</sup> Resolução 827 (1993), *supra* nota. 3.

<sup>158</sup> BOELAERT-SUOMINEN, Sonja. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Kosovo conflict. *International Review of the Red Cross*, n. 837, 2000. Disponível em <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqd2.htm>>. Acesso em 15 fev. 2015.

<sup>159</sup> *Ibid.* O texto original completo é: “Articles 1 and 8 of the ICTY Statute indicate that there is also a temporal limitation to the jurisdiction of the ICTY. The Tribunal can be seized only of cases involving offences committed in the SFRY since 1 January 1991. The *dies a quo* mentioned in the Statute therefore left enough leeway for the Prosecutor to start investigating potential crimes in Kosovo, three years after the conclusion of the Dayton accords which signified the end of hostilities in Bosnia and Herzegovina [49]. It should be noted that there is no express end to the competence *ratione temporis* of the Tribunal in its Statute: Articles 1 and 8 mention only a *dies a quo*, but not a *dies ad quem*. Paragraph 2 of Resolution 827 (1993) of 25 May 1993, by which the Security Council adopted the ICTY Statute, states that the Tribunal is established “for the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the terri-

Cabe, ainda, mencionar que o TPII possui jurisdição concorrente com tribunais domésticos. De acordo com o Artigo 9 (2) do Estatuto do Tribunal, o TPII possui “primazia sobre tribunais nacionais”. A qualquer fase do processo, ele “pode formalmente requerer a cortes nacionais que renunciem da respectiva competência a favor do Tribunal Internacional”.<sup>160</sup> Cassese afirma que a primazia do TPII sobre cortes domésticas justifica-se pelo fato de que, à época da criação do Tribunal, “o ainda existente conflito armado entre os Estados sucessores e a profunda animosidade entre os vários grupos étnicos e religiosos fazia com que fosse improvável que tribunais nacionais estivessem dispostos ou fossem capazes de conduzir um julgamento justo”.<sup>161</sup>

---

tory of the former Yugoslavia between 1 January 1991 and a date to be determined by the Security Council upon the restoration of peace”. Consequently, since the Tribunal was set up as a measure for the restoration of international peace and security, it would be up to the Security Council to decide that the ICTY has served its purpose [50]. Thus far, the Security Council has not amended the Statute or taken other action to set a date for the end of the temporal jurisdiction. For example, at this point in time there has been no resolution that peace has been restored in the SFRY. Another way in which the Tribunal’s jurisdiction might -- conceivably -- end is when there are no longer any serious violations of international humanitarian law that would need to be brought before the ICTY. For the first time since the ICTY’s establishment, its Chief Prosecutor has suggested a date for the completion of the pre-indictment investigative activities by her office. In a recent statement she indicated that in addition to the 19 ongoing investigations, another 17 will have to be completed before the Prosecutor can indicate to the Security Council that the Tribunal’s investigative mandate is exhausted. These investigations, numbering 36 in total, and involving around 150 suspects, should be completed progressively over the next four years, thus by the end of 2004. [51]. On the other hand, as will be explained below, any decision of the Tribunal on its competence *ratione temporis* is narrowly linked to the definition of armed conflict. Except for the charge of genocide (Article 4), the Prosecutor needs to prove for each other category of charges, i.e. grave breaches (Article 2), violations of the laws or customs of war (Article 3) and crimes against humanity (Article 5), that there was a sufficient nexus between the alleged offence and an armed conflict.”

<sup>160</sup> Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, *supra* nota 156, Artigo 9. O texto original e completo é “The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991. 2. The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal”.

<sup>161</sup> CASSESE, Antonio. *Cassese’s International Criminal Law*. Third edition. Gosport: Oxford University Press, 2013, p 293. O texto original completo é: “In the case of the former Yugoslavia, at the time of the establishment of the Tribunal, the still ongoing armed conflict among the successor states and the deep-seated animosity between the various ethnic and religious groups made national courts unlikely to be willing or able to conduct fair trial. As for other states, the experience built up until that time showed that they shield away from bringing to trial alleged perpetrators of crimes committed elsewhere. Similar considerations held true for Rwanda, where, in addition, the judicial system had collapsed and, consequently, seemed unable to render justice.”

Por fim, ressalta-se que o TPII detém jurisdição para determinar sua própria jurisdição. Como observou a Câmara de Apelações no caso *Tadić*, mencionado acima, a chamada *compétence de la compétence* “é um componente necessário no exercício da função judicial e não precisa estar expressamente prescrita nos documentos constitutivos [de tribunais judiciais ou arbitrais]”.<sup>162</sup>

#### 6.4. Juízes

O Artigo 13 do Estatuto do Tribunal para a Ex-Iugoslávia determinou que os juízes fossem escolhidos “dentre pessoas que gozem de alta consideração moral, integridade e imparcialidade e que possuam as condições exigidas nos seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias.”<sup>163</sup> Ademais, nota-se que o Artigo exige dois requisitos adicionais em relação àqueles exigidos expressamente pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça para os juízes da CIJ, isto é, integridade e imparcialidade.<sup>164</sup>

#### 6.5. Encerramento e cálculo geral

##### 6.5.1. Encerramento e criação do Mecanismo Residual

Por meio da Resolução 1966 (2010), o CSNU criou o Mecanismo Internacional Residual para Tribunais Penais.<sup>165</sup> Este possui dois ramos, um responsável por exercer uma série de funções residuais necessárias do TPII,

<sup>162</sup> *Tadić*, *supra* nota 133, para. 18. O texto original e completo é: “This power, known as the principle of “*Kompetenz-Kompetenz*” in German or “*la compétence de la compétence*” in French, is part, and indeed a major part, of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial or arbitral tribunal, consisting of its “jurisdiction to determine its own jurisdiction.” It is a necessary component in the exercise of the judicial function and does not need to be expressly provided for in the constitutive documents of those tribunals, although this is often done (see, e.g., Statute of the International Court of Justice, Art. 36, para. 6). But in the words of the International Court of Justice: “[T]his principle, which is accepted by the general international law in the matter of arbitration, assumes particular force when the international tribunal is no longer an arbitral tribunal [ . . . ] but is an institution which has been pre-established by an international instrument defining its jurisdiction and regulating its operation.” (Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), 1953 I.C.J. Reports 7, 119 (21 March).)”

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> O artigo 2º do Estatuto da Corte Internacional estabelece que “A Corte será composta por um corpo de juizes independentes, eleitos sem atenção à sua nacionalidade, dentre pessoas que gozem de alta consideração moral e possuam as condições exigidas nos seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias, ou que sejam jurisperitos de reconhecida competência em Direito Internacional.”; cf. SALIBA, *op. cit.*, p. 734. Os grifos são nossos.

<sup>165</sup> ONU. *Resolução 1966 (2010)*. S/RES/1966 (2010). Nova Iorque, 22 de dezembro de 2010.

e outro com as mesmas atribuições, mas referente ao Tribunal Penal Internacional para Ruanda. O Mecanismo não possui a competência para formulará novas denúncias que não houvessem já sido iniciadas pelos referidos Tribunais Penais Internacionais, exceto aquelas referentes a pessoas que obstruíram as atividades judiciais desses órgãos ou indivíduos que forneceram, intencionalmente, falso testemunho perante os Tribunais.<sup>166</sup>

O Mecanismo Residual caracteriza-se como uma estrutura “pequena, temporária e eficiente”<sup>167</sup>, criada nos últimos anos de atividade dos Tribunais referidos, que hoje exerce algumas das atividades essenciais dos dois tribunais após o fechamento deles. Em consonância com as determinações da Resolução 1966 (2010), o ramo do Mecanismo responsável pelas funções residuais do TPII iniciou suas atividades em Haia em 1º de julho de 2013.<sup>168</sup>

A Resolução 1966 (2010), que instituiu o Mecanismo Residual, continha um pedido formulado pelo CSNU para que os Tribunais tomassem todas as medidas possíveis para completarem seus trabalhos até o dia 31 de dezembro de 2014, preparando-se para seu encerramento e transição de suas funções remanescentes para o Mecanismo Residual.<sup>169</sup> O efetivo encerramento desses órgãos não se deu, entretanto, no momento planejado. Por mais de 4 anos, o Mecanismo Residual e o TPII atuaram concomitantemente. Foi apenas em 2016 que o CSNU estendeu, pela última vez, o mandato dos juízes do TPII e nomeou os últimos Presidente e Procurador do Tribunal. Isso se deu por meio da Resolução 2329, sob a condição de que fossem estas as últimas extensões e nomeações para o Tribunal. Nesta Resolução, o Conselho reiterou seu pedido de que o Tribunal completasse seu trabalho e facilitasse seu encerramento o mais prontamente possível. Em 31 de dezembro de 2017, o CSNU emitiu uma nota de imprensa que marcou o fechamento do Tribunal naquele mesmo dia.<sup>170</sup> Com o fechamento do TPII, o Mecanismo Residual tornou-se a única instituição a conduzir as atividades essenciais antes sob a competência do TPII.<sup>171</sup>

<sup>166</sup> Ibid, Anexo 1, Artigo 1.

<sup>167</sup> Ibid, Preâmbulo, para.7. Tradução livre dos autores. O texto original e completo, em inglês, é: “Emphasizing that, in view of the substantially reduced nature of the residual functions, the international residual mechanism should be a small, temporary and efficient structure, whose functions and size will diminish over time, with a small number of staff commensurate with its reduced functions”.

<sup>168</sup> Ibid, parágrafo dispositivo 1.

<sup>169</sup> Ibid, parágrafo dispositivo 3.

<sup>170</sup> ONU. “Security Council Press Statement on Closure of International Tribunal for Former Yugoslavia”, 31 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.un.org/press/en/2017/sc13151.doc.htm>>. Ver também: ONU. “International Tribunals”. Disponível em: <<https://www.un.org/securitycouncil/content/repertoire/international-tribunals>>.

<sup>171</sup> Para mais informações, ver: ONU. “International Residual Mechanism For Criminal Tribunals”. Disponível em: <<https://www.irmct.org/en>>.

### 6.5.2. Resultados do TPII

O TPII foi estabelecido em maio de 1993, através da Resolução 827, e finalizou-se em 31 de dezembro de 2017. Em seus mais de 24 anos de história, o Tribunal julgou 161 indiciados por crimes cometidos na ex-Iugoslávia, sediou 10,8 mil dias de julgamentos e ouviu 4650 testemunhas.<sup>172</sup> Dentre esses 161 réus que responderam a processo em Haia, 94 foram julgados culpados, 19 inocentados, 37 tiveram seus procedimentos terminados ou as denúncias contra si retiradas, 13 tiveram seus casos entregues a um Estado dos Balcãs, e 2 estão sendo julgados novamente perante o Mecanismo Residual.<sup>173</sup>

As sentenças condenatórias por parte do TPII foram (ou, dependendo de sua duração, ainda o são) executadas em diversos países europeus. Segundo dados do TPII divulgados em novembro de 2017, as execuções de sentença se deram, sobretudo, na Finlândia (executa 7 condenações), na Noruega (6 condenações), na Alemanha (*idem*) e na Áustria (*idem*), sendo seguidas por Itália (5), Espanha (*idem*), França (4), Suécia (*idem*), Dinamarca (*idem*), Estônia (3), Reino Unido (*idem*), Portugal (1) e Bélgica (*idem*). Esses números totalizam 55 condenações, e excluem as sentenças cujo tempo de prisão foram exauridos devido ao tempo cumprido em detenção durante a condução do julgamento, bem como os casos em que os condenados ainda aguardam transferência.<sup>174</sup>

Através de suas atividades, o Tribunal promoveu o direito à justiça de vítimas e suas famílias, bem como garantias judiciais essenciais dos acusados. Contribuiu não apenas para a promoção de *accountability* e de confiança no sistema de justiça, que, neste caso, deu-se por via internacional, como também contribuiu para o desenvolvimento do direito penal internacional, através de suas decisões.

### 6.5.3. Críticas à criação do TPII

Antonio Cassese comentou sobre as várias objeções que foram feitas ao TPII. Segundo ele, as duas principais críticas afirmam que: (i) o CSNU agiu *ultra vires* ao criar o Tribunal; (ii) o Tribunal foi estabelecido para

<sup>172</sup> TPII. “ICTY marks official closure with moving Ceremony in the Hague”, 27 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.icty.org/en/press/icty-marks-official-closure-with-moving-ceremony-in-the-hague>>. TPII. “Infographic: ICTY Facts & Figures”. Disponível em: <<https://www.icty.org/en/content/infographic-icty-facts-figures>>.

<sup>173</sup> “Infographic: ICTY Facts & Figures”, *ibid*.

<sup>174</sup> *Ibid*.

compensar falhas diplomáticas e políticas; (iii) ao criar o tribunal para tratar de crimes alegadamente cometidos em um país em particular, o CSNU optou por uma “justiça seletiva”.<sup>175</sup>

A primeira crítica foi analisada na seção 7.2, acima. Relativamente à segunda crítica, Cassese entendeu que ela está correta. Por fim, com relação à terceira crítica, o doutrinador afirmou que é possível responder que, embora questionável uma tal “justiça seletiva”, ela é melhor do que nenhuma. Na visão de Cassese, na ausência de um tribunal penal internacional com jurisdição universal, “a criação de tribunais *ad hoc* provou-se salutar”.<sup>176</sup>

É, ainda, interessante analisar as críticas que Anthony D’Amatto fez ao TPII em 1994, enquanto as hostilidades ainda não haviam cessado na ex-Iugoslávia. D’Amatto entendia que o estabelecimento do Tribunal podia gerar um efeito de dissuasão (*deterrence*) no que tange a futuros possíveis crimes em conflitos armados. Entretanto, tal efeito de dissuasão poderia ser “irrelevante para as vítimas de atrocidades na Bósnia” e poderia, ainda, dificultar as negociações de paz, pois os líderes da ex-Iugoslávia poderiam se recusar “a assinar um tratado de paz que [iria] prejudicá-los”.<sup>177</sup>

D’Amatto, então, propôs uma solução teórica para os questionamentos expostos acima. Segundo o autor, a ONU poderia informar às partes do conflito que um tribunal penal internacional seria estabelecido,

<sup>175</sup> CASSESE, *supra* nota 161, p. 260. O texto original e completo é: “The setting up of the ICTY gave rise to many objections. In brief, the principal criticisms were that: (i) the Tribunal was established to make up for the impotence of diplomacy and politics; (ii) by establishing the Tribunal, the Security Council exceeded its powers under the Charter, adopting an act that was patently ultra vires; (iii) by the same token, by creating a criminal court dealing only with crimes allegedly committed in a particular country, instead of gratin to the new court jurisdiction over crimes committed everywhere in the world, the Security Council had opted for ‘selective justice.’”

<sup>176</sup> Ibid. O texto original e completo é: “The first criticism is rights. The Tribunal’s Appeals Chamber, in *Tadić* (IA), proved the second critics to be wrong (...). As for the attack on “selective justice”, one could answer that such justice, however objectionable, is better than no court at all. Half a loaf is better than pie in the sky. As long as an international criminal court endowed with universal jurisdiction was lacking, the establishment of ad hoc tribunals proved salutary.”

<sup>177</sup> D’AMATTO, Anthony. Peace vs. Accountability in Bosnia. 88 *American Journal of International Law* 500-506, 1994, p. 4. O texto original e completo é: “The international interest consists of deterring would-be war criminals. This interest may be quite irrelevant to the victims of the atrocities in Bosnia, but it is forward-looking in its attempt to deter similar atrocities in future conflicts. This line of reasoning seems to take us further into a dilemma. If we posit an international interest in deterrence that is above and beyond the interests of the parties in the peace negotiations, we face the problem that the leaders of former Yugoslavia may simply refuse to sign a treaty of peace that will jeopardize them personally. Even if they accept the logic of deterring future war criminals, they still can be presumed to be driven primarily by the practical motive of self-preservation.”

“exceto se muçulmanos, croatas e sérvios concordassem entre si, nas negociações de paz, a pedir às Nações Unidas que dissolvesse o tribunal – um pedido que o Conselho de Segurança acataria”. A ideia de D’Amatto era criar uma estratégia de barganha em negociações de paz.<sup>178</sup> Segundo o autor, essa estratégia eliminaria o obstáculo prático à paz e ainda poderia atingir a maior parte dos objetivos de dissuasão almejados com a criação de um tribunal.<sup>179</sup>

D’Amatto explicou que, se uma das partes cometeu mais crimes de guerra que a outra, a primeira teria mais interesse em eliminar um possível tribunal para crimes de guerra. Conseqüentemente, as outras partes ganhariam maior poder de barganha e, assim, poderiam ganhar alguma vantagem nas negociações de paz em troca de não estabelecerem um tribunal penal. No caso do conflito na ex-Iugoslávia, o autor sugeriu que essa vantagem poderia ser uma porção disputada do território da Bósnia.<sup>180</sup>

A aplicação dessa teoria transformaria o crime de guerra em um “custo de guerra”.<sup>181</sup> Em outras palavras, os custos de cometerem-se crimes de guerra seriam internalizados e, com isso, o direito internacional fortaleceria a teoria de que “crimes de guerra não são exigidos por necessidade militar e, na verdade, são contraprodutivos a ela”.<sup>182</sup>

Segundo D’Amatto, um sistema compensatório poderia ser muito mais benéfico para as vítimas de um crime do que “colocar um criminoso na cadeia, onde ele não faz nada de bom para as vítimas e sobrecarrega a sociedade (...) com custos de encarceramento”.<sup>183</sup> Para o autor, esse sistema poderia

<sup>178</sup> Ibid. O texto completo e original é: “It is difficult to see a practical way out of the dilemma. However, a theoretical solution is conceivable. It is one that might excite interest among law-and-economics scholars who regard everything in life as having a monetary price. The solution is as follows: the United Nations would tell the warring parties to the Bosnian conflict that the international war crimes tribunal will proceed unless the Muslims, Croats and Serbs agree inter se in their peace negotiations to ask the United Nations to dissolve the tribunal—a request that the Security Council will grant. By thus delegating the decision on war crimes prosecution to the antagonists themselves, the United Nations would have put the tribunal in play as an explicit bargaining chip in the peace negotiations.”

<sup>179</sup> Ibid, p. 5.

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Ibid, p. 7.

<sup>182</sup> Ibid. O texto completo e original é: “By internalizing the costs of the commission of war crimes, international law will be able to bring to a successful conclusion the theory that war crimes are not required by, and indeed are counterproductive to, military necessity.”

<sup>183</sup> Ibid, p. 6. O texto completo e original é: “It is arguable today that a compensatory system would do a lot more for the victims of crime than putting the criminal in jail where he does no good to the victims and burdens society (including the victims as taxpayers) with the costs of incarceration.”



ser implementado em negociações de paz internacionais, em que “[t]odas as partes têm bens que o outro lado deseja”.<sup>184</sup>

O efeito da dissuasão de tribunais internacionais é também questionado por Martti Koskenniemi.<sup>185</sup> O autor nota que, caso partamos do pressuposto da existência do que Kant chamou de “mal radical” - isto é, aquele que “excede as barreiras da racionalidade instrumental”, o mal que “não busca nenhum objetivo para além de si mesmo” -, então não há de se falar em dissuasão.<sup>186</sup> Afinal, cálculos sobre a probabilidade de punição não seriam relevantes para esse mal que se localiza para além da racionalidade instrumental. Se, por outro lado, não se aplica a teoria do “mal radical”, ainda assim o argumento de que tribunais internacionais promovem um efeito de dissuasão pode ser questionado. Esse questionamento se daria “à medida em que as atrocidades do século 20” emergiram “não de intenção criminosa”, mas como ramificações de projetos daquilo que se apresentava como “o bem”, como “o mundo melhor”.<sup>187</sup>

Koskenniemi, então, reconhece que tribunais internacionais podem ter sua utilidade não apenas no estabelecimento de punições ou num potencial efeito de dissuasão contra futuros crimes, mas também no estabelecimento da verdade. Em outras palavras, o estabelecimento de um tribunal internacional e a realização de julgamentos nessas instituições podem ser relevantes para a consecução do objetivo de educar povos em relação a “verdades históricas”.<sup>188</sup> Entretanto, o autor introduz uma problemática, ao notar que passar uma verdade histórica como tal, de forma irrefutável e absoluta, pode demandar o silenciamento do réu. Nesse caso, o julgamento se transformaria em um “*show trial*”.<sup>189</sup> Para ser legítimo, um julgamento deve garantir o direito de resposta do réu. Ao mesmo tempo, a realização desse direito pode permitir ao réu construir uma narrativa na qual a verdade apresentada pelo tribunal é questionada, e ele é apresentado como mártir.

Relativamente aos referidos fins didáticos almejados por tribunais internacionais, Koskenniemi questiona em que medida a realização de um processo conduzido por atores internacionais em Haia pode atingir os propósitos esperados pelo TPII. No caso do conflito na ex-Iugoslávia, o autor

<sup>184</sup> Ibid. O texto completo e original é: “Although it is most unlikely for a domestic system ever to consist of citizens who each have that degree of wealth, in international peace negotiations the opposite is true. All parties to the peace negotiations have assets that the other side desires.”

<sup>185</sup> Koskenniemi, Martti. “Between Impunity and Show Trials”. *Max Planck UNYB* 6, 2002.

<sup>186</sup> Ibid, p.8.

<sup>187</sup> Ibid, p.8.

<sup>188</sup> Ibid, p.34.

<sup>189</sup> Julgamento de fachada, midiático; um espetáculo.

nota a resistência da população dos Balcãs à ausência de pena de morte no Tribunal de Haia, bem como o retorno triunfal a Zagreb de um homem condenado por crimes de guerra após cumprir sua sentença, fatos que, em 2002, colocavam dúvidas sobre as ambições educativas do TPII.

## CONCLUSÃO

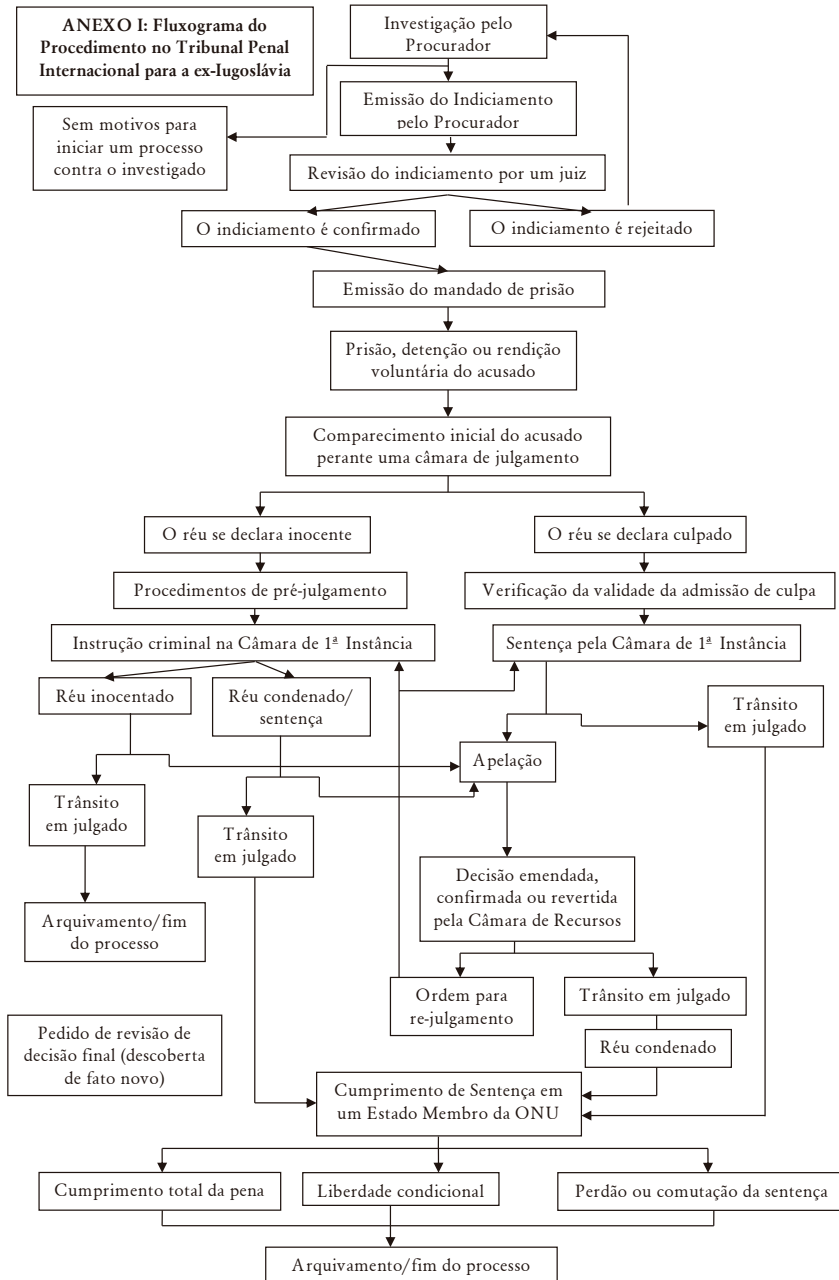
Escrever sobre o conflito nos Balcãs não é tarefa fácil. Compreender o conflito da década de 1990 e seus desdobramentos demanda retornar, no mínimo, até a primeira metade do século XX e lembrar os diversos âmbitos da história da região e dos grupos étnicos que nela habitam. Adicionalmente, falta consenso sobre o número de vítimas nos conflitos que se desdobram ao longo da história da Iugoslávia. Por fim, os estudos historiográficos da região são, por vezes, polarizados e influenciados substancialmente por preferências políticas de alguns pesquisadores. Assim, uma investigação de diversas fontes, que, por vezes, divergem entre si, faz-se necessária para um trabalho que almeja ser objetivo e científico.

O presente capítulo busca realizar tal exercício investigativo. Começa descrevendo a invasão da Iugoslávia por forças do Eixo durante a Segunda Guerra Mundial e os crimes cometidos pela *Ustaša*. Segue para a ascensão dos *partisans* ao poder no país e o surgimento da República Socialista da Iugoslávia de Tito. A quarta seção do capítulo dedica-se a explicar as crises que levaram à dissolução da ex-Iugoslávia, sendo seguido por uma seção dedicada exclusivamente aos conflitos na região na década de 1990.

A seção sexta analisa as respostas ao conflito erigidas sob a égide das Nações Unidas. Uma delas, a criação do TPII, é objeto exclusivo do capítulo 7. Este explica que o TPII foi criado para responder a sérias violações de direito penal internacional e de direitos humanos. Embora suscetível a diversas críticas, sua criação foi tida como legal, questão analisada pelo próprio Tribunal em *Tadić*.

O TPII contribuiu não apenas para um processo de justiça nos Estados atingidos pelo conflito na ex-Iugoslávia, como também para o desenvolvimento do direito penal internacional, ramo ainda recente do direito internacional público. Como afirmou Cassese, a criação de tribunais penais internacionais “tem dado um estupendo impulso à evolução de um corpo próprio de normas penais internacionais”.<sup>190</sup>

<sup>190</sup> CASSESE, *supra* nota 161, Chapter 1. O texto original e completo é: “the recent establishment of international criminal courts, in particular the ICC, has given a stupendous impulse to the evolution of a corpus of international criminal rules proper.”



**ANEXO II:  
LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E  
FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL PENAL  
INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA<sup>191</sup>**

**1º de dezembro de 1918** – É criado o Reino da Iugoslávia, no qual se coligavam variados povos balcânicos.

**29 de novembro de 1945** – Por influência da União Soviética, o Reino da Iugoslávia é extinto, sendo substituído pela República Popular Federal da Iugoslávia, composta por seis repúblicas (Sérvia, Croácia, Bósnia e Herzegovina, Macedônia e Montenegro) e duas regiões autônomas na Sérvia (Kosovo e Vojvodina).

**14 de janeiro de 1953** – O Marechal Josip Broz Tito ascende ao poder na Iugoslávia, instalando um regime repressivo.

**4 de maio de 1980** – O Marechal Tito morre, dando início a uma severa crise econômica na Iugoslávia e ao aumento das tensões entre os grupos nacionais, étnicos e religiosos locais.

**8 de maio de 1989** – Slobodan Milošević se torna o Presidente da Sérvia, implementando uma agressiva política de centralização da Iugoslávia sob o governo sérvio e de redução da autonomia das outras repúblicas iugoslavas.

**25 de junho de 1991** – Em resposta à política da Sérvia de centralização política, a Eslovênia e a Croácia declaram sua independência da Iugoslávia.

**27 de junho de 1991** – Em reação à declaração de independência de 25 de junho de 1991, o Exército Nacional Iugoslavo invade a Eslovênia, dando início à Guerra dos Dez Dias.

**7 de julho de 1991** – Assinatura do Acordo de Brioni pela Eslovênia, Croácia e Iugoslávia, sob os auspícios das Comunidades Europeias, encerrando o conflito na Eslovênia. Terminava-se a Guerra dos Dez Dias.

**Julho de 1991** – Tropas iugoslavas invadem a Croácia com a ajuda de grupos paramilitares sérvios, a fim de suprimir o movimento separatista croata. Inicia-se um violento conflito armado na área.

**8 de setembro de 1991** – A Macedônia realiza um referendo, no qual a vasta maioria dos votantes optou pela independência.

**25 de setembro de 1991** – A Macedônia declara sua independência sem enfrentar qualquer resistência por Belgrado.

---

<sup>191</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.

**19 de dezembro de 1991** – As regiões da Croácia majoritariamente habitadas por sérvios conjuntamente declaram sua independência, criando a República Sérvia de Krajina. Diversos crimes são cometidos contra a população local não-sérvia.

**17 a 23 de novembro de 1991** – Depois de uma série de acordos de paz fracassados, Cyrus Vance, ex-Secretário de Estado dos Estados Unidos e Enviado Especial do Secretário-Geral da ONU, viaja à Iugoslávia para negociar o fim do conflito na Croácia. Os resultados dessas negociações ficaram conhecidos como Plano Vance.

**18 de novembro de 1991** – Com o apoio da Croácia, a área majoritariamente habitada por croatas no Oeste da Bósnia e Herzegovina declara sua independência, criando a República Croata de Herzeg-Bósnia. Diversos crimes são cometidos contra a população local não-croata.

**23 de novembro de 1991** – Como parte do Plano Vance, Franjo Tuđman (Presidente da Croácia), o General Veljko Kadijević (Ministro da Defesa da Iugoslávia) e Slobodan Milošević (Presidente da Sérvia) assinam o Acordo de Genebra, um tratado de paz concluído na cidade de mesmo nome. Por meio do Acordo, eles se comprometeram com a cessação imediata das hostilidades na Croácia e a retirada das tropas iugoslavas do território croata.

**Final de novembro de 1991** – Nos termos do Acordo de Genebra de 23 de novembro de 1991, o Exército da Iugoslávia formalmente inicia a sua retirada da Croácia, mas continua a apoiar militarmente a República Sérvia de Krajina.

**2 de janeiro de 1992** – Como parte do Plano Vance, o Acordo de Implementação ou Acordo de Sarajevo é assinado na cidade de mesmo nome por Gojko Šušak (Ministro da Defesa croata) e Andrija Rašeta (Tenente General do Exército da Iugoslávia).

**15 de janeiro de 1992** – As Comunidades Europeias reconhecem a Croácia como um Estado independente.

**21 de fevereiro de 1992** – Por meio da Resolução n. 743, o Conselho de Segurança da ONU cria a Força de Proteção das Nações Unidas (*United Nations Protection Force* - UNPROFOR), a primeira força de manutenção da paz das Nações Unidas na Croácia e na Bósnia e Herzegovina.

**29 de fevereiro e 1º de março de 1992** – Um referendo é realizado na Bósnia e Herzegovina, no qual a vasta maioria dos votantes optou pela independência. A população sérvia da Bósnia e Herzegovina boicotou o referendo.

**3 de março de 1992** – A Bósnia e Herzegovina formalmente declara a sua independência da Iugoslávia.

**6 de abril de 1992** – As Comunidades Europeias reconhecem a Bósnia e Herzegovina como um Estado independente.

**7 de abril de 1992** – As regiões da Bósnia e Herzegovina majoritariamente habitadas por sérvios conjuntamente declaram sua independência, criando a *Republika Srpska*. Diversos crimes são cometidos contra a população local não-sérvia.

**8 de abril de 1992** – A República Croata de Herzeg-Bósnia cria seu próprio exército: o Conselho de Defesa Croata (*Hrvatsko Vijeće Obrane* - HVO).

**18 de maio de 1992** – O Conselho de Segurança da ONU recomenda a admissão da Croácia e da Eslovênia como membros da Organização.

**20 de maio de 1992** – O Conselho de Segurança da ONU recomenda a admissão da Bósnia e Herzegovina como membro da Organização.

**22 de maio de 1992** – A Assembleia Geral da ONU formalmente admite a Croácia, Eslovênia e Bósnia e Herzegovina como membros da Organização.

**19 de junho de 1992** – Hostilidades se iniciam entre a República Croata de Herzeg-Bósnia e a Bósnia e Herzegovina.

**13 de julho de 1992** – O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 764, na qual reconhece, pela primeira vez, que os criminosos de guerra iugoslavos são individualmente responsáveis por seus delitos.

**26 de agosto de 1992** – Inicia-se a Conferência Internacional sobre a ex-Iugoslávia, o principal marco multilateral para as negociações de paz em relação aos conflitos na ex-Iugoslávia. Era presidida conjuntamente pelo Secretário-Geral da ONU e o Presidente das Comunidades Europeias por meio de seus respectivos representantes.

**6 de outubro de 1992** – O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 780, por meio da qual solicita ao Secretário-Geral da ONU, Boutros Boutros-Ghali, a criação de uma comissão imparcial de especialistas para analisar e investigar os crimes cometidos na Iugoslávia.

**14 de outubro de 1992** – Conforme solicitado na Resolução n. 780 do Conselho de Segurança da ONU, o Secretário-Geral Boutros-Ghali publica um relatório determinado os parâmetros para a criação, composição e funcionamento da comissão de especialistas para investigar os crimes cometidos na Iugoslávia.

**26 de outubro de 1992** – O Secretário-Geral da ONU nomeia cinco membros para a comissão de especialistas encarregada de investigar os crimes cometidos na Iugoslávia. Inicialmente, o seu Presidente era o holandês Frits Kalshoven, que, depois de ter renunciado por motivos de saúde, foi substituído por Cherif Bassiouni.

**17 de novembro de 1992** – O Secretário-Geral da ONU encaminha ao Conselho de Segurança e à Assembleia Geral o relatório do Relator Especial da ONU sobre a Situação dos Direitos Humanos na ex-Iugoslávia, Tadeusz Mazowiecki (Polónia), no qual se atesta a existência de evidências de que crimes de guerra ocorreram na ex-Iugoslávia e a necessidade de uma investigação sobre estes crimes e seus responsáveis com o objetivo de permitir o julgamento deles perante um tribunal internacional, se for o caso.

**26 de janeiro de 1993** – A comissão de especialistas liderada por Cherif Bassiouni publica seu primeiro relatório, no qual atesta que crimes de guerra, crimes contra a humanidade e, possivelmente, genocídio estavam sendo cometidos nos conflitos armados na Iugoslávia. Também recomenda a criação, pela ONU, de um tribunal penal internacional *ad hoc* especificamente para a Iugoslávia.

**2 de fevereiro de 1993** – O Secretário-Geral da ONU encaminha um relatório ao Conselho de Segurança sobre as atividades da Conferência Internacional sobre a ex-Iugoslávia. O relatório atesta que a Conferência também recomendava a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc* para a Iugoslávia.

**10 de fevereiro de 1993** – A França encaminha uma carta ao Secretário-Geral da ONU propondo a criação, pelo Conselho de Segurança, de um tribunal penal internacional *ad hoc* para a Iugoslávia. A carta acompanhava um detalhado relatório sobre o tribunal proposto e uma sugestão de estatuto.

**16 de fevereiro de 1993** – A Itália encaminha uma carta ao Secretário-Geral da ONU propondo a criação, pelo Conselho de Segurança, de um tribunal penal internacional *ad hoc* para a Iugoslávia. A carta acompanhava uma proposta de estatuto e notas explicativas.

**18 de fevereiro de 1993** – A Suécia, em nome da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa, encaminha uma carta ao Secretário-Geral da ONU propondo a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc* para a Iugoslávia. A carta acompanhava uma proposta de estatuto.

**22 de fevereiro de 1993** – O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 808, na qual decide que um tribunal penal internacional para

julgar as pessoas responsáveis por graves violações do Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1991 deveria ser criado. Solicita ao Secretário-Geral a elaboração de um relatório sobre as melhores alternativas para a criação desse tribunal.

**7 de abril de 1993** – O Conselho de Segurança da ONU recomenda a admissão da Macedônia como membro da Organização.

**8 de abril de 1993** – A Assembleia Geral da ONU formalmente admite a Macedônia como membro da Organização, sob o nome de República da Macedônia do Norte.

**3 de maio de 1993** – O Secretário-Geral da ONU publica o relatório solicitado na Resolução n. 808 do Conselho de Segurança, no qual recomenda que um tribunal penal internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia seja criado por uma resolução do Conselho de Segurança adotada sob o Capítulo VII da Carta da ONU; descreve a estrutura, funcionamento e procedimento no futuro tribunal; e apresenta uma proposta de estatuto.

**25 de maio de 1993** – Por meio da Resolução n. 827, adotada sob o Capítulo VII da Carta da ONU, o Conselho de Segurança cria o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII). O Conselho adotou o estatuto proposto pelo Secretário-Geral sem qualquer alteração, a fim de evitar negociações excessivamente longas do texto.

**27 de setembro de 1993** – Fikret Abdić, ex-membro muçulmano da Presidência da Bósnia e Herzegovina, unilateralmente estabelece a Província Autônoma da Bósnia Ocidental, uma autoproclamada unidade administrativa interna da Bósnia e Herzegovina.

**18 de março de 1994** – Assinatura do Acordo de Washington, encerrando as hostilidades entre a República Croata de Herzeg-Bósnia e a Bósnia e Herzegovina.

**7 de novembro de 1994** – O Procurador do TPII, Richard Goldstone, emite o primeiro indiciamento do Tribunal, contra Dragan Nikolić, o comandante do campo de detenção de Sušica, localizado no Leste da Bósnia e Herzegovina. Ele foi acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos contra civis de origem não-sérvia entre junho e setembro de 1992.

**Julho de 1995** – Militares de origem sérvia cometem um genocídio contra a população bósnia muçulmana de Srebrenica, na Bósnia e Herzegovina.

**26 de julho de 1995** – Fikret Abdić unilateralmente declara a independência da Província Autônoma da Bósnia Ocidental, transformando-a em



um autoproclamado Estado soberano sob o nome de República da Bósnia Ocidental.

**7 de agosto de 1995** – A Bósnia e Herzegovina derrota a República da Bósnia Ocidental, assumindo o controle da área por meio de uma operação militar conjunta com a Croácia.

**30 de agosto a 20 de setembro de 1995** – Campanha de bombardeios aéreos pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) contra objetivos militares da *Republika Srpska* na Bósnia e Herzegovina. A campanha foi nomeada Operação Força Deliberada (*Operation Deliberate Force*).

**1º a 21 de novembro de 1995** – Realização da Conferência de Paz de Dayton, na qual líderes da Sérvia, Croácia e Bósnia e Herzegovina se reuniram na Base Aérea de Wright-Patterson, nas proximidades de Dayton, Ohio, nos Estados Unidos, para discutir os termos de um acordo de paz para encerrar as hostilidades na Bósnia e Herzegovina. O texto final do Acordo-Quadro Geral para a Paz na Bósnia-Herzegovina (Acordo de Dayton) é definido no último dia da Conferência.

**16 de novembro de 1995** – O Procurador do TPII indícia dois dos principais réus do Tribunal: Radovan Karadžić, o primeiro Presidente da *Republika Srpska*, e Ratko Mladić, o comandante do Exército da *Republika Srpska*.

**14 de dezembro de 1995** – O Acordo-Quadro Geral para a Paz na Bósnia-Herzegovina (Acordo de Dayton) é assinado em Paris, formalmente encerrando as hostilidades na Bósnia-Herzegovina.

**30 de janeiro de 1996** – A Conferência Internacional sobre a ex-Iugoslávia é formalmente dissolvida.

**7 de maio de 1996** – O primeiro julgamento do TPII se inicia no caso *Procurador v. Duško Tadić*.

**1º de outubro de 1996** – Louise Arbour se torna Procuradora do TPII, substituindo Richard Goldstone.

**29 de novembro de 1996** – O TPII emite a sua primeira sentença, no caso *Procurador v. Dražen Erdemović*. O réu era um soldado do Exército da *Republika Srpska* que participou, como parte de um pelotão de fuzilamento, no homicídio de centenas de civis muçulmanos bósnios no enclave de Srebrenica, em julho de 1995. Erdemović foi a primeira pessoa na história a confessar seus crimes perante uma jurisdição internacional.

**23 de julho de 1997** – Slobodan Milošević se torna o Presidente da Iugoslávia.

**Fevereiro de 1998** – Inicia-se a Guerra do Kosovo entre as tropas da Iugoslávia e o Exército de Libertação do Kosovo, um grupo armado não estatal de origem étnica albanesa.

**24 de março a 9 de junho de 1999** – Campanha de bombardeios aéreos pela OTAN contra objetivos militares sérvios na Sérvia e no Kosovo.

**14 de maio de 1999** – A Procuradora do TPII, Louise Arbour, cria um comitê de revisão para avaliar a possibilidade de investigar e julgar as pessoas responsáveis por alegados crimes cometidos pela OTAN durante a campanha de bombardeios aéreos iniciada em 24 de março de 1999.

**24 de maio de 1999** – A Procuradora do TPII, Louise Arbour, indícia Slobodan Milošević, o Presidente da Iugoslávia. Trata-se do primeiro indiciamento da história em desfavor de um chefe de Estado em exercício por um tribunal internacional.

**9 de junho de 1999** – O Acordo Técnico Militar é assinado em Kumanovo, na Macedônia, determinando a cessação das hostilidades no Kosovo e a retirada das tropas iugoslavas do território kosovar. Encerrava-se a Guerra do Kosovo.

**15 de setembro de 1999** – Carla Del Ponte se torna Procuradora do TPII, substituindo Louise Arbour.

**Final de maio de 2000** – O comitê de revisão criado em 14 de maio de 1999 publica o seu relatório final, no qual recomenda à Procuradoria do TPII a não realização de qualquer investigação ou persecução penal em relação aos bombardeios da OTAN de 1999.

**2 de junho de 2000** – A Procuradora do TPII, Carla Del Ponte, informa ao Conselho de Segurança da ONU que não investigará os bombardeios da OTAN de 1999.

**24 de setembro de 2000** – Eleições presidenciais são realizadas na Iugoslávia, nas quais Slobodan Milošević é derrotado por Vojislav Koštunica.

**7 de outubro de 2000** – Vojislav Koštunica assume a Presidência da Iugoslávia, substituindo Slobodan Milošević.

**1º de abril de 2001** – Slobodan Milošević é detido pelas autoridades sérvias.

**29 de junho de 2001** – Slobodan Milošević é transferido para a custódia do TPII na Haia, nos Países Baixos.

**4 de fevereiro de 2003** – Por decisão interna, a Iugoslávia deixa de existir, transformando-se na União da Sérvia e Montenegro.

**27 de fevereiro de 2003** – O TPII condena Biljana Plavšić, a segunda Presidente da *Republika Srpska*, pelo crime contra a humanidade de perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos. Trata-se da primeira mulher na história a ser condenada por uma jurisdição internacional.

**11 de março de 2006** – Slobodan Milošević falece em sua cela na unidade de detenção do TPII no decurso de seu processo. A sua morte é cercada por especulações, inclusive acusações de envenenamento, mas a autópsia indicou que ele morreu em decorrência de um ataque cardíaco e nenhum vestígio de veneno ou qualquer outra substância química foi encontrado em seu corpo.

**21 de maio de 2006** – Montenegro realiza um referendo, no qual a maioria dos votantes optou pela independência.

**3 de junho de 2006** – Montenegro declara sua independência sem enfrentar qualquer resistência por Belgrado.

**5 de junho de 2006** – A Sérvia declara sua independência, formalmente extinguindo a União da Sérvia e Montenegro, o último resquício da ex-Iugoslávia.

**17 de fevereiro de 2008** – Kosovo declara sua independência da Sérvia, sendo reconhecido por 117 Estados até março de 2021.

**22 de dezembro de 2010** – O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 1966, por meio da qual criou o Mecanismo Residual Internacional para Tribunais Criminais.

**1º de julho de 2013** – A sede de Haia do Mecanismo Residual Internacional para Tribunais Criminais inicia suas atividades.

**22 de novembro de 2017** – O TPII emite a sua última decisão de primeira instância, na qual condenou Ratko Mladić, o ex-comandante do Exército da *Republika Srpska*, à prisão perpétua por genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

**29 de novembro de 2017** – O TPII emite a sua última decisão de mérito, que consiste no julgamento pela Câmara de Recursos no caso *Procurador v. Prlić et al.*, no qual manteve as condenações contra Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić e Berislav Pušić.

**31 de dezembro de 2017** – O TPII oficialmente encerra as suas atividades.



# ASPECTOS POLÍTICOS DA CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

*Aziz Tuffi Saliba*  
*Humberto Alves de Vasconcelos Lima*

## INTRODUÇÃO

A criação de um Tribunal Penal Internacional sempre foi objeto de destaque na Política e no Direito Internacional, exatamente em razão de sua excepcionalidade. É instituído para apreciar eventos nos quais estão envolvidas condutas que afrontam os mais caros valores à comunidade internacional e, portanto, como tais por ela preservados. Em regra, cria-se este tipo de tribunal como resposta de um conjunto de Estados a genocídios, crimes de guerra e/ou crimes contra a humanidade<sup>1</sup>, o que sempre conduz a um momento delicado do ponto de vista político.

Nesse contexto, à perplexidade diante de eventos envolvendo graves violações em massa de direitos humanos, é necessária a obtenção de um consenso entre um grupo de Estados que concordem que os suspeitos de envolvimento nestes atos devam ser submetidos a um julgamento adequado em um foro internacional imparcial, pois o Estado em cujo território ocorreram não pode ou não quer fazê-lo. Esta concordância implica, no plano retórico, em adotar uma posição política de reprovação, denotando que o Estado que a manifesta condena este tipo de crime e reafirma seu comprometimento com a defesa dos direitos humanos. É ainda um ato carregado de consequências jurídicas, na medida em que pode resultar na imposição do dever, a outros países, de adequar sua legislação interna, caso necessário, às provisões do estatuto do Tribunal.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Exceção digna de destaque foi a criação do Tribunal Especial para o Líbano, instituído pela Resolução 1757 (2007) do Conselho de Segurança da ONU, com a finalidade específica de julgar os responsáveis pelo assassinato do ex-premier do país, Rafik Hariri.

<sup>2</sup> É o que ocorre, por exemplo, quando o Tribunal é criado por resolução do Conselho de Segurança da ONU com fundamento no capítulo VII da Carta. Tanto a Resolução 827 (1993) que

Em relação ao Estado em cujo território ocorreram os crimes, a decisão por cooperar ou não com o Tribunal que irá julgar os suspeitos de tê-los praticado envolve questões ainda mais complexas. Isso porque, juridicamente, implica na aceitação do exercício, sobre seu território, de poder jurisdicional estranho àquele que emana da sua própria organização judiciária e, portanto, de sua Constituição. Além disso, significa aceitar, eventualmente, a aplicabilidade de regras legais de responsabilização penal diversas das que vigem em seu território. Em suma: uma flexibilização da própria soberania. Pragmaticamente, a cooperação do Estado com o Tribunal pode se dar desde o suporte com simples necessidades operacionais e administrativas do órgão até a colaboração com a investigação e captura de suspeitos. Em verdade, boa parte da efetividade das atividades do Tribunal depende do nível de cooperação a que se presta o Estado nesta tarefa.

Nota-se também que cortes internacionais estão mais sujeitas a interferências de natureza política quando comparadas a tribunais de jurisdição doméstica. Isso porque, exatamente por serem instituídas sob a lógica da excepcionalidade e, portanto, com existência limitada a um período relativamente curto de tempo, são mais dependentes do suporte político e financeiro de Estados que o apoiam. Diversamente, tribunais domésticos normalmente já estão profundamente intrincados com a estrutura jurídica, social e política de um Estado de forma a não ter sua existência comprometida por mudanças políticas de curto prazo.<sup>3</sup> Como reconheceu Richard Goldstone, magistrado da Suprema Corte da África do Sul com larga experiência em perseguições internacionais, tendo atuado como procurador do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia (TPII) e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), “*it’s all about politics*”.<sup>4</sup>

Tais considerações aconselham uma abordagem política sobre a criação de cortes internacionais, dentre as quais o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, instituído para julgar pessoas responsáveis pelo genocídio ocorrido no território do país em 1994, nos possibilita um rico estudo de caso. Permite

---

instituiu o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia quanto a Resolução 955 (1994) que criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda dispunham, em sua parte preambular, que “[...] todos os Estados devem cooperar plenamente com o Tribunal Internacional e os seus órgãos, de acordo com a presente resolução e o Estatuto do Tribunal Internacional e que, por consequência, todos os Estados devem tomar as medidas necessárias de acordo com sua legislação interna para aplicar as disposições da presente Resolução e do Estatuto [...]”.

<sup>3</sup> CARON, David D. Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, n. 2, 2006, p. 401-422. p. 410.

<sup>4</sup> GOLDSTONE, Richard. Historical Evolution: From Nuremberg to the International Criminal Court. *Penn State International Law Review*, v. 25, n. 4, p. 763-778, 2007. p. 766.

ele verificar como essas questões interferem na tomada de decisão do governo de um Estado em apoiar ou não uma corte internacional com competência para julgar crimes que foram praticados em seu território.

## 1. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O GENOCÍDIO DOS TUTSIS EM RUANDA

O genocídio ocorrido em Ruanda é resultado de um conflito étnico entre dois grupos que remonta ao período colonial. À época, no que dizia respeito aos povos africanos, exercia forte influência no pensamento (pseudo)científico a chamada hipótese hamítica, proposta pelo explorador inglês John Hanning Speke em 1863. Segundo a proposição, todo o povo que habitava a África Central era descendente de uma tribo caucasóide de origem etíope, de aparência distinta dos demais negros da região: indivíduos mais altos e de nariz mais fino; superiores, portanto, na visão dos teóricos.<sup>5</sup>

A ideia de superioridade antropológica e cultural dos povos Europeus, que era a justificativa ideológica por trás da colonização, refletiu em favorecimento político aos indivíduos africanos que mais se assemelhassem fisicamente aos colonizadores, dentre eles a tribo dos Tutsis, que compunha a minoria da população de Ruanda. Além disso, como os Tutsis eram, majoritariamente, pecuaristas, atividade mais rentável que a agricultura, exercida pelos Hutus – a etnia majoritária – o termo “Tutsi” recebeu a conotação de “elite econômica”, à simpatia europeia.<sup>6</sup>

Nesse contexto, a colonização alemã e posteriormente belga favoreceu política e socialmente os Tutsis, que eram então agraciados com os principais cargos na estrutura político-administrativa de Ruanda, além de serem beneficiados pela discriminação operada no sistema educacional controlado por escolas católicas.<sup>7</sup> Não bastasse, em 1933-34, os colonizadores belgas agravaram a segregação étnica no país ao implantar um sistema de identificação racial nas carteiras de identidade através de um censo demográfico, que indicou a porcentagem de 85% de Hutus, 14% de Tutsis e 1% de Twas.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> GOUREVITCH, Philip. Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias: Histórias de Ruanda. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 48-49.

<sup>6</sup> SALIBA, Aziz Tuffi. As sepulturas ainda não estão lotadas: A Organização das Nações Unidas e o genocídio em Ruanda. In: 3º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2005, Curitiba. Estudos de Direito Internacional: Anais do 3º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2005. v. 3. p. 206-214. p. 5.

<sup>7</sup> SALIBA, A. T. op. cit. p. 5-6.

<sup>8</sup> GOUREVITCH, P. op. cit. p. 55.

A discriminação favorável à minoria Tutsi se intensifica nos anos seguintes e em 1959 o espancamento de um militante político hutu por ativistas tutsi é o estopim para o início de uma revolta popular e da mudança na balança de poder em Ruanda.<sup>9</sup> O que se segue então são constantes ataques e perseguições de milícias hutus à população tutsi o que, somados à abolição da monarquia e à instauração da República sob controle dos hutus em 1961, resulta em uma onda de refugiados tutsi para países vizinhos.

Em 1973 o general Juvénal Habyarimana, representante de um grupo de hutus do norte que reivindicava maior poder político, assume a presidência de Ruanda sob a proposta de estabelecer a ordem e a unidade nacional, o que incluía resolver a questão dos refugiados. No entanto, nos anos seguintes se mostrou incapaz de solucionar política e economicamente<sup>10</sup> a questão, de sorte que a crise humanitária se agrava e no final da década de 1980 o número de refugiados tutsi soma aproximadamente 600.000.<sup>11</sup> Parte desses refugiados, que se veem impedidos de voltar ao país, se organizam e criam a RPF (*Rwandan Patriotic Front*), com o objetivo de retomar o poder através da queda de Habyarimana. Comandados por Paul Kagame, o braço armado da RPF, o RPA (*Rwandan Patriotic Army*) organizou uma série de ataques a Ruanda com vistas à derrubada do presidente, mas foram repelidos pelas tropas leais ao governo, que contou com ajuda externa, principalmente da França.<sup>12</sup>

Ocorre que, em agosto de 1993, o presidente Habyarimana anuiu com a celebração de um acordo de paz, a ser celebrado em Arusha, Tanzânia, com a RPF, se comprometendo com o repatriamento de refugiados e a instalação de um governo de coalisão, tudo sob a supervisão da Organização das Nações Unidas.<sup>13</sup> Esta, por sua vez, destacou 2.500 soldados em missão de paz (a UNAMIR), comandados pelo general canadense Romeo Dallaire, para a realização da tarefa de supervisão.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Ibidem. p. 57-58.

<sup>10</sup> Na década de 1980, Ruanda experimenta grave crise econômica em razão da queda do preço do café e do chá e do aumento da inflação e do desemprego. Nesse contexto, a reintegração dos refugiados ao país certamente agravaria a crise e era, portanto, um problema difícil de se equacionar do ponto de vista econômico e político. Cf. CAPLAN, Gerald. Rwanda: Walking the Road to Genocide. In: THOMPSON, Allan (Org.). *The Media and The Rwanda Genocide*. London: Pluto Press, 2007. p. 22.

<sup>11</sup> SALIBA, A. T. *op. cit.* p. 8.

<sup>12</sup> SALIBA, A. T. *op. cit.* p. 9.

<sup>13</sup> SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 24-25.

<sup>14</sup> SALIBA, A. T. *op. cit.* p. 9.



Após Habyarimana celebrar o acordo de paz em Arusha, em 6 de abril de 1994, o avião no qual fazia o voo de retorno para Ruanda foi alvo de um ataque de um míssil SAM (*Surface-to-Air Missile*), o que provocou sua morte e a de todos que estavam na aeronave, dentre eles o então presidente de Burundi, Cyprien Ntaryamira. Mesmo que a autoria do ataque não tenha sido identificada, suspeita-se que tenha sido ordenado por extremistas hutus. Este fato serviu de engodo para que um setor radical dos hutus, a milícia *Interahamwe*, insatisfeitos com a celebração do acordo, culpasse os tutsis pela morte do presidente e sob essa justificativa buscasse “vingá-la”. Nas semanas que se seguem, os hutus promovem um dos massacres mais eficientes da história, no qual foram exterminadas cerca de 800.000 pessoas (tutsis e “hutus moderados”) em 3 meses, grande parte a golpes de facões e outros instrumentos pérfuro-cortantes.

Pegue a estimativa mais acurada: 800 mil mortos em cem dias. Isso dá 333,3 assassinatos por hora, ou 5,5 vidas exterminadas por minuto. Considere também que a maior parte dessa matança ocorreu de fato nas primeiras três ou quatro semanas, e acrescente à taxa de mortos as legiões não computadas de mutilados que não morreram em decorrência de seus ferimentos, bem como a contínua e sistemática violação de mulheres tutsis [...]<sup>15</sup>.

Como se observa, o genocídio foi resultado da desaprovação que a ala radical dos hutus guardava em relação aos acordos de Arusha, que certamente modificaria a estrutura de poder vigente em Ruanda: de hutus extremistas para moderados e tutsis. A opção do grupo radical foi clara: eliminar o adversário ao invés de cedê-lo o poder.

### **1.1. O papel da ONU durante o genocídio – quando “jipes valem mais que pessoas”**

Diante da ocorrência do genocídio, a atuação da ONU na intermediação e fiscalização dos acordos de Arusha foi objeto de incisivas críticas de analistas, mormente por se tratar de uma tragédia anunciada. Com efeito, o comandante das forças de paz, Romeo Dallaire, informou à Organização, em janeiro de 1994 – três meses antes do início do genocídio, portanto – a respeito da existência de um plano de extermínio de tutsis e hutus moderados. O general alegava ter obtido junto a um informante ligado ao alto escalão da milícia *Interahamwe* dados sobre a localização de armamentos do

<sup>15</sup> GOUREVITCH, P. op. cit. p. 130.

grupo, solicitando autorização para apreendê-los. A solicitação foi negada sob o argumento de que extrapolava os termos do mandato conferido pela respectiva resolução, a 872 (1993).<sup>16</sup>

Mesmo o início dos ataques não foi suficiente para que a ONU ou umas das grandes potências intervissem de forma mais enérgica e significativa em Ruanda. Já em 21 de abril de 1994 – quinze dias após o início do genocídio – o Conselho de Segurança retira do país grande parte do contingente da UNAMIR, que então somava cerca de 5.000 soldados, e que, com poderes restritos em decorrência dos termos de seu mandato, não podia conter a repentina onda de massacres, limitando-se até então a monitorar a situação.<sup>17</sup>

Um representante dos Estados Unidos na ONU, um dos principais responsáveis pelas missões de paz, Michael N. Barnett, explica as razões que o levaram a sugerir a retirada das tropas nesse momento. A primeira razão foi por ter constatado que o Secretário-Geral da ONU na ocasião, Boutros Boutros-Ghali e o Departamento de Operações de Paz (*Department of Peacekeeping Operations*) da Organização, demonstraram “distanciamento e indiferença” diante da situação.<sup>18</sup> O Departamento se mostrou incapaz de adaptar seu funcionamento à urgência que a situação estava a demandar, ao passo que o Secretário-Geral apresentou “indecisão ao ponto de paralisia, se não complacência”, ao não retornar da Europa, onde estava no início de abril, para Nova York (onde se encontra a sede da ONU), o que, na visão do autor, “refletia uma preocupante postura de distanciamento da tragédia que se desenrolava e demonstrava uma problemática abdicação de responsabilidade e liderança”.<sup>19</sup> A segunda razão foi a falta de interesse dos países em oferecer mais tropas para aumentar o contingente da UNAMIR, principalmente a Bélgica, que era a espinha-dorsal da operação de paz e que já manifestara a intenção de retirar seus soldados.<sup>20</sup> Havia nos bastidores da ONU uma

<sup>16</sup> SALIBA, A. T. op. cit. p. 12.

<sup>17</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *Rwanda*. Disponível em: <<http://www.hrw.org/reports/1995/WR95/AFRICA-08.htm>> Acesso em: 23 set. 2013.

<sup>18</sup> BARNETT, Michael N. The UN Security Council, Indifference, and Genocide in Rwanda. *Cultural Anthropology*, v. 12, n. 4, p. 551-578, 1997. p. 558.

<sup>19</sup> BARNETT, M. N. op. cit. p. 558-559. As expressões citadas foram traduzidas livremente do original em inglês: “First, the Secretariat, namely Boutros Boutros-Ghali’s office and DPKO, gave an impression of distance and aloofness from the emerging tragedy [...]”; “Boutros-Ghali also emanated indecision to the point of paralysis, if not complacency” e “This decision, in my view at the time, reflected a disturbingly distant stance from the unfolding tragedy and demonstrated a troubling abdication of responsibility and leadership”.

<sup>20</sup> O autor narra neste ponto que em meio a debates no governo da Bélgica em retirar ou não suas tropas de Ruanda, o então ministro das relações exteriores belga, Willy Claes, contata Boutros-

percepção de que a Organização pouco se importava com os soldados das forças de paz – “*they are not our boys*”, se ouviu certa vez de um membro do Secretariado; – “no mundo da ONU, jipes são mais importantes que pessoas”, complementou ele.<sup>21</sup> Por fim, reconhecendo que os soldados pouco ou nada poderiam fazer no momento, por sua reduzida quantidade e pelos limites de seu mandato, era necessário proteger suas vidas, considerando-se ainda que o acesso ao aeroporto era cada vez mais precário e que a retirada havia de ser feita em caráter de urgência. Com efeito, a reputação da ONU, como responsável por missões de paz, estava em jogo: caso a vida destes soldados fosse perdida naquele momento, seria extremamente difícil convencer os países a ceder mais contingentes em futuras operações.<sup>22</sup>

Tardiamente, já diante de uma situação inequívoca de genocídio em andamento, em 17 de maio do mesmo ano, quando centenas de milhares de mortes já poderiam ser contabilizadas, o Conselho autoriza a expedição da UNAMIR II para Ruanda, com até 6.800 soldados. Mesmo essa segunda missão de paz se mostrou pouco eficiente na contenção de novos massacres, o que se deu em boa medida em razão de empecilhos burocráticos e conflitos internos à própria ONU, onde os países que haviam prometido auxílio – os ricos com equipamentos e os pobres com soldados – barganhavam continuamente entre si, atrasando o envio da respectiva ajuda.<sup>23</sup>

Em 1º de julho de 1994, o Conselho de Segurança solicita ao Secretário-Geral o envio de uma Comissão de Especialistas para verificar as “graves violações de direito internacional humanitário cometidas no território de Ruanda, incluindo evidências de possíveis atos de genocídio”, devendo a Comissão apresentar suas conclusões e recomendar medidas apropriadas para a situação.<sup>24</sup> A principal medida sugerida pela Comissão é a criação de um tribunal penal internacional para Ruanda, endossando uma ideia que já estava sendo ventilada desde a visita de especialistas da Comissão de Direitos Humanos da ONU ao país, em junho.<sup>25</sup>

A verdade é que a criação de uma corte internacional *ad hoc* – vale dizer, instituída após os fatos que serão objetos de sua apreciação – para julgamen-

---

Ghali para avaliar quais as consequências desta medida para o futuro da UNAMIR, tendo como resposta do Secretário-Geral que ele lhe “retornaria a ligação em quatro ou cinco dias”. Cf. BARNETT, M. N. op. cit. p. 559.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 559.

<sup>22</sup> Ibidem. p. 560.

<sup>23</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. op. cit.

<sup>24</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. Resolution 935 (1994). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/935\(1994\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/935(1994))> Acesso em: 23 set. 2013.

<sup>25</sup> SCHABAS, W. A. op. cit. p. 26.

to de crimes contra a humanidade não era novidade para o Conselho, que já o havia feito em 1993, através da Resolução 827 (1993) que instituiu o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. De certa forma, isso facilitou as negociações políticas para a criação do TPI para Ruanda, na medida em que toda a carga de divergências, barganhas e articulações inerentes e necessárias a qualquer inovação política, já havia sido absorvida com a criação do TPI para a ex-Iugoslávia, em um contexto que favoreceu sua constituição. Como sugerido pelo Juiz Richard Goldstone:

É importante reconhecer a política por trás daquele desenvolvimento incomum e inesperado. Claramente, se o genocídio de Ruanda tivesse ocorrido antes e não sucedido o genocídio na ex-Iugoslávia, eu não acredito que possa haver qualquer dúvida de que não haveria Tribunal Penal Internacional para Ruanda. [...] Mas a política de 1993 era diferente em relação à ex-Iugoslávia. Em primeiro lugar, ocorreu na Europa, onde as principais nações europeias disseram após o Holocausto que este tipo de grave conduta nunca iria acontecer novamente, e neste caso estava acontecendo em seu quintal e eles sentiram responsabilidade por ela; e eles sentiram que alguma coisa tinha que ser feita sobre isso. Em segundo lugar, a Guerra Fria tinha chegado ao fim e havia uma janela de oportunidades em 1993, quando a Rússia e a China estavam preparadas para votar afirmativamente para a criação deste tribunal internacional de crimes de guerra.<sup>26</sup>

Também é importante observar que o precedente do TPII serviu de modelo legal para a criação do TPIR, que adotou um estatuto semelhante ao daquele, sendo que as duas cortes sustentaram, inclusive, certos vínculos institucionais, por razões de economia e eficiência, a exemplo do Órgão de Apelação e do Procurador, que eram os mesmos para ambos os Tribunais.<sup>27</sup> (cf. seção 3.2, “b”).

<sup>26</sup> GOLDSTONE, R. Historical Evolution... op. cit. p. 764-765. Texto original: “It is important to recognize the politics behind that unusual and unexpected development. Clearly, if the Rwanda genocide had come first and not succeeded the genocide in the former Yugoslavia, I don’t believe there can be any doubt that there would not have been an International Criminal Tribunal for Rwanda. [...] But the politics of 1993 were different in respect to the former Yugoslavia. Firstly, it was in Europe where the major European nations said after the Holocaust, that this kind of egregious conduct would never happen again, and here it was happening in their backyard and they felt a responsibility for it; and they felt something had to be done about it. Secondly, the Cold War had come to an end and there was a window of opportunity in 1993 during which both Russia and China were prepared to vote affirmatively to set up this international war crimes tribunal”.

<sup>27</sup> AKHAVAN, Payam. The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment. *The American Journal of International Law*, v. 90, n. 3, p. 501-510, 1996. p. 503.

## 2. A POSIÇÃO DO GOVERNO DE RUANDA A RESPEITO DO TRIBUNAL

A incapacidade da ONU e das grandes potências em evitar ou ao menos limitar os massacres e, posteriormente, sua proposta de criar o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, através do Conselho de Segurança, foi inicialmente recebida com desconfiança pela comunidade internacional, tida por alguns como um “cínico exercício”.<sup>28</sup> A respeito da iniciativa da ONU em criar o Tribunal, a *Human Rights Watch* avaliou: “Vergonhosamente ausentes no momento dos assassinatos, a comunidade internacional está agora se movendo lentamente para trazer os culpados à justiça”.<sup>29</sup>

Mas do ponto de vista do governo de Ruanda, a que ascendeu o *Rwanda Patriotic Front* após os conflitos, a criação da Corte representava uma oportunidade de envolver a comunidade internacional no processo de captura e julgamento e, quem sabe, penalização capital de seus algozes hutus, responsáveis pelo genocídio. Caso não capturados ou mesmo absolvidos, poderiam vir a liderar uma rebelião armada contra o recém-formado governo tutsi.<sup>30</sup> Logo, havia, em um primeiro momento, apoio político do governo de Ruanda à criação do Tribunal, que se traduziu em uma participação ativa nas negociações, dentre as quais algumas de suas reivindicações viriam a ser atendidas e outras não.

O Conselho de Segurança se viu então incitado a deliberar sobre a criação do TPIR por requisição direta do governo do país junto ao órgão, onde, ao momento, Ruanda ocupava um dos assentos não permanentes. No documento, o governo de Ruanda solicita ao Conselho a adoção de medidas que assegurassem o retorno dos refugiados ao país, aporte de auxílios financeiros e, notadamente, a criação do Tribunal Internacional, entre outras solicitações.<sup>31</sup> Assim, em 08 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança se reúne para deliberar sobre a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, destinado a julgar pessoas responsáveis por sérias violações

<sup>28</sup> MUTUA, Makau. From Nuremberg to the Rwanda Tribunal: Justice or Retribution?, *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 6, p. 77-91, 2000. p. 82. Texto original: “[...] as a cynical exercise by major powers”.

<sup>29</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. op. cit.

<sup>30</sup> PESKIN, Victor. *International Justice in Rwanda and the Balkans: Virtual Trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 153.

<sup>31</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Letter dated 28 september 1994 from the permanent representative of Rwanda to the United Nations addressed to the president of the Security Council*, S/1994/1115, 1994. p. 4.

de Direito Internacional Humanitário cometidas no território do país e em países vizinhos.<sup>32</sup>

Por ocasião da reunião, o Conselho de Segurança era composto por Argentina, Brasil, Espanha, República Checa, Nova Zelândia, Djibouti, Nigéria, Oman, Paquistão e Ruanda, além dos membros com assento permanente: Estados Unidos, França, Reino Unido, Rússia e China. Essa configuração conduz à criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda por votação favorável majoritária de 13 votos, com uma abstenção da China e um voto contrário de Ruanda<sup>33</sup>, sendo o Estatuto da corte aprovado através da Resolução 955 (1994).

Neste voto contrário de Ruanda estão latentes alguns fatores de caráter político que levaram à mudança de posição do governo a respeito da criação da Corte. É interessante, portanto, investigar quais são essas razões e quais as consequências da adoção dessa postura para a relação entre o Tribunal e o País. Para isso, é preciso destacar inicialmente quais os motivos que levaram o governo de Ruanda a requisitar a criação do Tribunal.

### **2.1. Por que Ruanda requisitou a criação do Tribunal ao CSONU?**

Como afirmado anteriormente, a criação do Tribunal representava um canal legítimo de captura, julgamento e penalização, preferencialmente através da pena de morte, dos inimigos hutus responsáveis pelo genocídio e ainda uma oportunidade de eliminar possíveis insurgências contra o recém-formado governo tutsi. Esta é a razão central da inicial anuência de Ruanda com a criação da Corte; aqui não há espaço para ingenuidades. Outras razões laterais existiam, obviamente, que inclusive forneciam uma justificativa política mais ampla e aceitável do que o cego “desejo de vingança” que poderia transparecer em julgamentos domésticos que resultassem na pena capital. Dessa forma, durante a reunião de votação pela criação do Tribunal no Conselho, o representante de Ruanda, Manzi Bakuramutsa, justificando seu voto contrário à instituição da corte, reconheceu o apoio que outros membros do CSONU prestaram à redação do projeto do Estatuto, notadamente a liderança assumida pelos Estados Unidos e Nova Zelândia na tarefa.<sup>34</sup> Destacou então as razões pelas quais seu governo solicitou a criação do Tribunal. São elas:

<sup>32</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting*, S/PV.3453, New York, 1994. p. 1.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting*... op. cit. p. 13.

### 2.1.1. Projeção internacional dos fatos e do julgamento

Uma ideia central por trás da criação de cortes internacionais é a de conferir ampla publicidade aos fatos apreciados nos julgamentos, para que a verdade a respeito desses eventos seja reconstruída e sua reprovação afirmada com uma projeção internacional. Desde os julgamentos de Nuremberg se afirma que tribunais internacionais tem esta função de divulgar a nível internacional os fatos sobre os quais recaem o julgamento e através disso atingir um efeito pedagógico e dissuasório sobre futuras gerações. A reconstrução da verdade através dos julgamentos seria, da mesma forma, necessária para viabilizar o começo de um processo de reconciliação social, em que estão inseridos tanto vítimas quanto criminosos.<sup>35</sup>

Sob este aspecto, a intenção de Ruanda, como declarou seu representante, era a de “envolver a comunidade internacional, que também foi prejudicada pelo genocídio e pelas graves e massivas violações de direito internacional humanitário”, bem como “reforçar a natureza exemplar de uma justiça que seria vista como completamente neutra e justa”.<sup>36</sup>

### 2.1.2. Legitimidade do Tribunal

Um grave problema inerente a todo juízo *ad hoc*, é a questionável parcialidade de seus julgadores, notadamente quando são estes indicados pelos vencedores do conflito em que estavam envolvidos os acusados. Neste caso, argumenta-se, o julgamento seria mero cumprimento de formalidades, transvestido com uma máscara de legitimidade mas no qual os juízes estão naturalmente tendentes à condenação. A crítica à “justiça dos vencedores” ganhou amplo acolhimento em Nuremberg, tendo sido uma das estratégias utilizadas pela defesa para questionar a legitimidade do julgamento.

Um modelo mais evoluído de juízos internacionais *ad hoc* são os tribunais criados por resolução do Conselho de Segurança. Ainda que instituídos *post factum*, são resultado de uma votação em um órgão colegiado dotado de certa representatividade e inserido em uma estrutura política universalista, a ONU.

<sup>35</sup> KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, v. 6, p. 1-35, 2002. p. 4-5.

<sup>36</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 14. Texto original: “[...] wanted to involve the international community, which was also harmed by the genocide and by the grave and massive violations of international humanitarian law, and it wanted to enhance the exemplary nature of a justice that would be seen to be completely neutral and fair”.

Para rechaçar a pecha da “justiça dos vencedores”, o representante de Ruanda junto ao Conselho afirmou que “[...] o governo recorreu à presença internacional com o fim de evitar qualquer suspeita de querer organizar uma justiça rápida e vingativa”.<sup>37</sup>

Ocorre que mesmo o método de criação de tribunais através de resolução do Conselho de Segurança encontrou resistência no órgão, o que foi manifestado pela posição do Brasil e da China durante a votação da Resolução de criação do Tribunal. O Brasil questionou a competência do Conselho para tal tarefa nos seguintes termos, sendo que seu voto favorável se explica por razões políticas:

A autoridade do Conselho de Segurança não é auto-constituída. Origina-se da delegação de competências que lhe são conferidas por todos os membros da Organização, nos termos do artigo 24 (1) da Carta. Por essa mesma razão, os poderes e responsabilidades do Conselho no âmbito da Carta devem ser interpretados restritivamente, e não podem ser criados, recriados ou reinterpretados por decisões do próprio Conselho. Nosso método preferido para a criação de um tribunal penal internacional tem sido e continua a ser a celebração de uma convenção pela comunidade internacional, definindo-se claramente a competência e os prazos de referência do tribunal. [...] Somente à luz das circunstâncias excepcionais e extremamente sérias, e da urgência exigida pela situação em Ruanda, que concordamos em prosseguir com a criação do Tribunal Internacional.<sup>38</sup>

Por sua vez, a China – cujo eventual voto desfavorável, nunca é demais lembrar, consistiria em veto, e, portanto, o Tribunal não poderia ser criado – se absteve de votar e também manifestou descontentamento com a forma de criação da corte.

Em princípio, a China não é a favor de invocar à vontade [do Conselho de Segurança] o capítulo VII da Carta para estabelecer um tribunal interna-

<sup>37</sup> Ibidem. p. 14. Texto original: “[...] the Government appealed for an international presence in order to avoid any suspicion of its wanting to organize speedy, vengeful justice”.

<sup>38</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 9. Texto original: “The authority of the Security Council is not selfconstituted. It originates from the delegation of powers conferred upon it by the whole membership of the Organization under Article 24 (1) of the Charter. For that very reason, the Council’s powers and responsibilities under the Charter should be strictly construed, and cannot be created, recreated or reinterpreted by decisions of the Council itself. Our preferred method for the creation of an international criminal tribunal has been and remains the conclusion of a convention by the international community clearly setting up the tribunal’s jurisdiction and terms of reference. [...] It is only in the light of the exceptional and extremely serious circumstances, and of the urgency required by the situation in Rwanda, that we agreed to proceed with the establishment of the International Tribunal”.



cional através da adoção de uma resolução do Conselho de Segurança. Essa posição, que nós afirmamos no Conselho no ano passado durante as deliberações para a criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia permanece inalterada.<sup>39</sup>

A verdade é que, àquela altura, o constrangimento e todos os inconvenientes que acarretam a instauração de juízos criminais internacionais *ad hoc* já evidenciavam a necessidade de se criar o Tribunal Penal Internacional com caráter permanente, jurisdição geral e aspiração universalista, como foi sugerido pelos representantes da Rússia, França e Espanha<sup>40</sup> e veio efetivamente a ocorrer com a entrada em vigor do Estatuto de Roma em 1º de julho de 2002.

### 2.1.3. Facilitar a captura de suspeitos e complementar o aparato jurisdicional

O governo da RPF rapidamente verificou que, findo o conflito, a maioria dos suspeitos de coordenar o genocídio, hutus de alto-escalão, se encontrava em território estrangeiro, principalmente em outros países africanos que eram simpáticos ao governo anterior, a exemplo do Zaire e do Quênia. Além disso, Ruanda, que possuía reduzido número de tratados bilaterais sobre extradição, previa a pena de morte em sua legislação, o que encontra oposição em alguns países.<sup>41</sup> Por essa razão a concessão de extradições era altamente improvável e consistiu em outro motivo para a requisição da criação do Tribunal, como justificado perante o Conselho de Segurança, isto é, “para tornar mais fácil chegar a esses criminosos que encontraram refúgio em países estrangeiros”.<sup>42</sup>

Não obstante, outros agentes de alto-escalão se encontravam em países solícitos com a causa hutu. Para Camarões se evadiram o Coronel Théoneste Bagosora, ex-secretário no Ministério da Defesa do governo hutu, o Coronel Anatole Nsengiyumva, chefe da inteligência militar, Ferdinand Nahimana,

<sup>39</sup> Ibidem. p. 11. Texto original: “In principle, China is not in favour of invoking at will Chapter VII of the Charter to establish an international tribunal through the adoption of a Security Council resolution. That position, which we stated in the Council last year during the deliberations on the establishment of an International Tribunal for the Former Yugoslavia, remains unchanged”.

<sup>40</sup> Ibidem. p. 4, 2, 13.

<sup>41</sup> PESKIN, V. op. cit. 157-158.

<sup>42</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 3453rd meeting... op. cit. p. 14. Texto original: “[...] the Rwandese Government requested and firmly supports the establishment of an international tribunal to make it easier to get at those criminals who have found refuge in foreign countries”.

chefe da Agência de Informação de Ruanda e co-fundador da *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (responsável pela propaganda genocida) e Andre Ntagerura, Ministro do Transporte.<sup>43</sup> Todos os quatro viriam a ser extraditados para Ruanda e julgados pelo TPIR, sendo que apenas o último foi absolvido das acusações.<sup>44</sup>

Deve-se mencionar ainda que, ao final do genocídio, a estrutura jurisdicional de Ruanda estava arruinada. Segundo Richard Goldstone, 90% de todos os juízes e procuradores – em sua maioria hutus moderados – foram mortos durante o conflito.<sup>45</sup> De um total de 800 juízes e outros funcionários que integravam o poder jurisdicional de Ruanda em abril de 1994, entre primeira instância, cortes de apelação e Suprema Corte, apenas 40 sobreviveram ao genocídio.<sup>46</sup> Outro dado apresentado pela Anistia Internacional, em abril de 1997, relatava que para os cerca de 100.000 (cem mil) acusados que estavam presos aguardando julgamento no país até a data, havia apenas 16 advogados em atuação.<sup>47</sup> Logo, a toda evidência, o governo de Ruanda iria precisar de ajuda internacional para complementar seu já debilitado sistema jurisdicional.

#### 2.1.4. Invocar a responsabilidade da comunidade internacional

“[...] o genocídio cometido em Ruanda é um crime contra a humanidade e deve ser suprimido pela comunidade internacional como um todo”. Esta foi a última justificativa oferecida pelo governo de Ruanda para explicar a requisição da criação do TPIR. É preciso considerar que, ao ver nisso uma razão para solicitar a criação do Tribunal, Ruanda não está apenas flexibilizando sua soberania, ao anuir com ingerências externas em seu território mas, principalmente, invocando a responsabilidade da comunidade internacional pelo genocídio. Com efeito, outros trechos da declaração do representante do país junto ao CSONU deixou clara esta pretensão:

<sup>43</sup> MUTUA, M. op. cit. p. 88.

<sup>44</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Status of Cases*. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Cases/tabid/204/Default.aspx>> Acesso em: 23 set. 2013.

<sup>45</sup> GOLDSTONE, Richard. *For Humanity: Reflections of a War Crimes Investigator*. New Haven: Yale University Press, 2000. p. 109.

<sup>46</sup> UNITED STATES INSTITUTE OF PEACE. Rwanda: Accountability for War Crimes and Genocide. p. 14. Disponível em: <<http://www.usip.org/sites/default/files/SR13.pdf>> Acesso em: 23 set. 2013.

<sup>47</sup> INTERNATIONAL AMNESTY, *Rwanda – Unfair Trials: Justice Denied*. p. 8. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR47/008/1997/en/e4fbb9c5-eab7-11dd-9f63-e-5716d3a1485/afr470081997en.pdf>> Acesso em: 23 set. 2013.

Desde 1959, Ruanda repetidamente experimentou massacres coletivos [...] Mas sempre que tais tragédias ocorreram o mundo ficou em silêncio e agiu como se não entendesse que havia um problema grave de violação de direitos humanos. [...] Quando o genocídio começou, a comunidade internacional, que tinha tropas em Ruanda e poderia ter salvo centenas de milhares de vidas humanas, por exemplo, pelo estabelecimento de zonas seguras de ajuda humanitária, decidiu, ao contrário, retirar suas tropas de Ruanda e abandonar as vítimas aos seus carneiros.<sup>48</sup>

## 2.2. Por que Ruanda votou contra a criação do Tribunal?

Apesar de reconhecer a necessidade de se requisitar a criação do Tribunal em um primeiro momento, o governo de Ruanda se mostrou, por maiores razões, insatisfeito com os termos do estatuto que foi levado à votação, o que motivou seu voto contrário à instituição da corte. Com efeito, o representante dos Estados Unidos registrou após a votação que os membros do Conselho “trabalharam duro para acomodar várias preocupações de Ruanda” mas observou que “[n]ós não fomos capazes de acomodar todas elas”.<sup>49</sup>

É certo que a insatisfação do governo de Ruanda com a redação do Estatuto, expressa em seu voto contrário, já era conhecida extraoficialmente antes da reunião do Conselho. Ocorre que, como esclareceu Richard Goldstone, “[...] a máquina diplomática e burocrática já tinha sido ativada, não havia como pará-la, e o Conselho de Segurança insistiu em proceder”.<sup>50</sup>

Assim, foram expostas as justificativas do voto contrário:

### 2.2.1. Competência temporal do Tribunal

Dispõe o artigo 1º do Estatuto do TPIR que a competência *ratione temporis* do órgão se estenderia de 1º de janeiro de 1994 a 31 de dezembro

<sup>48</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 13-14. Texto original: “Since 1959 Rwanda has repeatedly experienced collective massacres [...] But whenever such tragedies occurred the world kept silent and acted as though it did not understand that there was a grave problem of the violation of human rights. [...] When the genocide began, the international community, which had troops in Rwanda and could have saved hundreds of thousands of human lives by, for example, establishing humanitarian safe zones, decided instead to withdraw its troops from Rwanda and to abandon the victims to their butchers”.

<sup>49</sup> Ibidem. p. 17. Texto original: “As other members of the Council have stated, the sponsors worked hard to accommodate a number of Rwandan concerns”.

<sup>50</sup> GOLDSTONE, R. *For Humanity...* p. 109. Texto original: “However, the diplomatic and bureaucratic machinery having been activated, there was no way to stop it, and the Security Council insisted on proceeding”.

de 1994<sup>51</sup>, mesmo sendo certo que o genocídio propriamente dito ocorreu entre abril e julho daquele ano. A delimitação deste período, conforme justificou o representante da França junto ao Conselho, foi fixada de forma a abranger “atos de planejamento e preparação do genocídio que teve início em 6 de abril” e possibilitar ao Tribunal “ouvir casos envolvendo sérias infrações que continuaram a ser cometidas após julho de 1994 no território de Ruanda e no território de Estados vizinhos – principalmente em campos de refugiados”.<sup>52</sup>

Ocorre que Ruanda considerou inadequada a fixação deste lapso temporal por considerar a ocorrência de outros ataques à população tutsi que precederam abril de 1994 e que remontavam a outubro de 1990. Dessa forma, o governo do país solicitou que a competência temporal do Tribunal se estendesse de 1º de outubro de 1990, data que consideravam “o início da guerra”, a 17 de julho de 1994, “o fim da guerra”.<sup>53</sup>

Nota-se que a fixação do início da competência temporal em 1º de janeiro de 1994 permitiu uma retrospectiva de pouco mais de quatro meses do início do genocídio, período que consideraram os redatores do Estatuto ser suficiente para sujeitar atos preparatórios à competência do Tribunal. Não se pode deixar de observar, ainda que óbvio seja, que mesmo indivíduos responsáveis por condutas preparatórias anteriores ao termo inicial da competência poderiam ser julgadas pelo Tribunal caso praticassem, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994, qualquer uma das condutas típicas de genocídio, de crimes contra a humanidade ou outras violações às Convenções de Genebra – a competência material do Tribunal. Isto é, era provável que indivíduos que planejaram e prepararam o genocídio ou outros crimes anteriormente a 1994, viessem efetivamente a praticar uma dessas condutas naquele ano, sujeitando-se portanto à competência do Tribunal. Além disso, o art. 6 do Estatuto, ao dispor sobre a responsabilidade criminal individual, estabeleceu que atos de planejamento, instigação, determinação ou que de outra forma impliquem em auxílio a qualquer uma das condutas que

<sup>51</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Disponível em: < <http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf> > Acesso em 23 set. 2013.

<sup>52</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 3453rd meeting... op. cit. p. 3. Texto original: “The choice of this time period makes it possible to take into account possible acts of planning and preparation of genocide which took place beginning on 6 April this year. It also makes it possible for the Tribunal to hear cases involving serious infractions which continued to be committed after July 1994 on the territory of Rwanda and on the territory of neighbouring States – first and foremost in the refugee camps”.

<sup>53</sup> *Ibidem*. p. 14-15.

recaiam sob a competência material da Corte seriam puníveis.<sup>54</sup> Todavia, em relação a atos diretos de execução anteriores a 1994, estariam alheios à apreciação da Corte e a preocupação de Ruanda se justificaria neste ponto.

Contudo, a exigência do país não poderia ser mesmo atendida, por razões práticas. Incluir sob a competência do Tribunal mais quatro anos de fatos a serem apreciados consistiria em atribuí-lo uma carga de trabalho excessiva que não seria facilmente absorvida. Considere-se que no início de 2001, enquanto cortes domésticas de Ruanda já haviam apreciado 5.310 casos de genocídio, o TPIR havia julgado apenas 9.<sup>55</sup> <sup>56</sup> Em seus 20 anos de existência,<sup>57</sup> o Tribunal indiciou um total de 93 indivíduos, dos quais 61 foram condenados e 14 foram absolvidos.<sup>58</sup>

A velocidade com que a jurisdição doméstica de Ruanda realizou seus julgamentos, malgrado a debilidade de seu aparato judicial pós-genocídio como demonstrado na seção 3.1, “c”, se explica pela criação das Cortes Gacaca. Trata-se de uma forma tradicional de solução de conflitos que foi revivida em Ruanda para julgamento de suspeitos de envolvimento no genocídio. São instituídas localmente e orientadas a facilitar o processo transaccional de reconciliação social, ao permitir o envolvimento da comunidade nos julgamentos, que inclusive elege seus julgadores que devem ser obrigatoriamente leigos (não-juristas).<sup>59</sup>

Apesar de o TPIR ter julgado um número significativamente menor de pessoas envolvidas no genocídio, o seu legado e relevância para o desenvol-

<sup>54</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Statute...* op. cit.

<sup>55</sup> PESKIN, V. op. cit. p. 157.

<sup>56</sup> O primeiro caso a ser concluído pelo TPIR resultou na condenação de Jean-Paul Akayesu, que ocorreu em setembro de 1998. Este caso paradigmático trouxe, de forma inédita em um tribunal internacional, a aplicação expressa da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948. Nele ainda considerou-se, em interpretação inovadora, que o estupro pode constituir ato típico do crime de genocídio. Cf. LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. *Violência Sexual em Massa Contra Mulheres nos Genocídios do Século XX*. In: SALIBA, Aziz Tuffi; JAYME, Fernando Gonzaga (Org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 75-114.

<sup>57</sup> O TPIR existiu de 8 de novembro de 1994 a 31 de dezembro de 2015, quando o Mecanismo Residual Internacional para Tribunais Criminais assumiu suas funções residuais.

<sup>58</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Key Figures of ICTR Cases*, última atualização em outubro de 2019, p. 1. Disponível em: <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/publications/ict-key-figures-en.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>59</sup> O termo “Gacaca” significa, no idioma Kinyarwanda, “grama” ou “gramado” e se refere ao fato de que seus julgamentos são conduzidos em locais abertos, em áreas comuns e à vista de toda a população local. Para um estudo aprofundado sobre o tema conferir: CLARK, Phil. *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda: Justice Without Lawyers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

vimento do Direito Penal Internacional não podem ser ignorados. Ele foi o primeiro tribunal internacional na história a proferir sentenças relativas ao crime de genocídio e foi o primeiro a aplicar a definição de genocídio estabelecida na Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio.<sup>60</sup> Da mesma forma, foi o primeiro tribunal internacional a reconhecer o estupro como meio para perpetrar o crime de genocídio.<sup>61</sup>

Quanto aos réus, o TPIR foi o primeiro tribunal internacional a realizar o julgamento de um chefe de governo desde os tribunais de Nuremberg e Tóquio.<sup>62</sup> Além disso, o conjunto de acusados do TPIR abarcava uma grande variedade de autoridades envolvidas no genocídio, tais como militares<sup>63</sup> e funcionários públicos de alto escalão<sup>64</sup>; líderes religiosos<sup>65</sup> e

<sup>60</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-96-4-T, 2 de setembro de 1998, § 494.

<sup>61</sup> *Ibidem*. §§ 417, 468, 507 e 508.

<sup>62</sup> O réu em questão foi Jean Kambanda, que se tornou o primeiro-ministro do governo provisório de Ruanda em 8 de abril de 1994, dois dias após o ataque ao avião do presidente Habyarimana. Ele se manteve no cargo até o fim do genocídio. Perante o TPIR, Kambanda foi condenado a prisão perpétua em 1998, sentença que foi confirmada pelo Órgão de Apelação em 2000. Na data de redação (agosto de 2020), ele cumpria sua pena no Mali. Cf.: MØSE, Erik. Main Achievements of the ICTR, *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 4, p. 920-943, 2005, p. 935.

<sup>63</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Bagosora et al. ("Military I")*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-98-41-T, 18 de dezembro de 2008; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Nindilyimana et al. ("Military II")*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância II, Caso n. ICTR-00-56-T, 17 de maio de 2011; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Aloys Simba*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-01-76-T, 13 de dezembro de 2005.

<sup>64</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-96-4-T, 2 de setembro de 1998; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Bizimungu et al. ("Government II")*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância, Caso n. ICTR-99-50-T, 30 de setembro de 2011; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância II, Caso n. ICTR-95-54A-T, 22 de janeiro de 2004; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Callixte Kalimanzira*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância III, Caso n. ICTR-05-88-T, 22 de junho de 2009.

<sup>65</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Hormisdas Nsengimana*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-01-69-T, 17 de novembro de 2009; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Athanase Seromba*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância, Caso n. ICTR-01-66-T, 13 de dezembro de 2006; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Emmanuel Rukundo*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância II, Caso n. IC-

de milícias<sup>66</sup>; profissionais do setor de comunicação<sup>67</sup>; empreendedores notórios<sup>68</sup>; e até mesmo um músico.<sup>69</sup> Em conclusão, como afirmado pelo Conselho de Segurança, o TPIR realizou uma “contribuição substancial [...] para o processo de reconciliação nacional e a restauração da paz e segurança, e para a luta contra a impunidade e o desenvolvimento da justiça criminal internacional, especialmente em relação ao crime do genocídio”.<sup>70</sup>

### 2.2.2. Estrutura e composição do Tribunal

A segunda razão do inconformismo de Ruanda com os termos do Estatuto do TPIR se deu em relação à organização institucional do órgão. É que tanto o Órgão de Apelações quanto o Procurador do Tribunal seriam os mesmos do TPI para a ex-Iugoslávia (art. 13.4 e art. 15.3 do Estatuto, respectivamente). Além disso, não se satisfaz com o número de juízes que

---

TR-2001-70-T, 27 de fevereiro de 2009; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Ntakirutimana et al.*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Casos n. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, 21 de fevereiro de 2003.

<sup>66</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Omar Serushago*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-98-39-S, 5 de fevereiro de 1999; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-96-3-T, 6 de dezembro de 1999; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Tharcisse Renzaho*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-97-31-T, 14 de julho de 2009; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Ildéphonse Hategekimana*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância II, Caso n. ICTR-00-55B-T, 6 de dezembro de 2010.

<sup>67</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Nahimana et al.* (“*Media case*”), Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-99-51-T, 3 de dezembro de 2003; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Georges Ruggiu*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-97-32-I, 1 de junho de 2000.

<sup>68</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância II, Caso n. ICTR-2002-78-T, 1 de novembro de 2010; INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Yussuf Munyakazi*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância I, Caso n. ICTR-97-36A-T, 5 de julho de 2010.

<sup>69</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Simon Bikindi*, Juízo de Julgamento em Primeira Instância III, Caso n. ICTR-01-72-T, 2 de dezembro de 2008.

<sup>70</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 2256 (2015)*. Disponível em: <<http://unscr.com/en/resolutions/2256>> Acesso em 31 ago. 2020. Texto original: “substantial contribution [...] to the process of national reconciliation and the restoration of peace and security, and to the fight against impunity and the development of international criminal justice, especially in relation to the crime of genocide”.

compunham as Câmaras de Julgamento: três juízes para cada um dos dois órgãos. O governo de Ruanda reivindicava que fosse acrescido o número de juízes que compunham cada uma dessas câmaras, bem como um Órgão de Apelação e um Procurador específicos para o TPIR. Assim não o fosse, afirmou-se que o Tribunal encontraria problemas de efetividade.<sup>71</sup>

A justificativa para se compartilhar o Órgão de Apelação e o Escritório do Procurador entre TPII e TPIR era, conforme esclareceu o representante da França no Conselho, “permitir que estes dois elementos do Tribunal funcionem de forma mais econômica e harmoniosa”. Argumentou ele ainda que o fato de o Procurador Richard Goldstone já ter assumido suas funções, pois já estava atuando no cargo junto ao TPII, permitiria ao TPIR iniciar seus trabalhos rapidamente.<sup>72</sup>

O fato é que as preocupações do governo de Ruanda neste ponto se provaram fundadas. Já no início dos julgamentos o andamento dos processos se mostrara lento; o Tribunal enfrentava dificuldades operacionais por carência de pessoal capacitado e de recursos financeiros suficientes.<sup>73</sup> O fato de o tribunal estar sediado em Arusha também acarretou problemas, que serão avaliados posteriormente neste trabalho (cf. seção 3.2, “g”).

Em atenção a este quadro, o Conselho de Segurança aprova sequentes Resoluções com vistas ao aprimoramento do Tribunal: em abril de 1998, a Resolução 1165 para dotar o TPIR de uma terceira Câmara de Julgamento; em 2000, a Resolução 1329, que autorizou a indicação de juízes *ad litem* para auxiliar nos julgamentos e, por fim, a resolução 1503 (2003) que estabeleceu procuradorias distintas para o TPIR e o TPII.<sup>74</sup>

### 2.2.3. Competência material do Tribunal

Ao Tribunal foi conferida competência para julgar os crimes de genocídio (art. 2 do Estatuto), crimes contra a humanidade (art. 3) e violações ao

<sup>71</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. . p. 15.

<sup>72</sup> Ibidem. p. 4. Texto original: “This should allow these two elements of the Tribunal to function more economically and more harmoniously. This should also allow this new jurisdiction to start work very quickly, since Judge Goldstone, who will have the initiative in undertaking prosecutions of the perpetrators of criminal acts in Rwanda, has already assumed his duties”.

<sup>73</sup> CARROL, Christina M. An Assessment of the Role and Effectiveness of the International Criminal Tribunal For Rwanda and the Rwandan National Justice System in Dealing With the Mass Atrocities of 1994. *Boston University International Law Journal*, v. 18, p. 163-200, 2000. p. 181-184.

<sup>74</sup> CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 114-115.



art. 3 comum às Convenções de Genebra (art. 4 do Estatuto). A tipificação do genocídio no Estatuto do TPIR, assim como no do TPII, foi uma transcrição literal da mesma tipificação tal como encontrada na Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de genocídio de 1948. Por outro lado, uma diferença marcante entre os estatutos dos dois tribunais é a de que, no de Ruanda, o crime contra a humanidade não exige vínculo com conflito armado – ao contrário do que ocorre no estatuto do TPII – mas sua configuração está condicionada à existência de um móvel discriminatório na prática do ato (em razão da nacionalidade, ou por motivos políticos, étnicos, raciais ou religiosos). Neste espectro de condutas estão incluídos desde o homicídio até a pilhagem, passando por tortura e estupro, por exemplo.<sup>75</sup> Foi ampla, portanto, a competência conferida ao Tribunal.

Esta circunstância motivou outra razão para insatisfação do governo de Ruanda com os termos do Estatuto. Ponderou seu representante que o Tribunal “ao invés de devotar seus poucos recursos humanos e provavelmente financeiros para julgar o crime dos crimes, o genocídio, intenciona dispersar sua energia em processar crimes que recaem sob a jurisdição de tribunais internos”.<sup>76</sup>

É importante lembrar que as despesas do Tribunal seriam despesas da ONU, integrando seu orçamento (art. 30 do Estatuto do TPIR). Acresça-se a isto a informação de que, paralelamente ao TPIR, dois outros Tribunais suportados pela ONU estavam em funcionamento, o TPI para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Especial para Serra Leoa. Juntos, no ano de 2004 os tribunais *ad-hoc* consumiam mais de 250 milhões de dólares ao ano (o que representava 15% do orçamento total anual da ONU), e somavam aproximadamente 2.000 empregados.<sup>77</sup> Este foi o valor aproximado do orçamento do TPIR no biênio 2010-2011, isto é, US\$ 257.081.500 brutos, ao passo que no biênio 2012-2013, próximo de concluir seus trabalhos, o TPIR demandou US\$ 174.318.200 brutos.<sup>78</sup> Em seu último biênio em operação (2014-2015), o

<sup>75</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Statute...* op. cit.

<sup>76</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 15. Texto original: “[...] instead of devoting its meagre human resources, and probably equally meagre financial ones, to trying the crime of crimes, genocide, intends to disperse its energy by prosecuting crimes that come under the jurisdiction of internal tribunals”.

<sup>77</sup> SCHABAS, W. op. cit. p. 6.

<sup>78</sup> UNITED NATIONS. *Financing of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/fifth/66/Statements/144%20145%20International%20criminal%20tribunal%20for%20Rwanda%20and%20International%20tribunal%20for%20the/C5\\_66\\_0m\\_ST\\_2011\\_12\\_13\\_Items%20144\\_145\\_ICTR\\_ITY\\_ASG\\_Controller.pdf](http://www.un.org/en/ga/fifth/66/Statements/144%20145%20International%20criminal%20tribunal%20for%20Rwanda%20and%20International%20tribunal%20for%20the/C5_66_0m_ST_2011_12_13_Items%20144_145_ICTR_ITY_ASG_Controller.pdf)> Acesso em: 23 set. 2013.

Tribunal teve um orçamento de US\$ 94.883.600 brutos.<sup>79</sup> Além disso, ainda que o TPIR tenha sido formalmente extinto pelo Conselho de Segurança em dezembro de 2015, o montante de US\$ 2.086.100 brutos foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU para arcar com as despesas de fechamento do Tribunal no biênio 2016-2017.<sup>80</sup>

Portanto, caso os recursos financeiros do Tribunal fossem alocados de forma mais racionalizada, optando-se por enquadrar em sua competência apenas o crime de genocídio, conforme desejava o governo de Ruanda, é provável que a Corte concluísse seus trabalhos mais rapidamente. Outrossim, também provável seria que nesta hipótese o sistema jurisdicional doméstico do país fosse sobrecarregado.

#### 2.2.4. Envolvimento de países que apoiaram o genocídio na seleção de juízes

A quarta justificativa oferecida pelo representante de Ruanda foi manifestada de forma vaga. Esclareceu Manzi Bakuramutsa diante do Conselho que certos países, os quais não foram nomeados, “tiveram uma participação ativa na guerra civil em Ruanda”. Por essa razão havia preocupação de seu governo em “ver estes países propondo candidatos a juízes e participando em suas eleições”.<sup>81</sup>

Em termos abreviados, o processo de seleção dos juízes do TPIR iniciou-se – nos termos do art. 12 do Estatuto, posteriormente alterado para 12bis – com um convite feito pelo Secretário-Geral da ONU aos países membros da Organização e aos não-membros que nela mantinham missões de observação permanente, para que estes indiquem 2 juízes, que não poderiam ser de mesma nacionalidade. Posteriormente estes nomes foram submetidos ao Conselho de Segurança que deveria formular uma lista com não menos de 22 nomes e não mais que 33. Dessa lista a Assembleia Geral estaria incumbida de selecionar 11 juízes que iriam então compor o TPIR.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 69/254*. Disponível em: <[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/69/254](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/254)> Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>80</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 70/241*. Disponível em: <[https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/241](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/241)> Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>81</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 3453rd meeting... op. cit. p. 15. Texto original: “[...] certain countries, which need not be named here, took a very active part in the civil war in Rwanda. My Government hopes that everyone will understand its concern at seeing those countries propose candidates for judges and participate in their election”.

<sup>82</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Statute...* op. cit.

O representante de Ruanda não menciona expressamente quais países são objeto da preocupação de seu governo a respeito da seleção de juízes, mas pode-se afirmar que, neste modelo de seleção, países que eram simpáticos ao regime hutu durante o genocídio teriam participação na indicação de juízes, como o Quênia, por exemplo, que como membro da ONU compunha, por consequência, a Assembleia Geral. Indo mais além nessa linha de pensamento, é possível inferir que a oposição central de Ruanda neste ponto se dava em relação ao envolvimento da França, que como membro permanente do Conselho de Segurança, teria uma participação ainda mais relevante no processo de escolha dos juízes. Esclarece Victor Peskin que:

O regime de Kigali também protestou a ausência de qualquer provisão impedindo a França de nomear juízes para servir no Tribunal. Como um aliado próximo do antigo regime Hutu, o governo Tutsi amargamente acusou a França de ajudar os genocidas e desempenhado um papel destacado na guerra civil. O Conselho se recusou a proibir juízes franceses de servir no tribunal. Curiosamente, no entanto, a ONU nunca nomeou um juiz francês para servir como um juiz no TPIR. Isto contrasta com a prática das Nações Unidas de nomear juízes franceses para servir no TPII.<sup>83</sup>

### 2.2.5. Local do cumprimento das penas

Dispõe o art. 26 do Estatuto do TPIR que o cumprimento das penas impostas pela Corte poderia ser feito em prisões de Ruanda ou em Estados que manifestassem ao Conselho de Segurança seu desejo em receber os condenados em suas prisões, e que obedeceria à legislação do Estado em questão, sob supervisão do Tribunal.<sup>84</sup>

A possibilidade de que condenados pudessem cumprir suas penas fora de Ruanda e ainda de acordo com a legislação de outro Estado, desagradava o governo tutsi, que desejava que tal encargo fosse incumbido ou apenas a Ruanda ou ao Tribunal.<sup>85</sup> Com efeito, oito Estados vieram a celebrar acordos

<sup>83</sup> PESKIN, V. op. cit. p. 163. Texto original: “The Kigali regime also protested the absence of any provision preventing France from nominating judges to serve at the tribunal. As a close ally of the former Hutu regime, the Tutsi-led government bitterly accused France of aiding the genocidaires and playing a high-profile role in the civil war. The Council declined to prohibit French judges from serving at the tribunal. Interestingly, however, the UN has never appointed a French judge to serve as a trial judge at the ICTR. This stands in contrast to the UN practice of appointing French judges to serve as trial judges at the ICTY”.

<sup>84</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Statute...* op. cit.

<sup>85</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 15.

bilaterais de execução de pena com as Nações Unidas para esta finalidade: Senegal, Ruanda, Mali, Benin, Suazilândia, Itália, França e Suécia.<sup>86</sup>

Ao saber que condenados pelo TPIR poderiam cumprir suas sentenças na Escandinávia, Tito Ruteremara, um dos fundadores da RPF, protestou: “Não condiz com a nossa definição de justiça pensar nos autores do genocídio de Ruanda sentados numa confortável prisão sueca diante da televisão”.<sup>87</sup> Os protestos do governo ruandês surtiram efeito, já que a grande maioria dos réus condenados pelo Tribunal cumprem ou cumpriram pena em solo africano, especialmente em Benin, Senegal e Mali.<sup>88</sup>

### 2.2.6. Pena de Morte

A sexta razão foi apresentada sob argumentação jurídica, mas guardava nítido propósito político. O governo de Ruanda justificou que, como o TPIR não iria aplicar a pena de morte e, em contraste, a legislação penal interna do país previa a sanção capital, poderia ocorrer grave disparidade entre penas aplicadas a condenados pelo Tribunal, justamente aqueles que planejaram e organizaram o genocídio, e condenados na jurisdição doméstica, que poderiam suportar consequência mais grave portanto, muito embora sua conduta tenha sido de mera execução dos crimes.<sup>89</sup>

Em verdade, por trás dessa justificativa se verifica um claro desejo de Ruanda de sujeitar seus inimigos hutus à pena de morte e, como já dito anteriormente, com isso eliminar possíveis insurgências contra o recém-formado governo tutsi. Caso a preocupação do governo fosse realmente a disparidade entre sanções aplicadas internamente e aquelas aplicadas através do TPIR, bastava revogar a legislação que prevê a pena de morte no país e assim estabelecer um patamar sancionatório equânime, principalmente em atenção e respeito ao fato de que a ONU há muito já insistia na abolição da pena capital. De fato, como explica Victor Peskin, “para o governo [de Ruanda], a pena de morte era uma punição proporcional à gravidade do crime de genocídio” e “estava no âmago emocional do que significa justiça para muitos sobreviventes”.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Bilateral Agreements*. Disponível em: <<https://unictr.irmct.org/en/documents/bilateral-agreements>> Acesso em: 31 ago. 2013.

<sup>87</sup> GOUREVITCH, P. op. cit. p. 249.

<sup>88</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Key Figures of ICTR Cases*, última atualização em outubro de 2019, p. 2. Disponível em: <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/publications/ict-key-figures-en.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>89</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 16.

<sup>90</sup> PESKIN, V. op. cit. p. 163. Texto original: “To the government, the death penalty was a punishment commensurate with the gravity of the crime of genocide. The death penalty lay at the emotional core of what justice meant to many genocide survivors”.

Os dois principais países envolvidos na redação do Estatuto, Nova Zelândia e Estados Unidos, denunciaram a real intenção do governo de Ruanda em relação à pena de morte, reconhecendo ser esta a principal razão do voto contrário. Como declarou o representante da Nova Zelândia:

Entendemos que isso [o voto contrário de Ruanda] se deve principalmente por causa de seu desejo de que os condenados pelo genocídio devam ser executados. Como um Estado Parte do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Nova Zelândia nunca poderia apoiar um tribunal internacional, que poderia impor a pena de morte. Por mais de três décadas a ONU vem tentando progressivamente eliminar a pena de morte. Seria totalmente inaceitável – e um passo terrível para trás – introduzi-la aqui. Na verdade, isto também iria contra o espírito do Acordo de Arusha, que o Governo de Ruanda disse que irá honrar [...] <sup>91</sup>.

Essa visão era compartilhada pela maioria dos membros do Conselho ao momento, muito embora a representante dos Estados Unidos, Madeleine Albright, tenha manifestado certa simpatia com a ideia da pena de morte. <sup>92</sup> A propósito, dos países que compunham o Conselho ao momento, apenas Ruanda, Estados Unidos e China adotam a pena de morte em sua legislação interna, apesar de esta última não ter se pronunciado a respeito do tema durante a justificativa de sua abstenção de votar.

### 2.2.7. Sede do Tribunal <sup>93</sup>

Por fim, o voto contrário de Ruanda ao Estatuto do TPIR representou um protesto contra a relutância que os demais membros mostraram em decidir por sediar o Tribunal no território do país, de preferência na capital Kigali. Considerava Ruanda que somente estando sediado no país o Tribunal poderia atingir plenamente sua finalidade pedagógica, consistente em “ensinar ao povo

<sup>91</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. 3453rd meeting... op. cit. p. 4. Texto original: “We understand that this is principally because of its desire that those convicted of genocide should be executed. As a State party to the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, New Zealand could never support an international tribunal that could impose the death penalty. For over three decades the United Nations has been trying progressively to eliminate the death penalty. It would be entirely unacceptable — and a dreadful step backwards — to introduce it here. Indeed, it would also go against the spirit of the Arusha Agreement, which the Government of Rwanda has said it will honour and which commit all parties in Rwanda to accept international human rights standards”.

<sup>92</sup> Ibidem. p. 17.

<sup>93</sup> Conforme disposto no Relatório (S/1995/134) do Secretário-Geral, malgrado por sede do Tribunal se entender normalmente o local onde se encontram todos seus órgãos, no caso do TPIR,

de Ruanda uma lição, para lutar contra a impunidade a que está acostumado desde 1959 e para promover a reconciliação nacional”.<sup>94</sup>

De fato, o estatuto é silente a respeito da sede do Tribunal, dispondo a Resolução 955 (1994) que isto seria determinado pelo Conselho em atenção a critérios de justiça e imparcialidade bem como de eficiência administrativa e economia.<sup>95</sup> A questão realmente não alcançou um consenso a tempo. Havia preocupação em preservar a isenção dos julgadores em virtude do forte clamor popular que poderia eventualmente influenciar as decisões, bem como por razões de segurança, seja dos juízes e servidores e, principalmente, de defensores e dos próprios acusados. Por essa razão, sediar a corte em Ruanda não seria aconselhável.<sup>96</sup>

Conforme esclareceu a representante dos Estados Unidos junto ao Conselho, optou-se por relegar a decisão a momento posterior, após consulta ao Secretário-Geral e ao Procurador, sendo “imperativo que o Tribunal opere de forma eficiente, segura e de forma consistente com o desenvolvimento geral do direito internacional humanitário”.<sup>97</sup>

Uma missão foi especialmente destacada pelo Secretário-Geral da ONU para a tarefa de relatar a viabilidade de sediar o TPIR em uma das três capitais: Kigali, a capital de Ruanda, e em dois países a ela vizinhos, Tanzânia, cuja capital é Arusha e no Quênia, sua capital Nairóbi. Concluída a missão, em relatório o Secretário-Geral informa que, sobre Kigali, foi verificado que a capital não poderia satisfazer as condições de segurança exigidas. “A maioria dos

---

“sede do tribunal” seria interpretada como sendo o local onde os procedimentos de julgamento são conduzidos e as Câmaras de Julgamento estão localizadas. Cf. UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994)* (S/1995/134). p. 8. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>> Acesso em 23 set. 2013. Isto se deve em razão do fato de que, muito embora sediado em Arusha, Tanzânia, nem todos os órgãos do Tribunal lá foram estruturados, a exemplo do escritório do Procurador, sediado em Kigali, Ruanda, sendo ainda que o próprio Procurador e o órgão de apelação eram compartilhados com o TPII, e funcionavam em Haia, Holanda.

<sup>94</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 16. Texto original: “[...] teach the Rwandese people a lesson, to fight against the impunity to which it had become accustomed since 1959 and to promote national reconciliation”.

<sup>95</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 955 (1994)*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/955\(1994\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/955(1994))> Acesso em 23 set. 2013.

<sup>96</sup> GOLDSTONE, R. *For Humanity...* op. cit. p. 110.

<sup>97</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting...* op. cit. p. 17. Texto original: “We also look forward to further consultations on the official seat of the Tribunal. It is imperative that the Tribunal operate efficiently, securely and in a manner consistent with the overall development of international humanitarian law. We will look forward to the views of the Secretary-General and the Prosecutor in our evaluation”.

prédios sofreram danos graves como resultado da guerra e extensos e caros reparos seriam necessários para torná-los operacionais novamente”.<sup>98</sup> A primeira impressão do Procurador quando de sua visita a Kigali em dezembro de 1994 já antecipavam a conclusão do relatório, observando ele que a cidade estava em “estado de ruínas”. Além disso, destacou que “muitos ruandeses tinham um forte sentimento contrário às Nações Unidas em razão de sua lamentável falha de prevenir e impedir o genocídio”.<sup>99</sup> Kigali não era, com efeito, uma opção viável. A respeito de Nairóbi, foram apontados fatores positivos, que eram a boa infraestrutura e a larga presença das Nações Unidas na cidade.<sup>100</sup> Finalmente, Arusha não apresentava infraestrutura adequada para sediar o Tribunal, de sorte que “um grande número de instalações de apoio teria que ser importado”. Contudo, o governo da Tanzânia manifestou interesse em apoiar a criação do Tribunal, apresentando uma proposta concreta para que o Centro da Conferência Internacional de Arusha – onde foram celebrados os acordos de paz do início de abril de 1994 – fosse utilizado como sede. Os consultores da ONU consideraram que o local poderia ser adaptado para o estabelecimento da Corte.<sup>101</sup>

Diante desse quadro, uma requisição formal foi enviada à delegação Queniana junto à ONU consultando-se a respeito da possibilidade de sediar a Corte no país. Todavia, o representante do Quênia informou que “após cuidadosa consideração dos vários aspectos relativos à localização do Tribunal, o governo Queniano decidiu que não estaria em posição de fornecer uma sede para o Tribunal”.<sup>102</sup>

Restando Arusha como a opção mais adequada para assento do TPIR e, após consulta com o representante de Ruanda junto à ONU que declarou não opor nenhum óbice à instalação da Corte em país vizinho, de fácil acesso, a sede do Tribunal foi finalmente designada para a capital da Tanzânia, através da resolução 977 (1995).

## CONCLUSÕES

A criação de um Tribunal Penal Internacional tem como precedentes condicionantes políticas que irão conferir a tônica de sua atuação, notadamente o grau de apoio que o governo do país em que está ela instalada irá

<sup>98</sup> UNITED NATIONS. *Report of the Secretary-General...* op. cit.

<sup>99</sup> GOLDSTONE, R. *For Humanity...* op. cit, p. 113.

<sup>100</sup> UNITED NATIONS. *Report of the Secretary-General...* op. cit.. p. 9.

<sup>101</sup> *Ibidem*. p. 9.

<sup>102</sup> *Ibidem*. p. 9.

oferecer à Corte. No caso do TPIR, o voto contrário de Ruanda à sua criação representou um protesto contra os termos de um Estatuto em cuja redação havia participado ativamente, mas em que não se refletiram todas suas reivindicações. Isto não elidiu a cooperação que havia prometido fornecer à Corte, principalmente em razão da necessidade do auxílio internacional na captura de atores centrais no planejamento e execução do genocídio, tarefa para a qual a procuradoria do Tribunal exerce papel decisivo.

Com efeito, ao contrário do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, o TPIR foi eficaz na prisão de vários suspeitos que ocupavam cargos de poder na administração envolvida no genocídio, bem assim de outros líderes. Isso contribuiu positivamente para a relação entre o Tribunal e o governo de Ruanda, relação esta cujo ponto ápice se deu com a prisão do Coronel Théoneste Bagosora, chefe da milícia *Interahamwe*, nos Camarões em 16 de março de 1996.

Não obstante, a relação entre o governo do país e o Tribunal se mostrou instável em outros momentos. Por exemplo, em 1999 o Órgão de Apelação determina a soltura de Jean-Bosco Barayagwiza, um diretor no Ministério das Relações Exteriores e chefe executivo da *Radio Télévision Libre des Mille Collines*, sob o fundamento de que sua prolongada prisão cautelar violou direitos de defesa. Isso motiva o rompimento das relações do governo de Ruanda com o Tribunal. Um dos momentos de ápice desse período de tensão foi a recusa do governo de Ruanda de conceder visto para que a Procuradora do TPIR à época, a suíça Carla Del Ponte, viajasse até o país.<sup>103</sup> As relações entre as autoridades ruandesas e o Tribunal se normalizaram somente em fevereiro de 2000, um mês antes de o Órgão de Apelação rever sua decisão.<sup>104</sup>

Contudo, Ruanda voltou a se recusar a cooperar com o Tribunal pouco tempo depois<sup>105</sup>. Em abril de 2002, a Procuradora Del Ponte anunciou

<sup>103</sup> FISHER, Ian. “Rwanda Refuses to Grant a Visa for U.N. Tribunal’s Prosecutor”, *The New York Times*, 23 November 1999. Available at: <<https://www.nytimes.com/1999/11/23/world/rwanda-refuses-to-grant-a-visa-for-un-tribunal-s-prosecutor.html>>. Access on: December 2, 2018.

<sup>104</sup> CARROL, C. M. op. cit. p. 180-181.

<sup>105</sup> MCGREAL, Chris. Witness boycott brings Rwandan genocide trials to a halt, *The Guardian*, 29 de julho de 2002. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2002/jul/29/chrismcgreal>>. Acesso em: 31 ago. 2020; General Rusatira’s Release Heightens Tension Between Rwanda and the ICTR, *Hirondelle News Agency*, 30 de novembro de 2001. Disponível em: <<https://www.justiceinfo.net/en/hirondelle-news/16862-en-en-general-rusatiras-release-heightens-tension-between-rwanda-and-the-ict76287628.html>>. Acesso em: 31 ago. 2020; Rwanda: Del Ponte addresses alleged RPF massacres with Kagame, *ReliefWeb*, 14 de dezembro de 2000. Disponível em: <<https://reliefweb.int/report/rwanda/rwanda-del-ponte-addresses-alleged-rpf-massacres-kagame>>. Acesso em: 31 ago. 2020.



que mandados de prisão seriam emitidos contra membros da RPF envolvidos em crimes cometidos durante o genocídio<sup>106</sup>. Em resposta, o governo de Ruanda instituiu, em junho de 2002, restrições de viagem às testemunhas selecionadas pela Procuradoria, as impedindo de se deslocar para a sede do Tribunal em Arusha<sup>107</sup>. O boicote de testemunhas forçou o TPIR a suspender os procedimentos por dois meses. Ruanda revogou as restrições de viagem em agosto de 2002, mas sua demanda foi atendida: nenhum membro da RPF foi julgado pelo Tribunal<sup>108</sup>.

Em uma entrevista, Del Ponte comentou sobre a influência de Ruanda sobre o Tribunal nos seguintes termos: “Se eu não conseguir a cooperação de Ruanda, [...] posso, primeiro, abrir as portas do centro de detenção e libertá-los [os réus] e, em seguida, posso fechar as portas do meu escritório porque sem elas [as autoridades ruandesas] não posso fazer nada”<sup>109</sup>. De fato, uma das mais simbólicas manifestações de poder e de influência por Ruanda foi a exoneração de Del Ponte do cargo de Procuradora do TPIR em 2003 a pedido do Presidente Paul Kagame, em resposta ao descontentamento deste com o proposto envolvimento do TPIR nos crimes da RPF<sup>110</sup>.

Considere-se, portanto, todas as oscilações que ocorreram na relação entre o governo de Ruanda e o TPIR: a inicial requisição para a criação do Tribunal seguida de um voto desfavorável ao respectivo estatuto; a posterior celebração da captura de figuras centrais no planejamento do genocídio; os

<sup>106</sup> PESKIN, Victor. Beyond Victor’s Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, *Journal of Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 213-231, 2005, p. 225.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> COMBS, Nancy Amoury. *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 112. Texto original: “If I don’t get cooperation from Rwanda, [...] I can first open the door at the detention center and set them [the defendants] all free and then second I can close the door to my office because without them [Rwandan authorities] I cannot do anything at all”.

<sup>110</sup> HOOPER, John. ‘I was sacked as Rwanda genocide prosecutor for challenging president’, says Del Ponte, *The Guardian*, 13 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2003/sep/13/johnhooper>>. Acesso em: 31 ago. 2020; CASTLE, Stephen. Del Ponte fights to keep job as chief prosecutor in Rwanda genocide tribunal, *Independent*, 28 de julho de 2003. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/politics/del-ponte-fights-to-keep-job-as-chief-prosecutor-in-rwanda-genocide-tribunal-97902.html>>. Acesso em: 31 ago. 2020; Rwanda: Carla Del Ponte Replaced as ICTR Prosecutor, *Hirondelle News Agency*, 29 de agosto de 2003. Disponível em: <<https://allafrica.com/stories/200308290746.html>>. Acesso em: 31 ago. 2020; EDWARDS, Steven. Del Ponte Says UN Caved to Rwandan Pressure, *Global Policy Forum*, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://www.globalpolicy.org/component/content/article/163/29047.html>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

períodos de rompimento das relações, seguidos de posterior normalização, para atingir a conclusão de que foram elas determinadas por razões políticas.

## REFERÊNCIAS

- AKHAVAN, Payam. The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment. *The American Journal of International Law*, v. 90, n. 3, p. 501-510, 1996.
- BARNETT, Michael N. The UN Security Council, Indifference, and Genocide in Rwanda. *Cultural Anthropology*, v. 12, n. 4, p. 551-578, 1997.
- CAPLAN, Gerald. Rwanda: Walking the Road to Genocide. In: THOMPSON, Allan (Org.) *The Media and The Rwanda Genocide*. London: Pluto Press, 2007. p. 22.
- CARROL, Christina M. An Assessment of the Role and Effectiveness of the International Criminal Tribunal For Rwanda and the Rwandan National Justice System in Dealing With the Mass Atrocities of 1994. *Boston University International Law Journal*, v. 18, p. 163-200, 2000.
- CARON, David D. Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, n. 2, 2006, p. 401-422.
- CLARK, Phil. *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda: Justice Without Lawyers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- GOLDSTONE, Richard. *For Humanity: Reflections of a War Crimes Investigator*. New Haven: Yale University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. Historical Evolution: From Nuremberg to the International Criminal Court. *Penn State International Law Review*, v. 25, n. 4, p. 763-778, 2007.
- GOUREVITCH, Philip. *Gostariamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias: Histórias de Ruanda*. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Rwanda*. Disponível em: <<http://www.hrw.org/reports/1995/WR95/AFRICA-08.htm>> Acesso em: 23 set. 2013.
- INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *Status of Cases*. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Cases/tabid/204/Default.aspx>> Acesso em: 23 set. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>> Acesso em 23 set. 2013.
- KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, v. 6, p. 1-35, 2002.
- LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. Violência Sexual em Massa Contra Mulheres nos Genocídios do Século XX. In: SALIBA, Aziz Tuffi; JAYME, Fernando Gonzaga (Org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 75-114.
- MUTUA, Makau. From Nuremberg to the Rwanda Tribunal: Justice or Retribution? *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 6, p. 77-91, 2000.
- PESKIN, Victor. *International Justice in Rwanda and the Balkans: Virtual Trials and the struggle for state cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SALIBA, Aziz Tuffi . As sepulturas ainda não estão lotadas: A Organização das Nações Unidas e o genocídio em Ruanda. In: *3º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2005*, Curitiba. Estudos de Direito Internacional: Anais do 3º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2005. v. 3. p. 206-214.
- SCHABAS, William A. *The UN International Criminal Tribunals: The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UNITED NATIONS. *Financing of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/fifth/66/Statements/144%20145%20International%20criminal%20tribunal%20for%20Rwanda%20and%20International%20tribunal%20for%20the/C5\\_66\\_0m\\_ST\\_2011\\_12\\_13\\_Items%20144\\_145\\_ICTR\\_ITY\\_ASG\\_Controller.pdf](http://www.un.org/en/ga/fifth/66/Statements/144%20145%20International%20criminal%20tribunal%20for%20Rwanda%20and%20International%20tribunal%20for%20the/C5_66_0m_ST_2011_12_13_Items%20144_145_ICTR_ITY_ASG_Controller.pdf)> Acesso em: 23 set. 2013.

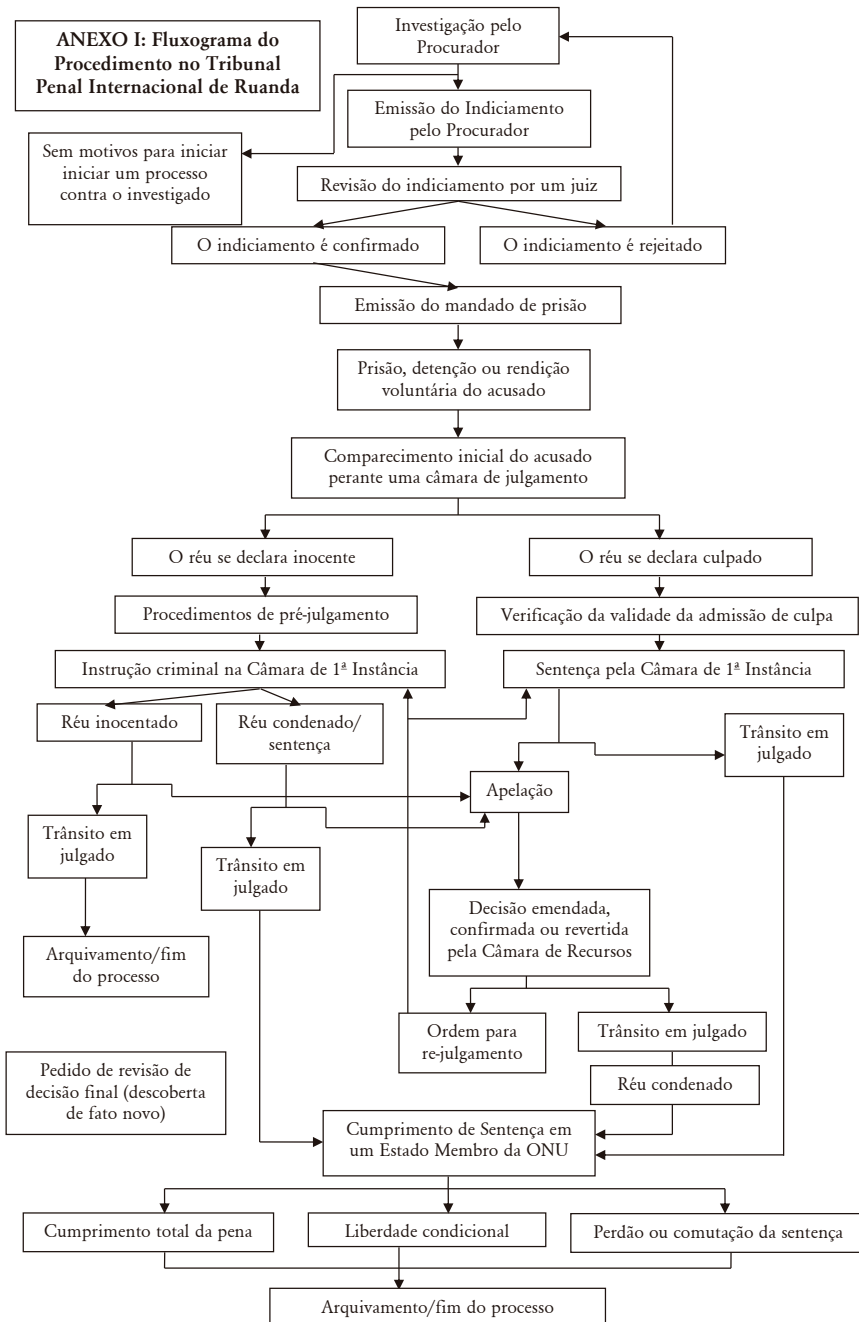
UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *3453rd meeting*, S/PV.3453, New York, 1994.

\_\_\_\_\_. *Letter dated 28 september 1994 from the permanent representative of Rwanda to the United Nations addressed to the president of the Security Council*, S/1994/1115, 1994.

\_\_\_\_\_. *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of Security Council Resolution 955 (1994) (S/1995/134)*. p. 8. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/043/02/PDF/N9504302.pdf?OpenElement>> Acesso em 23 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Resolution 935 (1994)*. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/935\(1994\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/935(1994))> Acesso em: 23 set. 2013.

UNITED STATES INSTITUTE OF PEACE. *Rwanda: Accountability for War Crimes and Genocide*. p. 14. Disponível em: <<http://www.usip.org/sites/default/files/SR13.pdf>> Acesso em: 23 set. 2013.



## ANEXO II

### LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE RUANDA<sup>111</sup>

**1897** – A Alemanha, o primeiro Estado imperialista a dominar Ruanda, estabelece um sistema de dominação indireta na colônia, por meio do qual os tutsis mais influentes foram selecionados pelos alemães para atuarem como líderes feudais em detrimento da população hutu.

**28 de junho de 1919** – Por meio do Tratado de Versalhes (assinado nesta data), a Alemanha oficialmente cede o domínio colonial de Ruanda em favor da Bélgica.

**1933** – A Bélgica divide a população de Ruanda em três grupos étnicos oficiais: twas, hutus e tutsis, sendo que estes últimos foram favorecidos político e economicamente pelos belgas. Ainda que a divisão tribal tenha sido artificialmente estabelecida pela Bélgica, ela criou profundo antagonismo e ressentimento entre tutsis e hutus.

**1º de julho de 1962** – Ruanda se torna um Estado independente, rompendo laços coloniais com a Bélgica. Com a independência, os hutus assumem o controle político do Estado, sobrepujando a elite política tutsi favorecida pelos belgas. Grégoire Kayibanda (de origem hutu) se torna o Presidente de Ruanda.

**5 de julho de 1973** – Juvénal Habyarimana (de origem hutu) se torna o Presidente de Ruanda, instalando um regime totalitário e implementando uma política de exclusão social dos tutsis.

**1990 (aproximadamente)** – A milícia Interahamwe, formada por hutus extremistas, é fundada em Ruanda.

**1º de outubro de 1990** – O grupo armado “Frente Patriótica Ruandesa” (FPR), constituído por tutsis refugiados em Uganda, invade Ruanda a fim de derrubar o Presidente Habyarimana e abolir o sistema de exclusão tutsi. O grupo assume o controle da extensão norte do território ruandês.

**8 de julho de 1993** – A rádio ruandesa “Radio Télévision Libre des Mille Collines”, fundada por hutus extremistas, inicia suas transmissões, incitando ódio racial contra os tutsis.

**4 de agosto de 1993** – Assinatura do Acordo de Paz entre o Governo de Ruanda e a FPR (Acordo de Arusha), encerrando as hostilidades em Ruan-

---

<sup>111</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.

da. O Acordo previa a criação de um governo de transição, a realização de eleições gerais e o retorno dos refugiados tutsis para Ruanda. Contudo, o Presidente Habyarimana se recusou a cumprir os termos do Acordo.

**5 de outubro de 1993** - O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 872, criando a operação de manutenção de paz “Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda” (UNAMIR), cujo mandato era monitorar o cumprimento do Acordo de Arusha. O comandante militar da Missão era o Major-General canadense Roméo Dallaire.

**1º de janeiro de 1994** - Ruanda se torna um membro não permanente do Conselho de Segurança da ONU.

**11 de janeiro de 1994** - O comandante da UNAMIR, Roméo Dallaire, envia um telegrama ao Departamento de Operações de Manutenção da Paz da ONU, detalhando a preparação e planejamento para o iminente extermínio dos tutsis em Ruanda e solicitando autorização para intervir preventivamente. No mesmo dia, Kofi Annan, o Diretor do Departamento de Operações de Manutenção da Paz, envia uma resposta requerendo cautela e não autorizando qualquer intervenção.

**6 de abril de 1994** - Aproximadamente às 20:30, o avião que transportava o Presidente Habyarimana e o Presidente do Burundi, Cyprien Ntaryamira, é abatido por um míssil enquanto pousava no aeroporto de Kigali, a capital ruandesa. O episódio deu início ao massacre disseminado dos tutsis e hutus moderados por todo o território de Ruanda e em Estados vizinhos. Iniciava-se o genocídio.

**9 de abril de 1994** - Um governo interino formado por hutus radicais é empossado em Ruanda. Théodore Sindikubwabo e Jean Kambanda assumem os cargos de Presidente e Primeiro-Ministro, respectivamente.

**21 de abril de 1994** - Ao invés de fortalecer a presença militar internacional em Ruanda, o Conselho de Segurança da ONU aprova a Resolução n. 912, por meio da qual reduziu o contingente da UNAMIR de 1.515 soldados para apenas 270.

**11 a 12 de maio de 1994** - O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, José Ayala Lasso, realiza uma visita a Ruanda para verificar pessoalmente a situação no Estado.

**16 de maio de 1994** - Em reunião no Conselho de Segurança da ONU, o representante de Ruanda informou aos membros do Conselho que a violência em seu Estado se deve a uma tentativa de golpe de estado pela FPR, com o

apoio de Uganda, e que os homicídios em massa estavam sendo perpetrados pela FPR contra a população hutu.

**19 de maio de 1994** - O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos publica um relatório sobre a situação em Ruanda, classificando-a como “uma tragédia de direitos humanos”, ressaltando que os autores das atrocidades não escaparão da responsabilidade pessoal por seus crimes e enfatizando que todos os instrumentos internacionais de direitos humanos e de Direito Internacional Humanitário dos quais Ruanda é parte, incluindo a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, devem ser respeitados em sua totalidade.

**25 de maio de 1994** - A já extinta Comissão de Direitos Humanos da ONU aprova a Resolução n. S-3/1, por meio da qual nomeou René Degni-Ségui (da Costa do Marfim) como Relator Especial para Ruanda. Seu mandato era reunir e compilar informações sobre possíveis violações dos direitos humanos e atos que poderiam ser classificados como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio em Ruanda.

**31 de maio de 1994** - O Secretário-Geral da ONU, Boutros Boutros-Ghali, encaminha um relatório ao Conselho de Segurança, no qual atesta que a violência em Ruanda configurou um genocídio, já que os homicídios em larga escala estavam sendo cometidos contra um grupo étnico específico, os tutsis. Boutros-Ghali também admitiu que a resposta internacional à crise em Ruanda foi insatisfatória.

**8 de junho de 1994** - O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 925, na qual reconhece, pela primeira vez, a ocorrência de um genocídio em Ruanda (dois meses depois de seu início).

**22 de junho de 1994** - O Conselho de Segurança da ONU, sob a influência da França, adota a Resolução n. 929, autorizando que os Estados membros despachem tropas para Ruanda. Em resposta, a França deu início à controversa “Operação Turquesa”, na qual enviou soldados para o sudoeste de Ruanda, a fim de proteger os hutus que fugiam de áreas sob o controle da FPR. A Operação é criticada por seu apoio ao regime hutu e o conexo enfraquecimento da UNAMIR.

**28 de junho de 1994** - O Relator Especial para Ruanda, René Degni-Ségui, apresenta seu primeiro relatório, no qual conclui que os homicídios disseminados de tutsis em Ruanda constituem genocídio.

**1º de julho de 1994** - Pressionado pela FPR, o Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 935, por meio da qual solicitou ao Secretário-

-Geral a criação de uma comissão de especialistas (similar àquela instituída para ex-Iugoslávia) para investigar as graves violações do Direito Internacional cometidas em Ruanda, incluindo genocídio.

**18 de julho de 1994** - A FPR assume o controle de Kigali, encerrando o genocídio em Ruanda. Cerca de 800.000 pessoas foram mortas e 2 milhões de ruandeses se tornaram deslocados internos ou refugiados em aproximadamente cem dias.

**19 de julho de 1994** - Um governo de união nacional é empossado em Ruanda, composto pelo Presidente Pasteur Bizimungu (hutu moderado), o Primeiro-Ministro Faustin Twagiramungu (hutu moderado) e o Vice-Presidente/Ministro da Defesa Paul Kagame (tutsi).

**26 de julho de 1994** - Conforme solicitado na Resolução n. 935 do Conselho de Segurança da ONU, o Secretário-Geral Boutros-Ghali publica um relatório determinando os parâmetros para a criação, composição e funcionamento da comissão de especialistas para investigar os crimes cometidos em Ruanda.

**29 de julho de 1994** - O Secretário-Geral da ONU nomeia três membros para a comissão de especialistas encarregada de investigar os crimes cometidos em Ruanda. Atsu-Koffi Amega (Togo), membro da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, foi escolhido Presidente da comissão.

**Setembro de 1994** - Os Estados Unidos e a Nova Zelândia circulam conjuntamente um projeto de resolução do Conselho de Segurança, propondo emendas ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, a fim de estender a jurisdição do Tribunal aos crimes cometidos em Ruanda e adicionar duas novas câmaras de julgamento em primeira instância.

**28 de setembro de 1994** - Ruanda encaminha uma carta ao Presidente do Conselho de Segurança da ONU, na qual reitera seu pedido para que a ONU crie, assim que possível, um tribunal penal internacional *ad hoc* para julgar os responsáveis por crimes cometidos em Ruanda.

**4 de outubro de 1994** - O Secretário-Geral da ONU encaminha ao Conselho de Segurança o primeiro relatório da comissão de especialistas presidida por Atsu-Koffi Amega. A comissão concluiu que ambos os lados do conflito armado em Ruanda (a FPR e os hutus) perpetraram crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Também atestou que atos de genocídio foram cometidos pelos hutus contra os tutsis. A comissão recomendou ao Conselho de Segurança que emende o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, a fim de estender a jurisdição do Tribunal aos crimes



cometidos em Ruanda. O governo ruandês se opôs a essa proposta, desejando a criação de um tribunal específico para o genocídio. Ruanda também apresentou uma série de exigências relativas à estrutura e ao funcionamento do tribunal. Muitas dessas demandas foram contestadas por outros membros do Conselho de Segurança.

**6 de outubro de 1994** - Durante o Debate Geral da Assembleia Geral da ONU, o Presidente de Ruanda, Pasteur Bizimungu, reiterou ser “absolutamente urgente” a criação pela ONU de um tribunal penal internacional *ad hoc* para Ruanda.

**Novembro de 1994** - O Subsecretário-Geral para Assuntos Jurídicos da ONU, Hans Corell, viaja a Kigali, a fim de convencer o governo ruandês a desistir das exigências que os outros membros do Conselho de Segurança consideravam inaceitáveis, especialmente a possibilidade de pena de morte. Seus esforços não foram bem-sucedidos.

**8 de novembro de 1994** - O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 955, criando o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) e aprovando o seu estatuto. A resolução foi adotada por treze votos a favor, um contra (Ruanda) e uma abstenção (China).

**13 de fevereiro de 1995** - O Secretário-Geral da ONU emite um relatório no qual recomenda instalar o TPIR em Arusha (Tanzânia). As outras alternativas eram Kigali (Ruanda) e Nairóbi (Quênia).

**22 de fevereiro de 1995** - O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 977, na qual determina que a sede do TPIR será Arusha (Tanzânia).

**24 e 25 de maio de 1995** - A Assembleia Geral da ONU elege os seis primeiros juízes do TPIR.

**29 de junho de 1995** - As Regras de Procedimento e Prova do TPIR entram em vigor.

**31 de agosto de 1995** - É assinado em Nova York o Acordo entre as Nações Unidas e a República Unida da Tanzânia relativo à sede do TPIR.

**22 de novembro de 1995** - O Procurador do TPIR emite o primeiro indiciamento do Tribunal, que se refere a oito indivíduos acusados de terem cometido crimes na Província de Quibuie, no oeste de Ruanda (Clément Kayishema, Charles Sikubwabo, Aloys Ndimbati, Ignace Bagilishema, Vincent Rutaganira, Muhimana Mika, Obed Ruzindana e Ryandikayo).

**28 de novembro de 1995** - O TPIR confirma seu primeiro indiciamento, emitido pelo Procurador em 22 de novembro de 1995.

**30 de maio de 1996** – Os primeiros réus do TPIR (Georges Anderson Rutaganda e Jean-Paul Akayesu) se apresentam perante a Câmara de Julgamento em Primeira Instância do Tribunal e se declaram inocentes.

**9 de janeiro de 1997** – Inicia-se o primeiro processo criminal do TPIR, no caso *Procurador v. Jean-Paul Akayesu*. Trata-se do primeiro processo por uma corte penal internacional na África.

**29 de maio de 1997** – Pauline Nyiramasuhuko, Ministra da Família e Desenvolvimento da Mulher durante o genocídio de 1994, é indiciada pelo TPIR. Trata-se da primeira mulher a ser indiciada por uma jurisdição internacional.

**1º de maio de 1998** – Jean Kambanda, o Primeiro-Ministro de Ruanda durante o genocídio de 1994, admite a sua culpa pelos seguintes crimes: genocídio, conspiração para cometer genocídio, incitamento direto e público para cometer genocídio, cumplicidade em genocídio e crimes contra a humanidade. Trata-se do primeiro réu do TPIR a confessar seus crimes e a primeira pessoa a confessar seu envolvimento em um genocídio perante uma jurisdição internacional.

**2 de setembro de 1998** – O TPIR emite o seu primeiro julgamento de mérito, no caso *Procurador v. Jean-Paul Akayesu*, na qual condenou o réu por genocídio, incitamento direto e público para cometer genocídio e crimes contra a humanidade (extermínio, homicídio, tortura, estupro e outros atos desumanos). Trata-se do primeiro julgamento sobre genocídio perante uma jurisdição internacional; o primeiro julgamento internacional a interpretar e aplicar a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio; e o primeiro julgamento a definir o crime de estupro no Direito Penal Internacional e a reconhecer o estupro como um meio para perpetrar genocídio.

**4 de setembro de 1998** – Jean Kambanda, o Primeiro-Ministro de Ruanda durante o genocídio de 1994, é condenado em primeira instância pelo TPIR por genocídio e outras acusações. Trata-se do primeiro Chefe de Estado condenado por uma jurisdição internacional desde o Tribunal de Tóquio.

**16 de dezembro de 1999** – O Secretário-Geral da ONU encaminha ao Conselho de Segurança o relatório da comissão independente de inquérito criada pelo próprio Secretário-Geral para analisar as ações da ONU durante o genocídio de 1994 em Ruanda. A comissão identificou uma série de deficiências e apresentou uma lista de recomendações para evitar os mesmos erros no futuro.

**22 de dezembro de 2010** – O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 1966, por meio da qual criou o Mecanismo Residual Internacional para Tribunais Criminais.

**1º de julho de 2012** – A sede de Arusha do Mecanismo Residual Internacional para Tribunais Criminais inicia suas atividades.

**20 de dezembro de 2012** – O TPIR emite a sua última decisão de primeira instância, que consiste na sentença pela Câmara de Julgamento em Primeira Instância II no caso *Procurador v. Augustin Ngirabatware*, condenando o réu e o sentenciando a 35 anos de prisão.

**14 de dezembro de 2015** – O TPIR emite a sua última decisão, que consiste em um julgamento pela Câmara de Recursos no caso *Procurador v. Nyiramasubuko et al. (“Caso Butare”)*.

**31 de dezembro de 2015** – O TPIR oficialmente encerra as suas atividades.



# OS PAINÉIS ESPECIAIS PARA CRIMES GRAVES NO TIMOR-LESTE: UM BREVE BALANÇO CRÍTICO

*Sven Peterke  
Marcilio Franca*

## INTRODUÇÃO

No final do ano de 1999, a fim de pacificar um conflito que tomara graves proporções humanitárias, as Nações Unidas intervieram no Timor-Leste e logo depois assumiram a sua administração transitória para apoiar o processo de independência da ex-colônia portuguesa, ocupada pela Indonésia por quase vinte e cinco anos. As Nações Unidas haviam encontrado um país destruído e traumatizado, em particular, pelas atrocidades cometidas nos últimos meses da ocupação (antes da consulta popular que decidiu pela independência). Para julgar os principais responsáveis por aquelas condutas, foram estabelecidos os Painéis Especiais para Crimes Graves (*Special Panels for Serious Crimes* - SPSC), um mecanismo *sui generis* competente para aplicar tanto determinados tipos do direito penal internacional como do Código Penal da Indonésia. Os SPSC encararam uma tarefa muito difícil, visto que - como em toda parte em Díli - havia relativamente poucos recursos financeiros, infra-estruturais e humanos à sua disposição. Em maio de 2005, o seu mandato internacional terminou, porém, e uma parte relevante do trabalho ainda ficou por concluir.

O presente escrito procura apresentar uma visão panorâmica sobre o desempenho dos SPSC, primeiro, em linhas gerais, iluminando o contexto histórico e político da sua implementação, para depois expor a natureza, a organização e a jurisdição dos SPSC. Segue-se uma breve análise da jurisprudência dos SPSC, partindo da questão: até que ponto os SPSC cumpriram o seu mandato internacional de punir os principais responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas contra a população do Timor-Leste em 1999? Outra questão tratada no presente artigo é se sua jurisprudência

contribuiu, como esperado pela doutrina, para a consolidação do direito penal internacional. No entanto, a análise do desempenho dos painéis seria incompleta se fosse negligenciada a função pedagógica dos SPSC de capacitar o pessoal para a justiça no Timor-Leste soberano, com o fim de dar sustentabilidade aos esforços da comunidade internacional para as iniciativas de *peace-building*. Por isso, este aspecto é discutido no fim deste texto.

Como a grande maioria dos analistas, chegar-se-á enfim à conclusão de que, além dos inegáveis méritos dos SPSC, ocorreram falhas. Esse fato impossibilita falar de um balanço completamente positivo na atuação dos Painéis na “Terra do Avô Crocodilo”<sup>1</sup>.

## 1. CONTEXTO HISTÓRICO E POLÍTICO

A ilha de Timor, o último pedaço de terra do extremo sudeste asiático antes da Austrália, é politicamente bipartida entre uma zona ocidental, correspondente à província indonésia de Nusa Tenggara Timur, com capital em Kupang, e uma zona oriental, formada pela República Democrática de Timor-

<sup>1</sup> Diz uma velha lenda timorense que um crocodilo marinho viajante, de tão cansado de nadar nas águas do Índico e do Pacífico, teria-se transformado na ilha de Timor. Em 08 de outubro de 1995, enquanto ocupava uma cela na prisão indonésia de Cipinang, em Jacarta, Xanana Gusmão, ex-guerrilheiro e futuro presidente da República Democrática de Timor-Leste, escreveu um poema sobre a lenda:

### AVÔ CROCODILO

Diz a lenda

E eu acredito!

O sol na pontinha do mar

abriu os olhos

e espalhou os seus raios

e traçou uma rota

Do fundo mar

um crocodilo pensou buscar o seu destino

e veio por aquele rasgo de luz

Cansado, deixou-se estirar

no tempo

e suas costas se transformaram

em cadeias de montanhas

onde as pessoas nasceram

e onde as pessoas morreram

Avô Crocodilo

- diz a lenda

e eu acredito!

É Timor!

(GUSMÃO, Xanana. *Mar Meu – Poemas e Pinturas*. Prefácio de Mía Couto. Porto: Granito, 1998.)

-Leste, cuja capital é Díli. A fronteira internacional entre as duas partes foi fixada por sentença arbitral da Corte Permanente de Arbitragem, em 1914.<sup>2</sup>

Os colonizadores portugueses chegaram ao sudeste asiático no séc. XVI. O arquipélago indonésio tornou-se colônia holandesa a partir do século XVII. A divisão da ilha foi mais uma consequência da sangrenta Guerra dos Trinta Anos, o primeiro embate transcontinental da história, com operações na Europa, na Ásia e nas Américas. A independência indonésia só ocorreria depois da II Guerra Mundial.

Em Portugal, os capitães que lideraram a Revolução dos Cravos (1974) sinalizaram com a independência de todas as colônias portuguesas na África e na Ásia. No final de 1975, Timor-Leste declarou sua independência, mas poucas semanas depois foi invadido e ocupado pela Indonésia, que tinha receio de ver instalada na metade oriental da ilha uma Cuba asiática.<sup>3</sup> Logo instalou-se uma guerrilha foquista na região, através das FALINTIL (Forças Armadas de Libertação Nacional de Timor-Leste).

Em 1999, a história dos quase vinte e cinco anos de ocupação do Timor-Leste pela Indonésia (de 7 de dezembro de 1975 a 25 de outubro de 1999) chegou ao fim com outro capítulo sombrio de graves violações de direitos humanos.<sup>4</sup> Após a queda do regime ditatorial do General *Subarto* e a eclosão de uma grave crise financeira, a pressão internacional levou o novo governo indonésio a finalmente aceitar a realização de uma consulta popular, organizada pelas Nações Unidas, referente ao futuro *status* da ex-colônia portuguesa.

<sup>2</sup> Permanent Court of Arbitration, case “Boundaries in the Island of Timor” (Netherlands v. Portugal), Arbitrator: C.E. Lardy, The Hague, 25 June 1914.

<sup>3</sup> Conforme bem recorda o preâmbulo da atual Constituição Timorense, a história da independência do país é bastante longa: a independência de Timor-Leste de Portugal foi proclamada inicialmente pela Frente Revolucionária do Timor-Leste Independente (FRETILIN) em 28 de Novembro de 1975, no vácuo da Revolução dos Cravos que modificou radicalmente as relações de poder em Lisboa. Entretanto, a Indonésia – possivelmente incentivada pelo receio americano de mais um país comunista no sudeste da Ásia – invade a Pátria Maubere logo depois, em 07 de dezembro de 1975. A luta travada contra o inimigo invasor, inicialmente sob a liderança da FRETILIN, dá lugar a partir daí a três importantes frentes: uma guerrilha rural de inspiração foquista (guevariana), protagonizada pelas Forças Armadas de Libertação Nacional de Timor-Leste (FALINTIL), uma frente clandestina de resistência urbana (dentro do território timorense ocupado) e uma competente frente diplomática (no estrangeiro), cujo rosto mais conhecido é o do Prêmio Nobel da Paz José Ramos Horta, atual presidente do Painel Independente de Alto Nível para as Operações de Paz da ONU.

<sup>4</sup> Vide, para a história de abusos e violações de direitos humanos cometidas contra a população do Timor-Leste antes de 1999: TAYLOR, John G. *Indonesia’s Forgotten War: The Hidden History of East Timor*. London: Zed Books, 1991. Em 2001, Lucélia Santos realizou o excelente documentário “Timor Lorosae - O massacre que o mundo não viu”, um testemunho detalhado e fiel sobre o horror timorense.

Em 30 de agosto de 1999, o povo do Timor-Leste votou em sua grande maioria (78,5%) – e apesar de numerosos atos de intimidação e violência praticados por milícias, muitas vezes, equipadas, financiadas, organizadas e até treinadas pelas forças armadas da Indonésia – a favor da plena independência do seu país.<sup>5</sup> Nos dias seguintes à divulgação dos resultados do plebiscito, os grupos paramilitares (milícias) reagiram com uma sangrenta campanha de vingança, que abalou a capital Díli e se propagou pelo resto do território do Timor-Leste. Estima-se que cerca de 1.500 pessoas tenham sido assassinadas e em torno de 400 mil expulsas das suas vilas no período seguinte ao plebiscito das Nações Unidas. No mais, atos de tortura, estupros e pilhagens foram utilizados para aterrorizar a população.<sup>6</sup> Nesse clima de anarquia e autojustiça foi também destruída uma grande parte da infraestrutura do Timor-Leste.

Consciente da catástrofe humanitária, o Conselho de Segurança das Nações Unidas resolveu, em 15 de setembro de 1999, intervir com uma força militar multinacional, a INTERFET (*International Force for East Timor*).<sup>7</sup> Em 20 de setembro, os primeiros contingentes de “capacetes azuis” chegaram no Timor-Leste vindos da Austrália. Logo depois, a Indonésia se retirou do território e as Nações Unidas, pela primeira vez em sua história, estabeleceram uma administração transitória integral de um território, aprovando a Resolução 1272, de 25 de outubro de 1999, do seu Conselho de Segurança. A missão principal da administração transitória foi restabelecer a lei e a ordem e organizar a reconstrução do país até a sua independência formal, após a realização de eleições livres e democráticas<sup>8</sup>. Para esse fim, foi concedido à UNTAET (*United Nations Transitional Administration in East Timor*) o poder de soberania sobre a totalidade do território nacional, abrangendo tanto competências executivas quanto legislativas e judiciais. O brasileiro Sérgio Vieira de Mello foi nomeado Administrador Transitório (e Representante Especial do Secretário-Geral) da ONU em Timor, inicialmente, com a acumulação de poderes legislativos, executivos e judiciais.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Report of the Joint Mission to East Timor by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on Extrajudicial, summary, or Arbitrary Executions, the Special Rapporteur of the Commission on the Question of Torture and the Special Rapporteur of the Commission on the Violence Against Women, Its Causes and Consequences. U.N. Doc. A/54/660, December 10, 1999, § 30.

<sup>6</sup> Id., §§ 37-38. De fato, Sérgio Vieira de Mello também tinha poderes judiciais inicialmente, já que os tribunais de Díli só foram criados em meados de 2000.

<sup>7</sup> U.N. Doc. S/RES/1264 (1999), 15 September 1999.

<sup>8</sup> U.N. Doc. S/RES/1272 (1999), 25 October 1999.

<sup>9</sup> A UNTAET tinha de organizar tudo, do zero, no novo país. Desde regras de trânsito e o abastecimento de água até a logística de tribunais e do sistema financeiro nacional. A acumulação unipessoal dos clássicos três poderes do Estado pelo Administrador Transitório das Nações Uni-



Durante as suas operações de *peace-keeping*, a INTERFET havia recolhido provas das crueldades cometidas por milicianos contra a população do Timor-Leste e havia detido vários potenciais réus, agora esperando as acusações. Os três relatores especiais da Comissão de Direitos Humanos da ONU que tinham visitado o país, em dezembro de 1999, recomendaram a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc*, seguindo o modelo dos já existentes tribunais para ex-Iugoslávia e Ruanda.<sup>10</sup> De modo parecido, a Comissão Internacional de Inquérito para Timor-Leste (*International Commission of Inquiry on East Timor*), estabelecida pelo então Secretário-Geral da ONU, *Kofi Annan*, propôs, em janeiro de 2000, a criação de um tribunal internacional de direitos humanos com a tarefa de apurar os crimes mais graves cometidos no contexto da consulta popular e punir os responsáveis.<sup>11</sup>

Todavia, essas recomendações não foram seguidas. Na época, os tribunais *ad hoc* estavam sofrendo várias críticas, por conta, entre outros, dos seus altos custos e sua deficiente aceitação pela população (*lack of ownership*).<sup>12</sup> No mais, foi considerado como tarefa importante capacitar o pessoal local (*capacity-building*) do sistema de justiça, para conferir uma maior sustentabilidade a longo prazo dos esforços internacionais de pacificação, inclusive no que se refere à construção do futuro Poder Judiciário nacional. De fato, após décadas de ocupação, realizada por um regime ditatorial indonésio, que discriminou e, muitas vezes, excluiu os timorenses das carreiras na justiça, o país, sem dispor de um maior número de juízes, promotores, defensores públicos e advogados, estava objetivamente sem condições de lidar sozinho com o legado sombrio e construir um novo Estado de Direito.<sup>13</sup> Diante

---

das foi vista criticamente por parte da doutrina: vide, por exemplo BEAUVAIS, Joel C. “Benevolent Despotism: A Critique of U.N. State-Building in East Timor”. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 33, no. 4, 2001, p. 1101-1178; CHOPRA, Jarat. “Building State Failure in East Timor”. *Development and Change*, vol. 33, no. 5, 2002, p. 979-1000. O diretor Greg Barker retrata positivamente o cotidiano político de Sérgio Vieira de Melo no recém lançado “Sergio” (2020), filme estrelado por Wagner Moura, Ana de Armas, Garret Dillahunt, Brian F. O’Byrne, Will Dalton, Clemens Schick e Bradley Whitford. O filme é baseado na biografia escrita por Samantha Power.

<sup>10</sup> Report of the Joint Mission to East Timor, op. cit., § 74.

<sup>11</sup> Report of the International Commission of Inquiry on East Timor to the Secretary General, January 2000, U.N. Doc. A/54/726, S/2000/59, January 31, 2000, § 153.

<sup>12</sup> Vide, por exemplo: KRITZ, Neil J. “Coming to Terms with Atrocities – A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, 1996, p. 146; ZACKLIN, Ralph. “The Failings of ad hoc International Tribunals”. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, no. 2, 2004, p. 541-545.

<sup>13</sup> STROHMEYER, Hansjörg. “Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor”. *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001 p. 46-63.

desse pano de fundo, houve boas razões para testar um modelo novo de justiça de transição.

Esse novo modelo foi constituído pelos Painéis Especiais para Crimes Graves (*Special Panels for Serious Crimes - SPSC*), que passaram a integrar o Tribunal Distrital de Díli, a capital do país, com base no Regulamento UNTAET nº 2000/15<sup>14</sup>. Os SPSC eram compostos tanto de juizes internacionais (recrutados e remunerados pela ONU) como nacionais, encarregados de julgar os principais responsáveis pelos crimes mais sérios que haviam sido cometidos no território do Timor-Leste, entre o dia 1 de janeiro e o dia 25 de outubro de 1999.<sup>15</sup> Sua implementação marca o início do chamado “processo de crimes graves” (*serious crime process*).

Sem dúvida, essa decisão das Nações Unidas de optar pelos SPSC foi também uma concessão à Indonésia e a outros Estados que queriam evitar a criação de um novo tribunal penal internacional *ad hoc* por resolução vinculante do Conselho de Segurança, sob auspícios do Capítulo VII da Carta da ONU, que tivesse obrigado todos os Estados a colaborar de modo compulsório com tal subórgão.<sup>16</sup> Temendo tais consequências, Jakarta prometeu à comunidade internacional estabelecer seu próprio tribunal *ad hoc* de direitos humanos para apurar os crimes cometidos em Timor. Sua instituição deu-se em 23 de abril por decreto de Presidente Abdurrahman Wahid.

A independência formal do Timor-Leste se deu em 20 de maio de 2002, com a posse de José Alexandre “Kay Rala Xanana” Gusmão como Presidente da República e a entrada em vigor de nova constituição, elaborada por uma Assembleia Constituinte democraticamente eleita. Logo a seguir, a UNTAET foi transformada em UNMISSET (*United Nations Mission of Support in East Timor*), não sendo mais uma administração supranacional, mas uma missão de apoio ao novo país.<sup>17</sup> No mesmo ano, foram ainda iniciadas as primeiras audiências públicas da Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação de Timor-Leste (*Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor - CAVR*) como instituição complementar aos SPSC. Seu objetivo principal foi

<sup>14</sup> UNTAET Regulation 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offenses, UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000. Disponível em <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf> (acesso em 19/02/2018). Ao contrário do que o seu nome parece indicar, os regulamentos da UNTAET eram uma espécie normativa com a generalidade, abstração e força normativa comparáveis à de uma lei em sentido formal.

<sup>15</sup> Id., Section 2.3.

<sup>16</sup> Vide LINTON, Suzannah. “Unravelling the First Three Trials at Indonesia’s Ad Hoc Court for Human Rights Violations in East Timor”. *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, p. 303.

<sup>17</sup> U.N. Doc. S/RES/1410 (2002), 17 May 2002.

apurar casos de violações de direitos humanos cometidos durante o inteiro período da ocupação pela Indonésia e não se encontrando sob a jurisdição dos SPSC. Composto de sete comissariados nacionais e 29 regionais, essa comissão funcionou até outubro de 2004, quando apresentou o seu relatório final.<sup>18</sup>

O término do trabalho dos SPSC foi determinado pelas Nações Unidas para o dia 20 de maio de 2005,<sup>19</sup> junto com o fim da UNMISSET, que foi substituída pelo UNOTIL (*United Nations Office in Timor-Leste*), como missão menor, claramente vocacionada à construção de capacidades (*capacity building*) em setores estratégicos da Administração Pública timorense.<sup>20</sup> Nos últimos meses da sua atuação, Timor-Leste foi abalado por uma série de distúrbios que fizeram o então Ministro das Relações Exteriores, *José Ramos-Horta*, pedir apoio militar da Austrália, Malásia, Nova Zelândia e Portugal. Na Operação “Astute”, foram disponibilizados em torno de 3.000 soldados estrangeiros ao governo timorense. O UNOTIL foi sucedida, em 25 de agosto de 2006, pela UNMIT (*United Nations Integrated Mission in Timor-Leste*)<sup>21</sup>, que concluiu o seu mandato em 31.12.2012. Deixou o país, depois de ter assinado com o governo timorense um Plano de Transição Conjunto (*Joint Transition Plan* ou JTP). A consolidação do processo democrático timorense seguiu a partir dali um novo rumo, sem a presença de uma missão da ONU em seu território mas ainda contando com solidário apoio daquela importante organização internacional e seus satélites.

## 2 OS PAINÉIS ESPECIAIS PARA CRIMES GRAVES - SPSC

### 2.1. Natureza, composição e estrutura organizacional

Como os SPSC foram formalmente inseridos na estrutura funcional do Tribunal Distrital de Díli<sup>22</sup>, tratam-se, do ponto de vista técnico, de órgãos nacionais do Timor-Leste, ou seja, eles não dispõem do clássico *status* de organização internacional, como, por exemplo, os tribunais para ex-Iugoslávia, Serra Leoa e Ruanda.<sup>23</sup> Diante disso, tampouco se qualificam como verdadeiro tribunal penal internacional, embora juízes, promotores e defensores públicos

<sup>18</sup> O relatório final é disponível sob: <http://www.etan.org/news/2006/cavr.htm> (acesso em 18/02/2018).

<sup>19</sup> U.N. Doc. S/RES/1543 (2004), 14 May 2004, § 6; S/RES/1573 (2004), 16 November 2004, § 1.

<sup>20</sup> U.N. Doc. S/RES/1599 (2005), 28 April 2005.

<sup>21</sup> U.N. Doc. S/Res/1704 (2006), 25 August 2006.

<sup>22</sup> Além do tribunal distrital de Díli, havia tribunais distritais em Baucau, Maliana e Ermera.

<sup>23</sup> NOUWEN, Sarah M.H. „Hybrid Courts. The hybrid category of a new type of international criminal courts.” *Utrecht Law Review*, vol. 2, no. 2, 2006, p. 202.

internacionais gozassem de todo o estatuto de servidores internacionais da ONU. Havia, basicamente, dois motivos que justificavam sua classificação como “tribunal misto”, “híbrido” ou “internacionalizado”: Primeiro, o fato de cada um dos, inicialmente, dois painéis<sup>24</sup>, foi composto por dois juízes internacionais e um juiz timorense. Esta foi também composição do Tribunal de Recurso (*Court of Appeal*), igualmente localizado em Díli.<sup>25</sup> Segundo, em virtude da particularidade de que estes órgãos deviam sua existência, em última análise, àquela resolução do Conselho de Segurança que tinha estabelecido a UNTAET, razão pela que fizeram parte tanto de uma instituição doméstica como de um sub-órgão da ONU<sup>26</sup>. Portanto, não são frutos de um tratado internacional entre um Estado soberano e a organização mundial, o que distingue os SPSC, por exemplo, das Câmaras Especiais nos Tribunais do Camboja (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia - ECCC*)<sup>27</sup>.

O recrutamento e a nomeação dos juízes foram realizados pelas Nações Unidas. Os principais critérios foram, além da capacidade de ser juiz no seu Estado de origem, o “alto caráter moral, a imparcialidade e a integridade” do candidato.<sup>28</sup> Ademais, o Regulamento nº. 15/2000 frisou que cada painel deveria ter sido composto por juízes especialistas em direito penal e direito internacional público, em particular, direito internacional humanitário e direitos humanos. Os idiomas admitidos perante os SPSC eram o bahasa indonésio, o inglês, o português e o tétum (a língua nativa oficial de Timor-Leste).

As investigações e as acusações foram realizadas pela Unidade Especial para Crimes Graves (*Serious Crimes Unit - SCU*). Sua composição era também mista, integrando vários procuradores, consultores, policiais etc. do exterior, todos recrutados pelas Nações Unidas.<sup>29</sup> Seu pessoal chegou a 124 servidores, chefiados por diversos Procuradores-Gerais. O primeiro foi o francês Jean-Louis Gillesen, nomeado em julho de 2001, e substituído seis meses mais tarde pela norueguesa Siri Firgaard, que, por sua vez, ainda teve

<sup>24</sup> Em 2004, foi criado um terceiro painel, para acelerar o processo de encerramento do mandato até junho de 2005.

<sup>25</sup> SHAW, Malcolm S. *International Law*. 8th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 311.

<sup>26</sup> WILLIAMS, Sarah. *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals: Selected Jurisdictional Issues*. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012, p. 283.

<sup>27</sup> FICHTELBERG, Aaron. *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 60.

<sup>28</sup> Id., Section 22.2. Entre os juízes internacionais, havia magistrados oriundos do Brasil, Burundi, Cabo Verde, Alemanha, Itália, Portugal, Uganda e Estados Unidos.

<sup>29</sup> UNTAET Regulation no. 2000/16 on the Regulation of the Public Prosecutor Service in East Timor. UNTAET/REG/2000/16, 6 June 2000.

dois sucessores até maio de 2005.<sup>30</sup> Inserida na Procuradoria-Geral do Timor Leste, a SCU tratava-se igualmente de um órgão formalmente nacional ou, pelo menos, híbrido.

A *Defence Lawyers Unit - DLU*, órgão encarregado de assistir os acusados e assegurar o respeito pelos seus direitos no devido processo penal, foi criado em setembro de 2002, após severas críticas no que se refere à garantia da paridade de armas perante os SPSC.<sup>31</sup> Antes, a defesa era feita exclusivamente por advogados do Timor-Leste, muitas vezes, pouco familiarizados com as exigências de um tribunal com jurisdição para crimes internacionais e mesmo com algumas lacunas na formação jurídica de base.

## 2.2. Jurisdição e Direito Aplicável

Os SPSC possuíam jurisdição universal sobre três crimes internacionais: genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.<sup>32</sup> Os tipos penais, estipulados pelo Regulamento nº 15/2000, foram retirados do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998,<sup>33</sup> manifestando, portanto, a expectativa da comunidade internacional dos Estados de que os SPSC construíssem o processo de consolidação do direito penal internacional em Timor. Para tanto, os juízes poderiam, caso entendessem apropriado, aplicar tratados internacionais pertinentes, bem como as normas e os princípios reconhecidos pelo direito internacional, inclusive os estabelecidos pelo direito internacional dos conflitos armados.<sup>34</sup>

Os outros três tipos criminais sob jurisdição dos SPSC foram homicídio, delitos sexuais e tortura.<sup>35</sup> O tipo penal da tortura foi definido pelo Regulamento nº 15/2000, porém de forma mais ampla do que na Convenção da ONU contra Tortura de 1984 - provavelmente, para fazer face à dificuldade de imputar os atos cometidos pelas milícias ao Estado

<sup>30</sup> HIRST, Megan/VARNEY, Howard. "Justice Abandoned? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor". ICTY Occasional Paper Series 2005, p. 7.

<sup>31</sup> COHEN, David. "Justice on the Cheap" Revisited: The Failure of the Serious Crimes Trials in East Timor". *Asia Pacific Issues*, no. 80, 2006, p. 5. Disponível em: <http://www.eastwestcenter.org/sites/default/files/private/api080.pdf> (acesso em 18/02/2018).

<sup>32</sup> UNTAET Regulation no. 2000/15, op. cit., Section 4 (Genocide), Section 5 (Crimes Against Humanity), Section 6 (War Crimes).

<sup>33</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, ILM 37 (1998), 1007.

<sup>34</sup> Id. Section 3.1 (b).

<sup>35</sup> Id., Section 7 (Torture), Section 8 (Murder), Section 9 (Sexual Offences).

indonésio.<sup>36</sup> Quanto aos crimes de homicídio e delitos sexuais, a referência foi feita no Regulamento do “Código Penal aplicável no Timor-Leste”. O objetivo era declarar aplicável o direito penal da Indonésia, salvo nas suas incompatibilidades com os *standards* internacionais de direitos humanos,<sup>37</sup> para sanar lacunas jurídicas e evitar insegurança jurídica até a entrada em vigor de um novo Código Penal, totalmente elaborado pelo legislador do Timor-Leste.

Além dos tipos penais, o Regulamento no. 15/2000 fixou vários princípios gerais de direito penal, entre outros *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimen* e *ne bis in idem*.<sup>38</sup> Ressalve-se que as provisões sobre “responsabilidade criminal individual”, “responsabilidade superior”, “os elementos psicológicos”, “as causas de exclusão da responsabilidade criminal” e “decisão hierárquicas” (ordens superiores), entre outras, foram igualmente retiradas do Estatuto de Roma.<sup>39</sup> Como a maioria dos crimes cometidos envolveu milicianos, que obviamente tinham executado ordens dadas por superiores, esperavam-se importantes esclarecimentos doutrinários pela jurisprudência dos SPSC, assim orientando o futuro trabalho do Tribunal Penal Internacional. Isso vale particularmente, como causa de exclusão de responsabilidade para as condições de “coação” (*duress*) e como circunstâncias atenuantes para a “decisão hierárquica” (*superior orders*).<sup>40</sup>

O direito processual penal foi estipulado pelo Regulamento nº 30/2000,<sup>41</sup> que seguiu, em grande parte, as provisões dos tribunais *ad hoc* para ex-Iugoslávia e Ruanda, baseando-se em elementos tanto do *civil law* como do *common law*.<sup>42</sup> Enfim, outra particularidade foi o papel especial

<sup>36</sup> TURNS, David. “Internationalised or ad hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia”. *Austrian Review of International and European Law*, vol. 6, 2001, p. 123.

<sup>37</sup> Foi, de fato, necessário abolir vários tipos penais, como, por exemplo, o crime de subversão e a pena de morte. Detalhes: KALBUSCH, Marco. „Friedenssicherung durch Recht: Die Verfolgung schwerer Straftaten in Osttimor.“ *Indonesien Information* Nr. 1/2003. Disponível em: [http://home.snafu.de/watchin/II\\_1\\_03/Verfolgung.htm](http://home.snafu.de/watchin/II_1_03/Verfolgung.htm) (acesso em 18/02/2018).

<sup>38</sup> UNTAET Regulation No. 2000/15, op. cit., Sections 11-13.

<sup>39</sup> Id., Section 14 (Individual Criminal Responsibility); Section 16 (Command Responsibility), Section 18 (Mental Element); Section 19 (Grounds for Excluding Criminal Responsibility), Section 21 (Superior Orders or Prescription of Law).

<sup>40</sup> Vide para uma visão geral sobre as problemáticas: WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, 2nd ed., The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, §§ 554-558, §§ 582-595.

<sup>41</sup> UNTAET Regulation No. 2000/30 on Transitional Rules of Criminal Procedures, UNTAET REG/2000/30, 25 September 2000.

<sup>42</sup> BERTODANO, Sylvia de. “Current Developments in Internationalized Courts”. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, no. 1 (2003), p. 231. 226-244.

previsto para as vítimas. Dotadas de direitos amplos, em todos os níveis do processo, podiam até exigir determinadas investigações da SCU.

### 3. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DOS SPSC E DO TRIBUNAL DE RECURSO

Diante desse pano de fundo descrito até aqui, pergunta-se até que ponto os SPSC conseguiram realizar a sua tarefa de julgar os principais responsáveis pelos crimes cometidos no contexto do referendo timorense de 1999, ao mesmo tempo, oferecendo jurisprudência relevante para consolidação do direito penal internacional. Estava claro, desde o início, que se tratava de uma tarefa difícil, sobretudo à luz das condições precárias encontradas pelas Nações Unidas para implementação daquele inovador mecanismo de justiça de transição. As condições de vida em Díli eram duras. Fora de Díli, dramáticas.

Quanto ao Tribunal *ad hoc* de Direitos Humanos, proposto em 2001 pela Indonésia, ficou logo evidente, o que a princípio era apenas previsível:<sup>43</sup> a falta de um verdadeiro interesse do governo indonésio em se ocupar com as vítimas do Timor-Leste. Foram instaurados processos penais apenas contra 18 indivíduos, dos quais somente seis foram condenados pelos cinco juízes indonésios do Tribunal *ad hoc*, que terminou seu trabalho em agosto de 2003.<sup>44</sup> Todos foram considerados inocentes pelo Tribunal de Recurso e pelo Supremo Tribunal da Indonésia.<sup>45</sup>

À luz desse resultado acanhado, os SPSC parecem brilhar com números impressionantes: ao todo, dos 87 acusados, em 55 processos, 83 foram condenados, ou seja, 97,7% de condenações.<sup>46</sup> Provavelmente, o número total de condenados seria consideravelmente maior, se a Indonésia tivesse cumprido o *Memorandum of Understanding* de abril de 2000<sup>47</sup>, no qual havia prometido

<sup>43</sup> COHEN, David. “Intended to Fail: The Trails Before the Ad Hoc Human Rights Tribunal in Jakarta”. ICTJ Occasional Paper Series (2003), disponível em: <https://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Indonesia-Rights-Court-2003-English.pdf> (acesso em 01/12/2012).

<sup>44</sup> FICHELBERG, op. cit., p. 60.

<sup>45</sup> PAMPALK, Madalena. “Accountability for Serious Crimes and National Reconciliation in Timor-Leste: Progress or Wishful Thinking?” *Austrian Journal of South-East Asian Studies*, vol. 3, no. 1, 2010, p. 11.

<sup>46</sup> COHEN, David. *Indifference and Accountability: The United Nations and the Politics of International Justice in East Timor*. East-West Center Special Reports, No. 9, June 2006, p. 11-12.

<sup>47</sup> *Memorandum of Understanding between the Republic of Indonesia and the United Nations Transitional Administration in East Timor regarding cooperation in Legal, Judicial and Human Rights Related Matter*, 6 April 2000. Disponível em: <http://mj.gov.tl/jornal/lawsTL/Other-Docs/mou-id-untaet.htm> (acesso em 18/02/2018).

a transferência de indivíduos acusados pela SCU por crimes internacionais. No entanto, isso não ocorreu e a grande maioria pessoas acusadas pelo SCU (316 das 391) ficou fora do alcance dos SPSC na Indonésia.<sup>48</sup> Além disso, ressalva-se que os SPSC e o SCU não tiveram oportunidade de terminar os seus trabalhos, deixando nada menos do que 514 investigações incompletas.<sup>49</sup>

Curioso é perceber que essa “taxa de sucesso” (97,7% de condenações) é precisamente o ponto de partida de uma das críticas mais agudas em relação ao desempenho dos SPSC. Costuma-se apontar que os princípios básicos de *fair trial* e *due process* foram, por vezes, desrespeitados e, em alguns casos, foram violados os direitos dos acusados<sup>50</sup>, em nome da rapidez e efetividade dos julgamentos. Em outras palavras, sustenta-se ter havido a condenação injustificada ou, pelo menos, incorreta, de várias pessoas que, portanto, poderiam ter pedido redução da pena ou até absolvição, além de indenização devido ao respectivo erro judicial. Essa objeção é tão grave que precisa ser substanciada em cada caso individualmente e com base em informações passíveis de verificação. Obviamente, tal análise minuciosa ultrapassaria os objetivos desta contribuição. Serão, a seguir, destacados alguns casos emblemáticos que demonstram, pelo menos, alguns indícios de que as críticas feitas, em alguns casos pontuais, não carecem de fundamento.

### 3.1. Caso *João Fernandes*

Comumente, o primeiro caso julgado por um novo tribunal, em particular, internacional ou internacionalizado, promete ser emblemático. Muitas vezes, os juízes querem aproveitar essa oportunidade para esclarecer uma série de questões paradigmáticas, assim fixando as bases do seu futuro trabalho e, assim, tornando-o transparente e previsível. No mais, sentindo a atenção internacional, os juízes costumam expor, de modo cauteloso e detalhado, os fatos relevantes para as suas considerações jurídicas, destarte criando jurisprudência e, no mais, indiretamente contribuindo para a construção da memória e verdade não somente das vítimas em análise, mas do povo inteiro. Diante disso, o primeiro caso julgado pelos SPSC decepcionou por várias razões. Trata-se do caso de *João Fernandes*.

<sup>48</sup> COHEN, Indifference and Accountability, op. cit., p. 13.

<sup>49</sup> Id., p. 15.

<sup>50</sup> Id., p. 19. p. LINTON, Suzannah/REIGER, Caitlin. “The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor’s Special Panels For Serious Crimes on Admission of Guilt, Duress and Superior Orders.” Yearbook of International Humanitarian Law, vol. 4 (2001), p. 45.



*João Fernandes* foi detido, em 18 de julho de 2000, e acusado, em 15 de novembro do mesmo ano, por ter assassinado, em 8 de setembro de 1999, *Domingos Gonsalves Pereira*, chefe da vila de Maliana, no Distrito de Bobonaro. Conforme o libelo acusatório, que consiste em duas páginas, *João Fernandes* era integrante de uma milícia cujo chefe tinha comandado o assassinato.<sup>51</sup> Foi também disponibilizada a arma que matou o chefe da vila. De acordo com os supracitados relatórios da ONU, sabia-se que casos como esse tinham ocorrido, em grande número, no Timor-Leste, obviamente fazendo parte de um ataque generalizado e sistemático contra a sua população. Por essa razão, esperava-se a acusação do João Fernandes por crime contra a humanidade, possibilitando ao painel especial emitir uma decisão chave que determinasse o rumo do seu futuro trabalho.

No entanto, o esperado não aconteceu, porque o libelo restringiu-se a alegar o cometimento de assassinato, impedindo o Tribunal de analisar as condições de crime contra a humanidade. O painel considerou suficiente tratar o caso em pouco mais de seis páginas, condenando *João Fernandes* a doze anos de prisão. O painel entendeu, sem análise maior dos fatos e das condições necessárias, que o acusado tinha confessado a sua culpa, assim justificando a abreviação do processo pela renúncia à presunção de inocência.<sup>52</sup> Nessa parte, os juízes observaram que foi impossível achar qualquer documento referente à detenção do *João Fernandes* e os motivos da sua prorrogação.<sup>53</sup> No mais, relataram que tiveram de protelar a decisão sobre o caso em virtude da falta de um tradutor, indicando problemas referentes aos direitos do acusado.<sup>54</sup> A decisão indica: “The Public Prosecutor answered that in 1999 in East Timor, there were widespread and systematic attacks against the civilian population, and that Maliana case was a part of them. The public prosecutor then explained that she charged one murder because there is no evidence of crimes against humanity, the accused is detained and seek a quick justice” (sic).<sup>55</sup> A discussão de mérito foi elaborada em dois breves parágrafos, sem citar jurisprudência e doutrina algumas.<sup>56</sup>

Mesmo assim, é difícil deduzir desses fatos que o direito do condenado a uma decisão fundamentada (*reasoned decision*) foi violado. Como se sabe, o controle desse direito não obedece a critérios rígidos e objetivos. Antes

<sup>51</sup> The Prosecutor v Joao Fernandes, Case 01/2000, Indictment, 14 November 2000, p. 2.

<sup>52</sup> The Prosecutor v Joao Fernandes, Case 01/2000, Final Decision, 25 January 2001.

<sup>53</sup> Id., § 1.

<sup>54</sup> Id., § 4.

<sup>55</sup> Id., § 5.

<sup>56</sup> Id., § 17-18.

de mais nada, precisa ser demonstrada a natureza arbitrária da decisão judicial.<sup>57</sup> Por isso, é de importância fundamental a garantia de um recurso. *João Fernandes* tinha esse direito<sup>58</sup> e fez uso dele, alegando que tinha confessado que a ação não era de intento premeditado e deliberado, pois tinha executado as ordens de um comandante da milícia indonésia. Por isso, pediu a própria absolvição.

O tribunal recursal considerou seu apelo improcedente, porque interpretou que *João Fernandes* tinha confessado o crime, conforme as regras estabelecidas pelo Regulamento nº 15/2000. Todavia, deve constar que não se levou em consideração a possibilidade de *João Fernandes* não ter compreendido o que seria e o que significava uma confissão de culpa, e que talvez quisesse alegar coação, sendo essa uma causa de exclusão de pena. De fato, o juiz *Frederick Egonda-Ntende* criticou a decisão do tribunal no seu voto dissidente, demonstrando que foi simplesmente aceita a confissão de culpa, sem tentar encontrar, como previsto pelo regulamento e confirmado por jurisprudência internacional, provas substanciando a sua validade. No mais, entendeu que *João Fernandes* não estava suficientemente informado sobre as consequências da sua confissão. E concluiu: “The trial court, though, in my view, made such grave errors of law amounting to a nullity within the terms of Section 54.2(e). No action by this court can at law cure those errors.”<sup>59</sup> Em resumo, a caso *João Fernandes* foi veloz e chegou a uma condenação, mas resultou em alguma impressão de que o painel não conseguiu garantir um processo justo a respeito dos *standards* internacionais.<sup>60</sup> Augusto, o imperador romano, poderia dizer “*festina lente*”.

Infelizmente, esse primeiro caso é exemplar, em vários sentidos, no que se refere à difícil fase inicial dos processos instaurados perante os SPSC. Todos os nove libelos do ano de 2000 evitaram acusar de crimes internacionais e são de grande brevidade, assim manifestando a estratégia inicial da SCU de resolvê-los de forma mais veloz.<sup>61</sup> No entanto, chama atenção a brevidade

<sup>57</sup> European Court of Human Rights. *Helle v. Finland*, No. 20772/92, Judgment, December 19, 1997, § 55; *Taxquet v. Belgium*, Application No. 926/05, Judgment, November 16, 2010, § 90. ROBERTS, Paul. “Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?” *Human Rights Law Review*, no. 11, v. 2, 2011, p. 213.

<sup>58</sup> UNTAET Regulation No. 2000/30, op. cit., Section 40.1.

<sup>59</sup> *The Prosecutor v. Joao Fernandes*, Case No. 01/2000, Court of Appeals, 29 June 2001, Dissenting Vote, p. 12.

<sup>60</sup> Compare COHEN, *Indifference and Accountability*, op. cit., p. 47; LINTON/REIGER, op. cit., p. 14-22.

<sup>61</sup> Todas as decisões dos SPSC estão disponíveis em: <http://wcsc.berkeley.edu/east-timor/east-timor-2/> (05.01.2013).

das sentenças emitidas pelos SPSC, indicando que compartilhavam com a SCU o mesmo interesse pela velocidade. Observa-se, enfim, o fato de que nos primeiros 14 processos nenhuma testemunha de defesa foi chamada, porque os interrogados declararam-se culpados.<sup>62</sup> Quase todos recorreram, porém, sem sucesso.

### 3.2. Os casos *Manuel Goncalves Leto Bere* e *Armando dos Santos*

Outro exemplo é o caso do *Manuel Goncalves Leto Bere*, aliás *Manuel Leto Bere*, decidido pelo Tribunal Recursal, em 16 de outubro de 2003.<sup>63</sup> Condenado na primeira instância a quatorze anos de prisão por assassinato, conforme o Código Penal da Indonésia,<sup>64</sup> alegou que era ameaçado por milicianos e forçado a matar, assim dando, outra vez, a possibilidade de discutir a questão das decisões hierárquicas e de sua delimitação da “coação” como causa de exclusão de responsabilidade criminal.

No entanto, o tribunal recursal não só considerou o respectivo apelo improcedente, mas, sem dispor de tal competência,<sup>65</sup> alterou a decisão da primeira instância para “crime contra a humanidade na forma de genocídio”, de acordo com o Código Penal de Portugal, mantendo a pena de 14 anos de prisão. *Manuel Goncalves* nunca tinha sido acusado de tal crime, que, na verdade, nem é tipificado pelo Regulamento da UNTAET nº. 15/2000 nem pelo Direito Internacional Criminal em geral, pois genocídio e crimes contra a humanidade são, há muito tempo, considerados dois tipos distintos de crimes internacionais<sup>66</sup>. Para compreender os equívocos cometidos, é mister estudar o recurso do *Armando dos Santos*, de 15 julho de 2003, que deu lugar a uma pesada crítica internacional.

Acusado, em 5 de junho de 2001, por homicídios e por outros atos desumanos como crimes contra a humanidade, *Armando dos Santos* foi condenado na primeira instância, em 9 de dezembro de 2002, a vinte anos de prisão, de acordo como o Código Penal da Indonésia, por crimes de

<sup>62</sup> COMBS, Nancy A. Fact-Finding Without Facts. The Uncertain Evidenciary Foundations of International Criminal Convictions. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2010, p. 146.

<sup>63</sup> The Prosecutor v. Manuel Gonçalves Leto Bere, Case No. 10/2000, Court of Appeals, 16 October 2003.

<sup>64</sup> The Prosecutor v. Manuel Gonçalves Leto Bere, Case No. 10/2000, Final Decision, 15 May 2001.

<sup>65</sup> Vide UNTAET Regulation no. 30/2000, Section 32.4.: “The accused shall not be convicted of a crime that was not included in the indictment, as it may have been amended, or of which the accused was not informed by the judge.”

<sup>66</sup> Vide, por exemplo, AMBOS, Kai. Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht. 3. Aufl., München: C.H. Beck Verlag 2011, p. 219.

homicídio em três casos.<sup>67</sup> A procuradoria não queria aceitar a não condenação de *Armando dos Santos* por crime contra humanidade, como exigido no libelo,<sup>68</sup> e, por isso, recorreu. Os juízes do Tribunal de Recurso, porém, leram o libelo como se *Armando dos Santos* fosse acusado de algo que chamavam de “crime contra a humanidade, homicídio com premeditação, previsto pelos artigos 5.1, alínea a) do Regulamento da UNTAET no. 2000/15”.<sup>69</sup> Todavia, o artigo 5.1 nem menciona nem exige premeditação como elemento do crime contra a humanidade. Como tudo indica, o tribunal não tinha ciência desse detalhe<sup>70</sup> e, por isso, aplicou o elemento da premeditação, concluindo que nem seria possível comprovar a sua existência nem condenar *Armando dos Santos* por crime contra humanidade.

O tribunal recursal decidiu ainda entrar em uma controversa análise do direito aplicável, decidindo, em um primeiro momento, que o Código Penal da Indonésia era inaplicável em razão da ilegalidade da ocupação do Timor-Leste pelo país, chegando à conclusão de que o direito aplicável seria, na verdade, o Código Penal português, como lei que vigorava antes da ocupação pela Indonésia em 1975.<sup>71</sup> Ainda, o tribunal de Díli decidiu, em um segundo instante, que fosse impedido de aplicar o crime contra a humanidade conforme o Regulamento nº 15/2000, pois tratava-se de legislação penal retroativa.<sup>72</sup>

Até então, todas as acusações e sentenças tinham se baseado ou no Código Penal da Indonésia ou no Estatuto do Tribunal conforme o regulamento nº 15/2000. Com sua decisão, o tribunal recursal colocou em xeque a legalidade de todos esses processos e até os fundamentos da sua jurisdição.<sup>73</sup> A determinação de que as leis portuguesas vigorariam causou considerável insegurança jurídica. Após mais de 25 anos de ocupação da Indonésia, essas leis eram desconhecidas tanto pela população quanto pela grande maioria dos advogados, juízes e procuradores do Timor-Leste. De fato, essa opção não era seriamente discutida, sempre houve consenso geral de que fosse

<sup>67</sup> The Prosecutor v. Armando dos Santos, No. 16/2001, Court of Appeal, July 15, 2003.

<sup>68</sup> The Prosecutor v. Armando dos Santos, No. 16/2001, Indictment, 5 June 2001, p. 7.

<sup>69</sup> The Prosecutor v. Armando dos Santos, Court of Appeal, op. cit., p. 1.

<sup>70</sup> COHEN, Indifference and Accountability, op. cit., p. 83. BERTODANO, Sylvia de. “Current Developments in Internationalized Courts: East Timor – Justice Denied”. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, no. 3, 2004, p. 910.

<sup>71</sup> The Prosecutor v. Armando dos Santos, Court of Appeal, op. cit., p. 5.

<sup>72</sup> Id., p. 9.

<sup>73</sup> BERTODANO, Justice Denied, op. cit., p. 910. CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2nd ed. Cambridge et al.: Cambridge University Press 2010, p. 191.

utilizado o Código Penal indonésio. O que provavelmente motivou essa interpretação foi a utilização da versão portuguesa do Regulamento, que não era considerada autêntica<sup>74</sup>, e, por isso, não podia servir para fim de interpretação. A versão autêntica fala de “applicable law”, traduzida pela versão portuguesa com as palavras “as leis vigentes” (“applying law”), sugerindo analisar a pergunta: qual direito *deve* ser aplicado no Timor-Leste? Por isso, o tribunal recursal conclui: “Nessa base, ‘a legislação vigente no Timor-Leste antes de 25 de outubro de 1999’ só podia ser a portuguesa. E, portanto, aos casos que não estejam regulados por legislação emanada do Parlamento Nacional ou do Governo da República Democrático do Timor-Leste nem por Regulamento da UNTAET deve aplicar-se neste país, subsidiariamente, a legislação portuguesa.”<sup>75</sup>

Quanto à problemática da retroatividade dos crimes tipificados pelo Regulamento nº 15/2000, os juízes pareciam ignorar a jurisprudência internacional em relação ao assunto. Em particular, os tribunais penais internacionais para ex-Iugoslávia e Ruanda tinham recentemente confirmado a posição da comunidade internacional, bem como a da maioria na doutrina que os crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade vigoram há muito tempo como direito internacional costumeiro.<sup>76</sup> Portanto, não se aplicava o princípio da retroatividade. De fato, essa situação jurídica era tão clara que os SPSC se recusaram a adotar a posição do tribunal recursal que logo a abandonou.

Enfim, resta ainda esclarecer como o Tribunal de Recurso chegou a condenar *Manuel Gonsalves e Armando dos Santos* por “crime contra a humanidade em forma de genocídio”. Como vimos, esse crime inexistia tanto no regulamento nº 15/2000 quanto no direito criminal internacional em geral, mas o Código Penal de Portugal foi considerado aplicável. Nesse código, sim, existia, na época ainda, tal tipo, razão pela qual os magistrados concluíram: “A conduta do arguido integra, assim, apenas um crime contra a humanidade na forma de genocídio.”<sup>77</sup> De se considerar, porém, que o próprio direito português, em conformidade como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, também previa e continua a prever que ninguém pode ser condenado por crimes sobre os quais não foi informado na acusação.<sup>78</sup> Portanto, a decisão do tribunal recursal, paradoxalmente, violou tanto o direito português quanto o direito internacional, em particular, o artigo

<sup>74</sup> COHEN, *Indifference and Accountability*, op. cit., p. 84.

<sup>75</sup> *The Prosecutor v. Armando dos Santos*, Court of Appeal, op. cit., p. 6.

<sup>76</sup> Vide, por exemplo, ICTY, *The Prosecutor v. Tadic*, Appeals Chamber, Decision of 21 May 1995, § 92; WERLE, op. cit., § 104.

<sup>77</sup> *The Prosecutor v. Manuel GoncalvesLetoBere*, Court of Appeals, op. cit., p. 11.

<sup>78</sup> Compare COHEN, *Indifference and Accountability*, op. cit., p. 87.

14 do Pacto Internacional dos Direitos Humanos como tratado aplicável, conforme a seção 3.1 b) do Regulamento.

Para reparar as principais dúvidas causadas pelo Tribunal de Recursos de Díli, o parlamento do Timor-Leste adotou, em 30 de setembro de 2003, uma lei estipulando que o direito aplicável no território nacional era aquele adotado pela Indonésia, ao menos, até a sua substituição pelo direito timorense, conforme as regras da nova constituição.<sup>79</sup>

Entre as poucas vozes críticas encontrava-se aquela da juíza timorense no Tribunal de Recursos, *Jacinta Correia da Costa*. No caso *Armando dos Santos*, a magistrada havia pedido, sem sucesso, aos seus colegas internacionais, Cláudio de Jesus Ximenes (um luso-timorense) e José Maria Calvário Antunes (português), um tempo para elaborar a sua opinião dissidente. Por isso, ela anotou, ao lado da sua assinatura, uma frase indicando seu incômodo em relação à interpretação da lei aplicável.<sup>80</sup> Mais tarde, em *Manuel Gonçalves Leto Bere*, os dois juízes internacionais repetiram as mesmas conclusões. No entanto, desta vez, *Jacinta Correia da Costa* conseguiu anexar o seu voto dissidente. Seu conteúdo mostra sua habilidade de interpretar o direito vigente.<sup>81</sup> Um detalhe interessante é que estes dois juízes internacionais foram renomeados pelas Nações Unidas e também autorizados a atuar como professores no *Judicial Training Center* de Díli. Nesse curso de reciclagem, obrigatório para todos os juízes do Timor-Leste que estivessem participando dos processos de crimes graves, *Jacinta Correia da Costa* foi reprovada, junto com todos os outros participantes.<sup>82</sup> Indubitavelmente, trata-se de um fato constrangedor que revela problemas no que se refere ao cumprimento da tarefa de capacitar pessoal para atuar na justiça, sendo uma problemática especial ainda a ser analisada, tanto do ponto de vista jurídico-pedagógico quanto político.

### 3.3. O caso *Joni Marques e 9 Outros (caso Los Palos)*

O primeiro grande caso envolvendo crimes contra a humanidade foi registrado como *Procurador v. Joni Marques e 9 Outros*,<sup>83</sup> todavia mais

<sup>79</sup> Id., p. 85.

<sup>80</sup> The Prosecutor v. Armando dos Santos, Court of Appeal, op. cit., p. 29. A magistrada indicou: “Regarding to Dissenting Vote about the applicable law in this process, in my opinion in this case the applicable law is the Indonesian law.”

<sup>81</sup> The Prosecutor v. Manuel Gonçalves Leto Bere, Court of Appeals, op. cit., p. 14 et seq.

<sup>82</sup> COHEN, Indifference and Accountability, op. cit., p. 94.

<sup>83</sup> The Prosecutor v Joni Marques and Others (“Los Palos Case”), No. 09/2000, Final Decision, Dec. 11, 2001.

conhecido como caso *Los Palos*, a capital de um distrito em que ocorreram várias batalhas entre os guerrilheiros das “Forças Armadas de Libertação Nacional de Timor-Leste” (FALINTIL) e a famigerada milícia “TEAM Alpha”. Esse grupo paramilitar era ligado às forças armadas da Indonésia e responsável por uma série de atos de barbárie contra a população local, entre outros, o massacre de um grupo, incluindo algumas freiras, em 25 de setembro de 1999. Vários milicianos conseguiram fugir para Timor-Oeste, outros, porém, foram capturados e, em dezembro de 2000, acusados pela Procuradoria-Geral por crimes contra a humanidade.

Assim, iniciou-se um processo criminal complexo e de grande significado simbólico contra os dez acusados que só terminou, em 11 de dezembro de 2001, com a imposição de penas entre quatro e 33 anos e quatro meses de reclusão. O julgamento, que consiste em quase 350 páginas, demonstra que foi realizado um trabalho que diz respeito às exigências de tal processo. Por isso, é avaliado, em comparação com os julgamentos anteriores, como um passo à frente em razão da sua melhor densidade,<sup>84</sup> embora continuassem algumas críticas em relação à garantia dos *standards* internacionais em termos de contraditório e ampla defesa.<sup>85</sup>

*Los Palos* entrou nos livros didáticos do Direito Penal Internacional em virtude do raciocínio de que fosse necessário comprovar que o ataque generalizado e sistemático, como elemento fundamental do crime contra a humanidade, fosse cometido no contexto de um conflito armado.<sup>86</sup> Evidentemente, os juízes não tinham consciência do fato de que o regulamento nº 15/2000, como também o Estatuto de Roma, distinguem-se do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia por não exigir tal elemento. Trata-se de uma diferença comumente conhecida pelos estudiosos do direito penal internacional.<sup>87</sup>

Embora, no caso concreto, a interpretação não tivesse consequências relevantes para o processo e para os acusados, *Los Palos* é outro exemplo que ilustra porque os tribunais especiais no Timor-Leste não conseguiram fazer contribuições significativas para evolução do direito penal internacional. Pelo contrário, busca-se geralmente em vão, nas obras didáticas e

<sup>84</sup> Judicial System Monitoring Programme. Prosecutor v Joni Marques and Others (Los Palos Case), Trial Report. Díli – East Timor, March 2002, p. 34.

<sup>85</sup> Id., p. 35; NEGRI, Stefania. “Equality of Arms – Guiding Light or Empty Shell?” In: BOHLANDER, Michael (ed.). *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*. London: Cameron May Ltd. 2007, p. 53; COMBS, op. cit., p. 146.

<sup>86</sup> The Prosecutor v Joni Marques and Others, op. cit., § 684. Vide BANTEKAS, Ilias. *International Criminal Law*, 4th ed., Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, p. 452.

<sup>87</sup> Vide AMBOS, op. cit., p. 212; WERLE, op. cit., § 794.

na jurisprudência internacional, por citações das suas decisões como referências importantes. De modo interessante, em *Los Palos*, os juízes chegaram à conclusão que “there was an armed conflict in East Timor between paramilitary groups openly supported by Jakarta and others dedicated to the independence of this half-island”,<sup>88</sup> porém, sem analisar o significado da ocupação ilegal pela Indonésia e do cessar-fogo entre as FALINTIL e as forças armadas indonésias. Mesmo assim, a constatação que houve um conflito armado, indica a possibilidade de terem sido cometidos, no Timor-Leste, crimes de guerra, que, por essa razão, foram incluídos no regulamento nº 15/2000. Todavia, nenhuma pessoa foi acusada por seu cometimento perante os SPSC.<sup>89</sup> Os motivos por essa omissão não podem ser apurados aqui, mas, obviamente, trata-se de outra circunstância que decepciona as expectativas tanto da comunidade internacional como da doutrina do direito internacional público.<sup>90</sup>

### 3.4. Conclusão Preliminar

No seu relatório final, a comissão de experts encarregada pelo Secretário-Geral da ONU de rever a perseguição de violações graves de direitos humanos no Timor-Leste afirma o seguinte:

The Commission of Experts finds that the serious crimes process in Timor-Leste has ensured a notable degree of accountability for those responsible for the crimes committed in 1999. Investigations and prosecutions by SCU have generally conformed to international standards. The Special Panels have provided an effective forum for victims and witnesses to give evidence. The number and quality of some of the judgments rendered is also testimony to the ability of the Special Panels to establish an accurate historical record of the facts and events of 1999 during the short duration of its work. In general, the decisions of the Special Panels will assist in establishing clear jurisprudence and practice for other district courts dealing with serious crimes in the future.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> The Prosecutor v Joni Marques and Others, op. cit., § 686.

<sup>89</sup> LA HAYE, Eve. War Crimes in Internal Armed Conflicts. Cambridge et al.: Cambridge University Press 2008, p. 264.

<sup>90</sup> BRAUN, Leonie von. „Die Strafverfolgung von Menschenrechtsverbrechen aus der Praxis: Entwicklung, Struktur und Leistungsfähigkeit des Sondergerichts in Osttimor“. Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften, vol. 18, no. 2, 2005, p. 99.

<sup>91</sup> Report to the Secretary-General of the Commission of Experts to Review the Prosecution of Serious Violations of Human Rights in Timor-Leste (then East-Timor) in 1999, UNSCOR, Annex II, UN Doc. S/2005/458, May 25, 2005, § 8. Os membros da referida comissão eram P. N. Bhagwati (Índia), Shaista Shameem (Fiji) e Yozo Yokota (Japão).



Diante de todo o exposto até aqui, parece difícil ratificar tal avaliação sem algumas reservas. Embora, seja certamente injusto criticar todo o trabalho feito sob condições precárias e até confusas, sem reconhecer que houve, sim, processos e sentenças de boa qualidade respeitando plenamente os *standards* internacionais,<sup>92</sup> devido ao engajamento de várias pessoas que conseguiram desdobrar as suas qualificações apesar de tantos obstáculos e circunstâncias difíceis, não se pode minimizar o fato de que houve acusações e sentenças de baixa qualidade, em desconformidade com a jurisprudência de outros tribunais internacionais ou internacionalizados. A análise dos processos julgados pelos SPSC, elaborada aqui de forma pontual, aponta a existência de problemas estruturais na implementação do seu mandato. Portanto, perguntam-se quais as causas e razões que contribuíram para esse desempenho. Como sempre, não há explicação simples e monocausal, mas é necessário levar em consideração uma série de fatores.

As Nações Unidas encontraram um país, e, em particular, um sistema judicial, quase totalmente destruído e em situação caótica. Vários detidos, suspeitos de terem cometido crimes graves no contexto da consulta popular timorense, estavam esperando por sua acusação formal sem dilação de prazo.<sup>93</sup> Diante desse pano de fundo, a SCU adotou a estratégia de resolver esses casos que não envolviam “peixes grandes” de forma mais rápida, acreditando respeitar interesses tanto dos acusados como das vítimas. A circunstância de as Nações Unidas conceder aos funcionários internacionais contratos de prazo curto poderia ter contribuído para que os painéis adotassem, na fase inicial, a estratégia de brevidade dos primeiros julgamentos. Registre-se, ademais, que, ao contrário da maior parte dos tribunais internacionais (em que os juízes são eleitos para longos mandatos e contam com esse “respaldo” eleitoral, o que lhes garante maior independência frente à ONU), os funcionários internacionais recrutados estavam sempre vinculados a contratos de curta duração, sob influência da ONU e sem contar com garantias equivalentes à inamovibilidade. Houve ainda alguns problemas linguísticos, técnicos e até infra-estruturais. Além disso, critica-se a ONU pela falta de sensibilidade histórica-antropológico-cultural: segundo Olivera Simic, por exemplo, não houve compreensão e, assim, apoio local pela atuação dos SPSC justamente porque a UNTAET

<sup>92</sup> Como bons exemplos podem ser citados a primeira absolvição pelos SPSC, *The Prosecutor v. Paulino de Jesus*, Caso No. 06/2002, Final Decision, 28 January 2004, e *The Prosecutor v. Josep Nahak*, Case No. 01A/2005, Final Decision, 1 March 2005.

<sup>93</sup> OSWALD, Bruce M. “The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor.” *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, p. 347.

não tinha levado à sério, na sua fase inicial, as necessidades, experiências e noções de justiça da população timorense.<sup>94</sup>

Neste contexto, é de enfatizar o fato de que a Defence Lawyers Unit (DLU) só foi criada pelas Nações Unidas, em setembro de 2002, fator importante porque nenhuma testemunha de defesa foi chamada nos primeiros 14 processos.<sup>95</sup> Como vimos, o objetivo de fazer “quick justice”, com consentimento (informado?) dos réus, embora provavelmente contribuísse para prevenir mais violência nessa fase transitória, foi alcançado de modo questionável, como demonstram numerosos recursos, bem como os votos dissidentes de alguns juízes. Finalmente, em 2002, houve a alteração da sua estratégia, agora focando na perseguição de crimes contra a humanidade.<sup>96</sup> No entanto, sofreu logo uma redução significativa do seu pessoal e, em novembro de 2004, só restava um investigador internacional.<sup>97</sup>

Os esforços de acusar e julgar os principais responsáveis eram também politicamente frustrados. A Indonésia não mostrava interesse em colaborar com os SPSC e descumpriu deliberadamente o MOU com Timor. O novo governo do Timor Leste tinha outras prioridades em relação ao seu vizinho poderoso além do que incomodá-lo com assuntos delicados, pois envolvia tanto os membros das forças armadas como o general *Wiranto* e figuras fortes da política interna.<sup>98</sup> Por exemplo, não foram encaminhadas várias ordens de prisões pelo Procurador-Geral do Timor Leste que se referiam aos militares indonésios.<sup>99</sup>

#### 4. O OBJETIVO DE CAPACITAR PESSOAL

Como é impossível avaliar todos os esforços da comunidade internacional de capacitar o pessoal judicialmente, a presente contribuição restringe-se a iluminar, de forma casual e específica, o caso dos juízes do Timor-Leste que tinham de se submeter, no fim da sua fase probatória, a um exame final.

<sup>94</sup> SIMIC, Olivera. *An Introduction to Transitional Justice*. New York: Routledge, 2019, p. 211.

<sup>95</sup> COMBS, op. cit., p. 146.

<sup>96</sup> OTHMAN, Mohamed C. *Accountability for International Humanitarian Law Violations: The Case of Rwanda and East Timor*. New York: Springer 2005, p. 112.

<sup>97</sup> BASSIOUNI, Cherif M. *International Criminal Law*. Vol. III. *International Enforcement*. Leiden: Brill 2008, p.179; KATZENSTEIN, Suzanne. “Hybrid Tribunals: Searching For Justice in East Timor”. *Harvard Human Rights Law Review*, vol. 16, 2003, p. 272.

<sup>98</sup> Id., *ibid*.

<sup>99</sup> MCAULIFFE, PÁDRAIG. “UN Peace-Building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions”. *Netherland International Law Review*, vol. 58, no. 1, 2011, p. 123.

Esse exame final ocorreu, em maio de 2004, com participação de 22 juízes, dos quais quatro tinham servido à SCU.<sup>100</sup> O resultado, a reprovação de todos os candidatos, sem exceção, provocou uma série de críticas e questões referentes à qualidade e à eficácia dos esforços internacionais feitos no Timor-Leste, pois sugeriu que não houve nenhum candidato suficientemente qualificado para servir ao judiciário do seu Estado, embora todos tivessem recebido treinamento especial das Nações Unidas e tivessem sido orientados pelos juízes internacionais por mais de três anos. Aparentemente, os quatro juízes dos SPSC com nacionalidade do Timor-Leste tinham participado de 83 condenações sem possuir as competências mínimas para julgar sobre a liberdade dos arguidos.<sup>101</sup>

Todavia, como vimos, alguns deles, como a juíza *Jacinta Correia da Costa*, tinham se notabilizado por seus votos dissidentes. Em entrevistas conduzidas após a publicação do resultado do exame final, eles expuseram suas dúvidas em relação à objetividade da prova. Enfim, 19 dos 22 candidatos recorreram.<sup>102</sup> O juiz internacional *Claudio Ximenes*, presidente do Tribunal de Recurso e um dos principais responsáveis pela formação dos juízes e da elaboração do exame, respondeu que não estava surpreso com o resultado, pois tinha certeza absoluta de que os candidatos não atendiam aos padrões de formação e conhecimento necessários.<sup>103</sup> Em entrevista na *TIME Pacific*, em fevereiro de 2005, ele explicou que “*People are more confident when they see that if someone is not skilled, they are not allowed to serve as career judges*”.<sup>104</sup> Mesmo assim, o Conselho Superior do Judiciário do Timor-Leste autorizou a permanência de três dos quatro juízes timorenses nos processos de crimes graves.

*Cohen* analisou a prova aplicada escrita em duas línguas, português e tétum, consistindo de 26 perguntas. Ele detectou erros tipográficos, editoriais e de tradução.<sup>105</sup> Este fato faz vislumbrar que possivelmente ocorrera uma série de equívocos. Pelo menos, na forma em que ela foi apresentada, causou confusão nos candidatos. Quanto ao conteúdo, a prova se referiu ao direito indonésio, bem como aos regulamentos da UNTAET, sendo, como demonstrado na época, o direito aplicável no Timor-Leste. No entanto, conforme *Cohen*, os avaliadores não tinham maior formação em direito indonésio. Além disso, todos os candidatos responderam em tétum que depois foi traduzido para o português, devido ao fato de que os avaliadores

<sup>100</sup> Id., p. 94.

<sup>101</sup> Id., *ibid.*

<sup>102</sup> Id., p. 98

<sup>103</sup> Id., p. 96.

<sup>104</sup> Id., p. 97.

<sup>105</sup> Id., *ibid.*

não compreendiam esta língua. Sem dúvida, todos esses detalhes colocaram em xeque a objetividade da prova, tornando compreensível o motivo da grande maioria dos candidatos ter recorrido, porém, sem sucesso. Em maio de 2006, o Conselho Superior da Magistratura de Timor Leste considerou improcedentes os recursos dos candidatos, contra o voto dissidente da juíza brasileira *Sandra Silvestre*.<sup>106</sup>

O caso descrito demonstra a existência de problemas quanto aos grandes esforços internacionais de capacitação de pessoal para o sistema judiciário do Timor-Leste<sup>107</sup>. Até que ponto, porém, tais erros poderiam ser evitáveis, quer pela construção de um sistema melhor de recrutamento de pessoal internacional quer com para maiores investimentos da comunidade internacional, é difícil dizer. Premidos pelas circunstâncias políticas e humanitárias do terreno, as Nações Unidas bem decidiram entrar nessa empreitada asiática e tiveram que fazer algumas experiências dolorosas no Timor-Leste.

### OBSERVAÇÕES FINAIS

Os SPSC foram encerrados antes da completa conclusão de todos os casos, deixados sem investigação e/ou julgamento. Como vimos, seu legado em termos estatísticos consiste em 55 processos contra indivíduos inseridos nos níveis inferiores da estrutura que orquestrou as atrocidades do ano de 1999. Neles, 84 réus foram condenados e três absolvidos. Muitas das provas deixadas pela SCU nas suas instalações após a saída do seu pessoal em maio de 2005 foram destruídas nos distúrbios de 2006. Em essência, eram provas contra arguidos na Indonésia. Ainda neste ano, a pressão internacional levou as Nações Unidas a estabelecer o *Serious Crimes Investigation Team* (SCIT),<sup>108</sup> que assistia o Procurador-Geral de Timor-Leste em terminar aquelas investigações e treinar pessoal. Seu mandato terminou em 31 de dezembro de 2012. Destarte, foi possível concluir, até o dia 20 de setembro de 2012, 311 das 396 investigações pendentes (79%).<sup>109</sup>

Observa-se, portanto, que as Nações Unidas reconheceram a necessidade de completar essa parte importante da sua missão no Timor-Leste. Todavia, só alguns destes casos resultaram em processos criminais e, menos

<sup>106</sup> Id., p. 98.

<sup>107</sup> PAMPALK, op. cit., p. 15.

<sup>108</sup> U.N. Doc. S/RES/1704 (2006), 25 August 2006, § 4.

<sup>109</sup> Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period from 7 January 2012 through 20 September 2012. U.N. Doc. S/2012/765, 15 October 2012, § 44.

ainda, na condenação dos acusados.<sup>110</sup> Alguns autores responsabilizaram o próprio governo do Timor-Leste por essa situação, não só alegando priorizar as relações amigáveis com a Indonésia, mas até a interferência política no judiciário.<sup>111</sup>

Diante da remanescente impunidade de figuras chave das atrocidades cometidas contra a população do Timor-Leste, organizações não governamentais continuam a exigir ainda hoje o estabelecimento de um tribunal internacional.<sup>112</sup> No entanto, parece pouco provável uma conjuntura político-diplomática dentro das Nações Unidas favorável a outros investimentos no Timor-Leste nesse campo. Os Estados-membros mais poderosos queriam um modelo mais barato do que o dos tribunais penais internacionais *ad hoc*.<sup>113</sup> O fato de que os SPSC não conseguiram cumprir totalmente a sua missão não parece ser fato suficiente para implementar agora outro modelo, na época, até criticado. Com a independência formal do Timor-Leste e o fim da missão da ONU mudaram também importantes condições políticas que não podem ser desconsideradas, em particular, internas. Pode ser que ainda chegue um momento historicamente mais oportuno para se fazer justiça que satisfaça de modo mais amplo e eficaz os interesses das vítimas e contribua para a construção da memória e verdade tanto no Timor-Leste como na Indonésia.

## REFERÊNCIAS

### BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*. 3. Aufl., München: C.H. Beck Verlag 2011
- BANTEKAS, Ilias. *International Criminal Law*, 4th ed., Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.
- BASSIOUNI, Cherif M. *International Criminal Law. Vol. III. International Enforcement*. Leiden: Brill 2008.
- BEAUVAIS, Joel C. "Benevolent Despotism: A Critique of U.N. State-Building in East Timor". *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 33, no. 4, 2001, p. 1101-1178.
- BERTODANO, Sylvia de. "Current Developments in Internationalized Courts". *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, no. 1 (2003), p. 226-244.

<sup>110</sup> Id., *ibid*. Vide também Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period of 21 September 2010 to 7 January 2011. U.N. Doc. S/2011/32, 25 January 2011, § 42.

<sup>111</sup> MCAULIFFE, op. cit., p. 126

<sup>112</sup> Vide, por exemplo, a declaração da Aliança Nacional para um Tribunal Internacional (ANTI) e da Anistia Internacional, de 12 de novembro de 2012, disponível em: [http://www.asia-pacific-solidarity.net/southeastasia/easttimor/statements/2012/ai\\_timorlestetacklingimpunit\\_121112.htm](http://www.asia-pacific-solidarity.net/southeastasia/easttimor/statements/2012/ai_timorlestetacklingimpunit_121112.htm) (acesso em 05.01.2013).

<sup>113</sup> BRAUN, op. cit., p. 94.

- BERTODANO, Sylvia de. "Current Developments in Internationalized Courts: East Timor - Justice Denied." *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, no. 3, 2004, p. 910-926.
- BERTODANO, Sylvia de. "East Timor: Trials and Tribulations". In: ROMANO, Cesare P.R.; Nollkaemper, André; KLEFFNER, Jan (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*. Oxford et al.: Oxford University Press, 2004, p. 79-97.
- BRAUN, Leonie von. "Die Strafverfolgung von Menschenrechtsverbrechen aus der Praxis: Entwicklung, Struktur und Leistungsfähigkeit des Sondergerichts in Osttimor". *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften*, vol. 18, no. 2, p. 93-105.
- CHOPRA, Jarat. "Building State Failure in East Timor". *Development and Change*, vol. 33, no. 5, 2002, p. 979-1000.
- COHEN, David. *Indifference and Accountability: The United Nations and the Politics of International Justice in East Timor*. East-West Center Special Reports, No. 9, June 2006.
- COHEN, David. "Justice on the Cheap" Revisited: The Failure of the Serious Crimes Trials in East Timor. *AsiaPacific Issues*, no. 80, 2006, p. 5. Disponível em: <http://www.eastwestcenter.org/sites/default/files/private/api080.pdf> (acesso em 18/02/2018).
- COHEN, David. "Intended to Fail: The Trails Before the Ad Hoc Human Rights Tribunal in Jakarta". *ICTJ Occasional Paper Series* (2003), disponível em: <https://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Indonesia-Rights-Court-2003-English.pdf> (acesso em 18/02/2018).
- COMBS, Nancy A. *Fact-Finding Without Facts. The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*. Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2010.
- CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge et al.: Cambridge University Press 2010.
- FICHTELBERG, Aaron. *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*. Heidelberg: Springer, 2015.
- HIRST, Megan/VARNEY, Howard. "Justice Abandoned? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor". *ICTY Occasional Paper Series* 2005, disponível em: [http://www.academia.edu/1395509/Justice\\_Abandoned](http://www.academia.edu/1395509/Justice_Abandoned) (acesso em 18/02/2018).
- KALBUSCH, Marco. "Friedenssicherung durch Recht: Die Verfolgung schwerer Straftaten in Osttimor". *Indonesien Information* Nr. 1/2003. Disponível em: [http://home.snafu.de/watchin/II\\_1\\_03/Verfolgung.htm](http://home.snafu.de/watchin/II_1_03/Verfolgung.htm) (acesso em 18/02/2018).
- KATZENSTEIN, Suzanne. "Hybrid Tribunals: Searching For Justice in East Timor". *Harvard Human Rights Law Review*, vol. 16, 2003, p. 245-278.
- KRITZ, Neil J. "Coming to Terms with Atrocities - A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights". *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, 1996, p. 127-152.
- LA HAYE, Eve. *War Crimes in Internal Armed Conflicts*. Cambridge et al.: Cambridge University Press 2008.
- LINTON, Suzannah. "New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor". *International Review of the Red Cross*, vol. 84, no. 845, p. 93-119.
- LINTON, Suzannah. "Unravelling the First Three Trials at Indonesia's Ad Hoc Court for Human Rights Violations in East Timor". *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, p. 303-361.
- MCAULIFFE, PÁDRAIG. "UN Peace-Building, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions". *Netherland International Law Review*, vol. 58, no. 1, 2011, p. 103-135.
- NEGRI, Stefania. "Equality of Arms - Guiding Light or Empty Shell?" In: BOHLANDER, Michael (ed.). *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*. London: Cameron May Ltd. 2007, p. 13-73.
- NOUWEN, Sarah M.H. "Hybrid Courts. The hybrid category of a new type of international criminal courts." *Utrecht Law Review*, vol. 2, no. 2, 2006, p. 190-214.
- OSWALD, Bruce M. "The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor." *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3, 2000, p. 347-361.

- OTHMAN, Mohamed C. *Accountability for International Humanitarian Law Violations: The Case of Rwanda and East Timor*. New York: Springer 2005.
- PAMPALK, Madalena. "Accountability for Serious Crimes and National Reconciliation in Timor-Leste: Progress or Wishful Thinking?" *Austrian Journal of South-East Asian Studies*, vol. 3, no. 1, 2010, p. 8-30.
- RATNER, Steven; ABRAMS, Jason S.; BISCHOFF, James L. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*. 3rd ed. Oxford/New York: Oxford University Press 2009.
- REIGER, Caitlin e WIERDA, Marieke. *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*. Prosecutions Case Studies Series. International Center for Transitional Justice. March 2006.
- ROBERTS, Paul. "Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?" *Human Rights Law Review*, no. 11, v. 2, 2011, p. 213.
- SHAW, Malcolm S. *International Law*. 8th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SIMIC, Olivera. *An Introduction to Transnational Justice*. New York: Routledge, 2019.
- STROHMEYER, Hansjörg. "Collapse and Reconstruction of a Judicial System: The United Nations Missions in Kosovo and East Timor". *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001 p. 46-63.
- TAYLOR, John G. *Indonesia's Forgotten War: The Hidden History of East Timor*. London: Zed Books Ltd. 1991.
- TURNIS, David. "Internationalised" or ad hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia". *Austrian Review of International and European Law*, vol. 6, 2001, p. 123-181.
- WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, 2nd ed., The Hague: T.M.C. Asser Press 2009.
- WILLIAMS, Sarah. *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals: Selected Jurisdictional Issues*. Oxford, U.K.: Hart Publishing Ltd., 2012.
- ZACKLIN, Ralph. "The Failings of ad hoc International Tribunals". *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, no. 2, 2004, p. 541-545.

## JURISPRUDÊNCIA

- European Court of Human Rights. *Helle v. Finland* Application No. 20772/92, Judgment, December 19, 1997.
- European Court of Human Rights, *Taxquet v. Belgium*, Application No. 926/05, Judgment, November 16, 2010.
- ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber, Decision of 21 May 1995.
- The Prosecutor v Joao Fernandes*, Case 01/2000, Indictment, 14 November 2000.
- The Prosecutor v Joao Fernandes*, Case 01/2000, Final Decision, 25 January 2001.
- The Prosecutor v. Joao Fernandes*, Case No. 01/2000, Court of Appeals, 29 June 2001.
- The Prosecutor v Joni Marques and Others ("Los Palos Case")*, No. 09/2000, Final Decision, Dec. 11, 2001.
- The Prosecutor v. Armando dos Santos*, No. 16/2001, Indictment, 5 June 2001.
- The Prosecutor v. Armando dos Santos*, No. 16/2001, Julgamento (Tribunal de Recurso), July 15, 2003.
- The Prosecutor v. Manuel GoncalvesLetoBere*, Case No. 10/2000, Final Decision, 15 May 2001.
- The Prosecutor v. Manuel GoncalvesLetoBere*, Case No. 10/2000, Court of Appeals, 16 October 2003.
- The Prosecutor v. Paulino de Jesus*, Caso No. 06/2002, Final Decision, 28 January 2004.
- The Prosecutor v. JosepNabak*, Case No. 01A/2005, Final Decision, 1 March 2005.

## OUTROS DOCUMENTOS

- Memorandum of Understanding between the Republic of Indonesia and the United Nations Transitional Administration in East Timor regarding cooperation in Legal, Judicial and Human Rights Related Matter, 6 April 2000. Disponível em: <http://mj.gov.tl/jornal/lawsTL/Other-Docs/mou-id-untaet.htm> (acesso em 18/02/2018).

Report of the Joint Mission to East Timor by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on Extrajudicial, summary, or Arbitrary Executions, the Special Rapporteur of the Commission on the Question of Torture and the Special Rapporteur of the Commission on the Violence Against Women, Its Causes and Consequences. *U.N. Doc. A/54/660*, December 10, 1999.

Report of the International Commission of Inquiry on East Timor to the Secretary General, January 2000, *U.N. Doc. A/54/726, S/2000/59*, January 31, 2000.

Report to the Secretary-General of the Commission of Experts to Review the Prosecution of Serious Violations of Human Rights in Timor-Leste (then East-Timor) in 1999, UNSCOR, Annex II, *UN Doc. S/2005/458*, May 25, 2005.

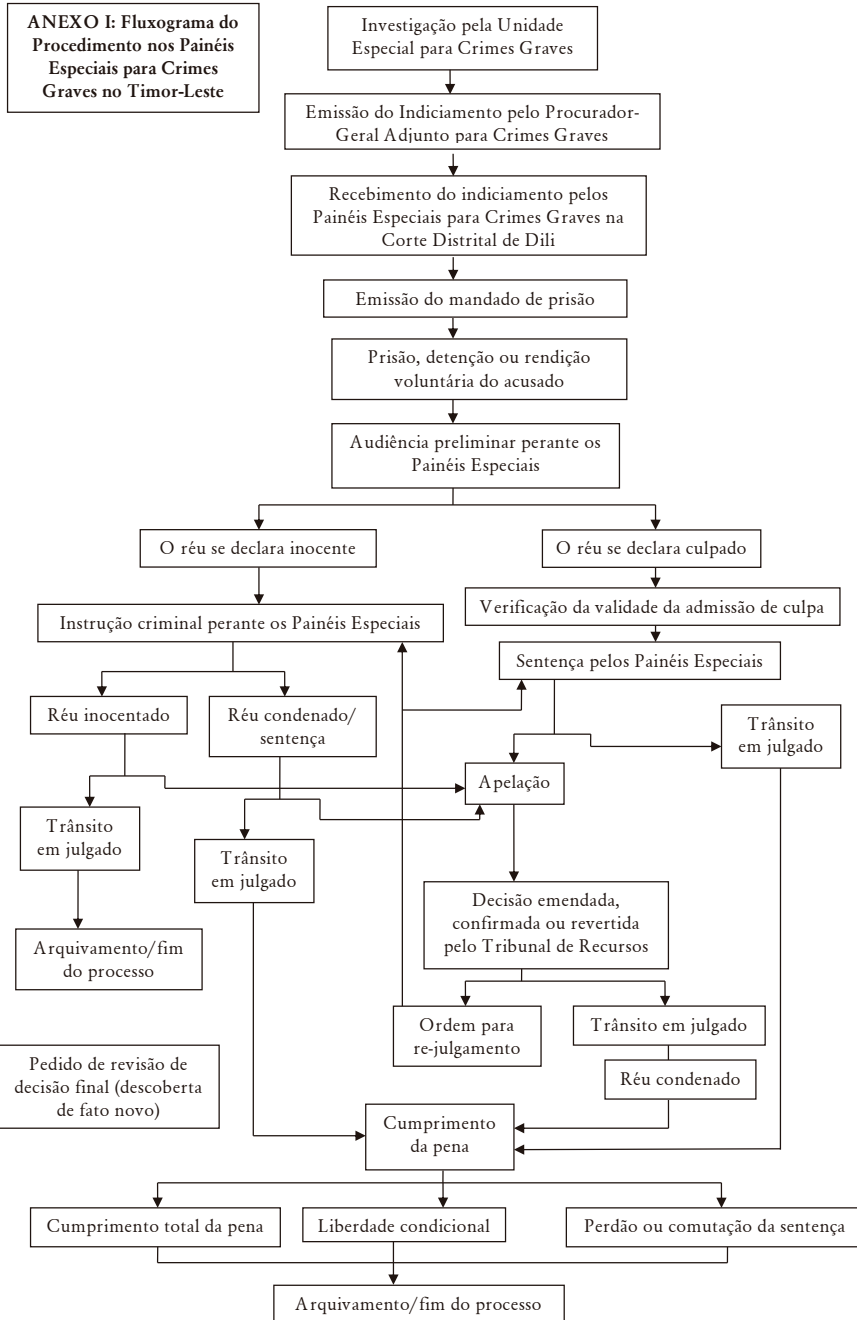
Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period of 21 September 2010 to 7 January 2011). *U.N. Doc. S/2011/32*, 25 January 2011.

Report of the Secretary General on the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (for the period from 7 January 2012 to 20 September 2012). *U.N. Doc. S/2012/765*, 18 January 2012.

Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, *ILM 37* (1998), 1007.







## ANEXO II LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DOS PAINÉIS ESPECIAIS PARA CRIMES GRAVES NO TIMOR-LESTE<sup>114</sup>

**7 de dezembro de 1975** – A Indonésia, sob a liderança do Presidente Suharto, inicia uma invasão naval, aérea e terrestre da ex-colônia portuguesa de Timor-Leste, a qual havia sido declarada pela ONU um território não autônomo sob a administração de Portugal, nos termos do Capítulo XI da Carta das Nações Unidas.

**17 de julho de 1976** – A Indonésia, sob protestos internacionais, formalmente anexa o Timor-Leste como sua vigésima sétima província.

**21 de maio de 1998** – Suharto renuncia à Presidência da Indonésia sob forte pressão interna devido a uma aguda crise econômica no país. No mesmo dia, Bacharuddin Jusuf Habibie se torna o novo Presidente da Indonésia, sendo menos radical que seu antecessor e favorável à autodeterminação do povo timorense.

**9 de junho de 1998** – O Presidente Habibie concorda em garantir ampla autonomia ao Timor-Leste se Portugal o reconhecesse como parte da Indonésia. A proposta foi rejeitada.

**27 de janeiro de 1999** – A pedido do Presidente Habibie, o governo indonésio concorda que o futuro do Timor-Leste seja definido por um referendo.

**11 de junho de 1999** – O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 1246, por meio do qual estabelece a Missão das Nações Unidas em Timor-Leste (*United Nations Mission in East Timor* - UNAMET) para gerenciar a realização de um referendo sobre o futuro do Timor-Leste.

**30 de agosto de 1999** – É realizado um referendo no Timor-Leste, no qual a população timorense decidiu entre completa independência ou autonomia política como parte da Indonésia.

**4 de setembro de 1999** – O resultado do referendo de 30 de agosto de 1999 é divulgado, indicando que a maioria da população timorense optou pela independência. A divulgação do resultado deu início a uma disseminada campanha de violência por milícias anti-independência em todo o território do Timor-Leste. O período foi marcado por intensa brutalidade, sendo que mais de 1.400 pessoas foram mortas e atos de estupro, saques, incêndios cri-

---

<sup>114</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.

minosos, deportações forçadas de civis e destruição de propriedades foram implementados.

**12 de setembro de 1999** - A Indonésia solicita uma intervenção da ONU para restaurar a paz e a segurança no Timor-Leste.

**15 de setembro de 1999** - Atendendo ao pedido da Indonésia, o Conselho de Segurança da ONU aprova a Resolução n. 1264, autorizando o estabelecimento de uma força multinacional para intervir no Timor-Leste. Em resposta, foi criada a Força Internacional em Timor-Leste (*International Force in East Timor* - INTERFET), sob o comando da Austrália, para restaurar a estabilidade no território timorense.

**19 de outubro de 1999** - O Parlamento indonésio formalmente revoga a anexação do Timor-Leste.

**25 de outubro de 1999** - O Conselho de Segurança da ONU aprova a Resolução n. 1272, criando a Administração Transitória das Nações Unidas no Timor-Leste (*United Nations Transitional Administration in East Timor* - UNTAET) para administrar o território timorense e apoiar o fortalecimento e reestruturação do governo local. A Missão era liderada pelo brasileiro Sérgio Vieira de Mello.

**30 de outubro de 1999** - Os últimos representantes indonésios no Timor-Leste deixam o território timorense.

**6 de março de 2000** - A UNTAET adota a Regulação n. 2000/11 com a finalidade de reestruturar o Poder Judiciário do Timor-Leste. A Seção 10 da Regulação previa que a Corte Distrital de Dili tinha jurisdição exclusiva sobre genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, homicídio, ofensas sexuais e tortura e determinava que a UNTAET poderia estabelecer painéis especiais na Corte Distrital de Dili, compostos por juízes timorenses e internacionais, para exercer a jurisdição exclusiva sobre estes crimes.

**Junho de 2000** - A UNTAET cria a Unidade Especial para Crimes Graves (*Special Crimes Unit*), composta por peritos timorenses e internacionais, a fim de auxiliar na investigação e persecução penal dos crimes graves cometidos no Timor-Leste.

**6 de junho de 2000** - Nos termos da Seção 10 da Regulação n. 2000/11 de 6 de março de 2000, a UNTAET adota a Regulação n. 2000/15 por meio da qual estabeleceu painéis especiais na Corte Distrital de Dili com jurisdição exclusiva sobre crimes graves. Restavam criados os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor-Leste.

**6 de junho de 2000** - A UNTAET adota a Regulação n. 2000/16 com a finalidade de reestruturar o Ministério Público do Timor-Leste. A Seção 14 da Regulação previa a criação do Departamento sobre Crimes Graves, chefiado pelo Procurador-Geral Adjunto para Crimes Graves e com competência primária para investigar e conduzir a persecução criminal dos crimes graves cometidos no Timor-Leste.

**15 de novembro de 2000** - O Procurador-Geral Adjunto para Crimes Graves apresenta o seu primeiro indiciamento, contra João Fernandez, membro de uma milícia anti-independência. Ele foi acusado do homicídio de um homem pró-independência com uma espada de samurai. Fernandez confessou seu crime.

**23 de novembro de 2000** - A Indonésia adota a Lei n. 26/2000, criando o Tribunal *Ad Hoc* de Direitos Humanos, uma corte penal interna no sistema judiciário indonésio, estabelecida para julgar os responsáveis por graves violações de direitos humanos cometidas no Timor-Leste.

**25 de janeiro de 2001** - Os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor-Leste emitem o seu primeiro julgamento, no caso *Procurador v. João Fernandez*. O réu, depois de ter confessado, foi declarado culpado pelo homicídio de um homem e condenado a doze anos de prisão.

**30 de agosto de 2001** - Uma eleição é realizada no Timor-Leste para democraticamente escolher os membros de uma Assembleia Constituinte encarregada de redigir e adotar uma nova Constituição.

**22 de março de 2002** - A Assembleia Constituinte do Timor-Leste adota uma nova Constituição.

**14 de abril de 2002** - Eleições presidenciais são realizadas no Timor-Leste, com a vitória de Xanana Gusmão.

**17 de maio de 2002** - Por meio da Resolução n. 1410, o Conselho de Segurança cria a Missão de Apoio das Nações Unidas no Timor-Leste (*United Nations Mission of Support in East Timor - UNMISSET*), a missão sucessora da UNTAET. O mandato da UNMISSET iniciou em 20 de maio de 2002. A Unidade Especial e os Painéis Especiais para Crimes Graves continuaram atuando.

**20 de maio de 2002** - O Timor-Leste se torna independente. Com a independência, a Unidade Especial para Crimes Graves passou a atuar sob a autoridade do Procurador-Geral do Timor-Leste.

**Setembro de 2002** - É criada a Unidade dos Advogados de Defesa (*Defense Lawyers Unit - DLU*), a fim de centralizar e estruturar a defesa dos réus perante os Painéis Especiais para Crimes Graves.

**27 de setembro de 2002** - O Timor-Leste se torna membro da ONU.

**14 de maio de 2004** - Por meio da Resolução n. 1543, o Conselho de Segurança determina que a Unidade Especial para Crimes Graves deveria concluir todas as investigações até novembro de 2004 e concluir os julgamentos e outras atividades até 20 de maio de 2005.

**Novembro de 2004** - A Unidade Especial para Crimes Graves encerra suas atividades de investigação.

**Dezembro de 2004** - Os últimos indiciamentos para julgamento perante os Painéis Especiais para Crimes Graves são protocolados.

**14 de dezembro de 2004** - Os governos da Indonésia e do Timor-Leste concluem um acordo bilateral para o estabelecimento de uma Comissão da Verdade e Amizade.

**22 de abril de 2005** - Os Painéis Especiais para Crimes Graves emitem o seu último julgamento.

**28 de abril de 2005** - Por meio da Resolução n. 1599, o Conselho de Segurança cria o Escritório das Nações Unidas no Timor-Leste (*United Nations Office in Timor-Leste* - UNOTIL) como sucessor da UNMISSET.

**20 de maio de 2005** - A Unidade Especial e os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor-Leste formalmente encerram suas atividades ante o fim do mandato da UNMISSET.

**25 de agosto de 2006** - Por meio da Resolução n. 1704, o Conselho de Segurança cria a Missão Integrada das Nações Unidas no Timor-Leste (*United Nations Integrated Mission in Timor-Leste* - UNMIT) como sucessora do UNOTIL. Conforme instruído pelo Conselho de Segurança, a UNMIT criou a Equipe de Investigação de Crimes Graves (*Serious Crimes Investigation Team*) para continuar as atividades de investigação anteriormente realizadas pela extinta Unidade Especial para Crimes Graves.

**31 de dezembro de 2012** - A UNMIT encerra seu mandato.



# OS TRIBUNAIS HÍBRIDOS E A JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: O CASO DO TRIBUNAL ESPECIAL DE SERRA LEOA

*André de Carvalho Ramos  
Helisane Mahlke*

## INTRODUÇÃO

As violações maciças de direitos humanos evidenciadas em vários países e as dificuldades enfrentadas pelo Direito Internacional diante dos obstáculos impostos pelo sistema de Estados, revelam a urgência em encontrar mecanismos capazes de consolidar um sistema penal internacional efetivo.

Contudo, mesmo reconhecendo a indiscutível necessidade de coibir tais violações, cabe o questionamento: como dar uma resposta adequada à comunidade internacional diante da prática desses crimes, a qual garanta os direitos de todos os envolvidos (vítimas e réus) de maneira a preservar a legitimidade do referido sistema? E, portanto, a justiça penal internacional pode ser considerada como parte do sistema de proteção internacional dos direitos humanos e, em caso positivo, qual o seu verdadeiro papel dentro desse sistema?

Assim, a proposta do presente artigo é discutir o papel dos tribunais penais (com atenção para os Tribunais Especiais ou Híbridos) como instrumentos da proteção internacional dos direitos humanos. Nesse ínterim, busca-se desenvolver uma análise crítica da justiça penal internacional que perfaz sua legitimidade, validade e efetividade, com o objetivo de contribuir para sua consolidação e aprimoramento.

Com o intuito de atingir esse objetivo é fundamental colocar em tela os desafios jurídicos e políticos que envolvem a criação e funcionamento desses tribunais. Nesse sentido, o Tribunal Especial de Serra Leoa (TESL) converte-se em um estudo de caso rico em elementos capazes de ilustrar a discussão sobre o sistema penal internacional. Porém, antes de desenvolvermos a análise desse caso em especial, cumpre situá-lo no contexto do sistema penal internacional.

## 1. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

### 1.1. Aspectos gerais

A evolução da justiça penal internacional está intrinsecamente ligada à evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não sendo possível separar sua construção do debate sobre os principais temas e normas que tratam da proteção desses direitos.

Pode-se dizer que há duas esferas de responsabilidade por violação de Direitos Humanos: a da responsabilidade dos Estados e da responsabilidade do indivíduo. Quanto à responsabilidade do Estado<sup>1</sup>, esta é representada pelo exercício da competência das Cortes Internacionais (Corte Internacional de Justiça e as Cortes regionais - Europeia, Interamericana e Africana)<sup>2</sup>, que julgam Estados que eventualmente tenham violado normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos. Mas, também, pela ação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que pode impor sanções ao Estado violador.

Quanto à responsabilidade do indivíduo por graves violações de Direitos Humanos, foco principal desse artigo, pode-se dizer que ela decorre de uma faceta punitiva implícita no Direito Internacional dos Direitos Humanos, a qual impõe aos Estados o dever de punir criminalmente os indivíduos que cometeram tais delitos<sup>3</sup>, com o intuito de coibir a repetição

<sup>1</sup> Vide CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e Prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, em especial p.57, *in verbis*: “(...) nas relações internacionais, assim como no Direito Interno, a invasão da esfera juridicamente protegida de um sujeito de Direito Internacional por outro acarreta a responsabilização do último. A responsabilidade é característica essencial de um sistema jurídico como pretende ser o sistema internacional de regras de conduta, tendo seu fundamento de Direito Internacional no princípio da igualdade soberana entre os Estados.”

<sup>2</sup> Acrescentamos que “há o dever dos Estados em criar estruturas que previnam a ocorrência de violações de direitos protegidos, ou seja, os Estados comprometeram-se a estabelecer um amplo arcabouço institucional no qual os direitos humanos possam florescer. (...) o regime jurídico objetivo dos tratados internacionais de direitos humanos e as obrigações básicas do Estado (de garantia e respeito dos direitos humanos) influenciam a teoria geral da responsabilidade internacional do Estado, pois toda interpretação de seus elementos, da reparação a ser dada e das sanções possíveis, devem levar em consideração a proteção dada ao indivíduo.” CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e Prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.42.

<sup>3</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2019.



da tal conduta. É nessa perspectiva que nasce a responsabilidade internacional do indivíduo derivada do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para Kathryn Sikkink, em situações nas quais os indivíduos foram responsabilizados por violações cometidas contra as vítimas, estas ganharam mais confiança para denunciar outros casos. Essa mudança conceitual reuniu três campos que antes eram concebidos separadamente no Direito: Direitos Humanos; Direito Internacional Humanitário; e o Direito Penal Internacional, que, segundo Sikkink, uniram-se no Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional<sup>4</sup>.

## 1.2. O Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal: os crimes de *jus cogens*

A responsabilidade individual penal no campo internacional gerou a consolidação de dois sub-ramos do Direito Internacional: o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal<sup>5</sup>.

O *Direito Penal Internacional* consiste no conjunto de normas internacionais (em geral, tratados) que regula penalmente condutas nocivas de impacto para além das fronteiras de determinado Estado, apelando para a cooperação jurídica internacional em matéria penal. Já o *Direito Internacional Penal* consiste no conjunto de normas internacionais (consuetudinárias e convencionais) que regula penalmente condutas que afetam valores essenciais para a comunidade internacional, mesmo sem nenhum impacto transfronteiriço (genocídio em uma região interna ao Estado, por exemplo). Por isso, é possível denominar tais crimes de *crimes internacionais em sentido estrito* ou ainda *crimes de jus cogens*, uma vez que regulam crimes que afetam os valores essenciais que interessam não a um Estado ou grupo de Estados apenas, mas a toda a comunidade internacional. São crimes internacionais em sentido estrito o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o crime de agressão.

Por sua vez, o Direito Penal Internacional atesta a internacionalização da produção de normas penais, com a regulação dos denominados *crimes transnacionais ou transfronteiriços*, como a comercialização de escravos e tráfico de seres humanos (diversos tratados desde o final do século XIX até o

<sup>4</sup> SIKKINK, Kathryn. “A Era da Responsabilização: a era da responsabilização penal individual”. In *A Anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça: Comissão de Anistia; Oxford: Universidade de Oxford: Centro de Estudos Latinoamericanos, 2011, em especial pp. 15 e 44.

<sup>5</sup> Várias ideias e conceitos aqui desenvolvidos foram retirados de CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

século XX), tráfico de drogas (diversos tratados, desde 1912 até os mais recentes, no final do século XX), produção de moedas falsas, terrorismo (combatendo o apoderamento ilícito de aeronaves em 1970 e outros ao longo das décadas), pirataria, entre outros.

O tratamento normativo não é uniforme no Direito Penal Internacional: há tratados que tipificam o crime, com as suas características elementares; há outros que estabelecem o dever dos Estados em tipificar; ou ainda o dever de exercer jurisdição ou extraditar, e finalmente aqueles que pressupõem a tipificação e estabelecem mecanismo de cooperação jurídica internacional.

Já o Direito Internacional Penal optou pela tipificação das condutas nos próprios tratados com a possibilidade de julgamento em tribunais internacionais, na ausência de vontade ou impossibilidade de julgamento pelo Estado. Foram estabelecidos dois parâmetros: a unificação do tratamento dispensado a esses crimes, afirmando o seu caráter verdadeiramente universal; e a complementaridade princípio basilar da justiça internacional.

No futuro, há evidente indiferenciação. Cada vez mais os crimes transfronteiriços como, por exemplo, o tráfico de armas e os crimes financeiros transnacionais, demonstram atingir valores essenciais da comunidade internacional, podendo, no futuro, serem incluídos no rol dos crimes internacionais em sentido estrito.

### **1.3. A implementação direta do Direito Internacional Penal: a era dos tribunais internacionais penais e o marco de Nuremberg**

A implementação direta do Direito Internacional Penal é feita pelos tribunais internacionais penais, cuja origem remonta ao artigo 227 do Tratado de Versailles, que previa um “tribunal especial” (nunca implementado) com juízes das potências vencedoras para julgar o Kaiser Guilherme da Alemanha vencida. Após, a Sociedade das Nações patrocinou a elaboração de Convenção contra o Terrorismo que também previa a criação de um tribunal internacional, mas que nunca entrou em vigor.

Em 1945, finalmente um tribunal internacional penal foi criado. Pelo Acordo celebrado em Londres em 8 de agosto de 1945 foi estabelecido o Tribunal Internacional Militar, tendo como partes originais o Reino Unido, Estados Unidos, União Soviética e França, bem como 19 Estados aderentes. Seu anexo 2 continha o Estatuto do Tribunal Internacional Militar (TIM), que possuía sede em Berlim, realizando os julgamentos em Nuremberg (por isso, passou para a história como “Tribunal de Nuremberg”).

Cada Estado celebrante indicou um nome para compor o júízo (sem possibilidade para a defesa arguir impedimento ou suspeição), bem como

uma parte acusadora (cada Estado celebrante indicou um nome) e defesa. No julgamento principal e que deu notoriedade ao Tribunal, os acusados foram 24 personalidades do regime nazista, bem como organizações criminosas: S.S, Gestapo, Partido Nazista, Estado-Maior das Forças Armadas e S.A (único tribunal internacional que julgou pessoas jurídicas). O libelo acusatório contou com quatro crimes: “*conspiracy*” (figura do direito anglo-saxão, sem correspondência exata no direito brasileiro, mas que, por aproximação, se enquadraria na figura da reunião de agentes voltada para a prática de crime); *crimes contra a paz* (punição da guerra de agressão e conquista); *crimes contra as leis e os costumes da guerra* e, finalmente, *crimes contra a humanidade*, desde conexos com os demais (*war nexum*). Após três meses, com dezenas de oitivas e amplo material documental, as sentenças foram prolatadas entre 30 de setembro e 01 de outubro de 1946, com várias condenações à morte (enforcamento).

Apesar das controvérsias, o fundamento da jurisdição do TIM encontra-se no *direito internacional consuetudinário* referente à punição daqueles que cometeram crimes contra valores essenciais da comunidade internacional. Discute-se, obviamente, a falta de tipificação clara de determinadas condutas e ainda a natureza *ex post facto* do tribunal.

Em 1947, a Comissão de Direito Internacional da ONU foi incumbida de codificar os princípios utilizados em Nuremberg, para consolidar o avanço do Direito Internacional Penal. Em 1950, a Comissão aprovou sete princípios, também chamados de “princípios de Nuremberg”, que resumimos: 1º: Todo aquele que comete ato que consiste em crime internacional é passível de punição; 2º: lei nacional que não considera o ato crime é irrelevante; 3º: as imunidades locais são irrelevantes; 4º: a obediência às ordens superiores não são eximentes; 5º: todos os acusados têm direito ao devido processo legal; 6º: são crimes internacionais os julgados em Nuremberg; 7º: conluio para cometer tais atos é crime<sup>6</sup>. Assim, o chamado “Direito de Nuremberg” é constituído por uma série de Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o direito internacional penal, como as Resoluções 3 e 95/1946, bem como a Resolução 3.074/1973, pela qual foram previstas regras de cooperação na detenção, extradição e punição de acusados de crimes graves (princípio do *aut dedere aut judicare*). Também estabeleceu a proibição da concessão de asilo àqueles que cometerem crimes contra a humanidade e a impossibilidade de caracterizar esses crimes como crimes políticos para fins de extradição<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Ver os sete princípios em [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7\\_1\\_1950.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf), acesso em 01 de dezembro de 2020.

<sup>7</sup> Ver mais em CARVALHO RAMOS, André de. “Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações

Por sua vez, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, foi criado em 1946 por *ato unilateral* dos Estados Unidos, potência ocupante, por intermédio do Chefe da Ocupação, General MacArthur, que editou sua Carta e regras de funcionamento. MacArthur nomeou 11 juízes, nacionais dos Aliados e os componentes da Promotoria. Coube ainda à potência ocupante determinar a lista de acusados e a imunidade ao Imperador Hiroito e sua família. Julgou componentes do núcleo militar e civil do governo japonês por *crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade*, sendo exigida conexão com os crimes contra a paz. Determinou sete penas de morte, por enforcamento, realizadas em 1948, bem como diversas penas de caráter perpétuo. No bojo da guerra fria, a postura norte-americana suavizou-se no Japão e houve concessão de liberdade condicional aos presos a partir de 1952. Em contrapartida, o último preso do julgamento de Nuremberg, Rudolf Hess, condenado a prisão perpétua em 1946, morreu na prisão de Spandau em 1987.

Os julgamentos de Nuremberg e Tóquio podem ser considerados como uma protoinstitucionalização da justiça penal. Fruto de uma verdadeira “justiça de vencedores” promovida no pós-Guerra<sup>8</sup>, esses tribunais sofreram justas críticas por descumprirem princípios básicos do direito penal.<sup>9</sup> Mesmo assim, representam uma tentativa importante de dar uma resposta a um mundo que tentava reestruturar-se sobre os escombros de uma ordem frágil, que ruuiu em meio a demonstrações de desumanidade.

As décadas que se seguiram viram a emergência da chamada Guerra Fria. A paralisia do Conselho de Segurança nesse período, dividido pelos interesses opostos de americanos e soviéticos, impediu que atrocidades cometidas por estes ou por seus aliados, fossem levadas a julgamento. A mesma guerra fria impediu que novos tribunais internacionais fossem estabelecidos: a Convenção pela Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948) previu a instalação de um tribunal internacional para julgar

---

de Direitos Humanos”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 09-55, 2006, em especial p.18.

<sup>8</sup> Com essa colocação faz-se alusão a uma das principais críticas dirigidas a esses tribunais, ou seja, a de que eles seriam cortes criadas pelos vencedores para julgar os vencidos. Reconhece-se que esse argumento por si só não é suficiente para afastar a importância deles, mesmo ressaltando todas as suas imperfeições processuais, como uma tentativa de resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra. Contudo, também não se deve negligenciar a fragilidade de um sistema ainda em construção, que não foi capaz de responsabilizar os agentes dos países aliados vencedores.

<sup>9</sup> Dentre esses princípios, podemos citar o da legalidade, do juiz natural, e o da irretroatividade da lei penal.

esse crime (artigo 9º), sem maior repercussão. No seio das Nações Unidas, o projeto pelo estabelecimento de um código de crimes internacionais e de um tribunal internacional penal na Comissão de Direito Internacional não conseguia o consenso dos Estados.

Foi necessário esperar o fim da Guerra Fria para que o desenvolvimento da dimensão processual do Direito Internacional Penal progredisse, acompanhando o célere desenvolvimento da parte material desse novo ramo do Direito Internacional, que havia avançado com a consolidação, no direito consuetudinário, dos princípios de Nuremberg de combate aos crimes contra a humanidade e ainda com os diversos deveres convencionais dos Estados de combate aos crimes de guerra e ao genocídio.

O marco dessa nova etapa foi o estabelecimento dos tribunais internacionais penais *ad hoc* pelo Conselho de Segurança da ONU (CSNU), respectivamente para julgar os indivíduos responsáveis pelos crimes contra o Direito Humanitário na ex-Iugoslávia (Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia<sup>10</sup>) e os responsáveis pelo crime de genocídio em Ruanda (Tribunal Penal Internacional de Ruanda<sup>11</sup>). Esses tribunais são importantes porque codificaram os elementos de crimes internacionais (como genocídio, crime contra a humanidade e crimes de guerra) associados ao devido processo legal e aos direitos da defesa. Também adotaram o *princípio da primazia* da jurisdição internacional em detrimento da jurisdição nacional, dado o momento de desconfiança em face das instituições locais (da ex-Iugoslávia<sup>12</sup> e de Ruanda<sup>13</sup>).

Assim, ficou determinado que cada um desses tribunais teria *primazia* sobre as jurisdições nacionais, podendo, em qualquer fase do processo, exigir oficialmente às jurisdições nacionais que abdicassem de exercer jurisdição em favor da Corte internacional. Contudo, esses tribunais ainda estavam vinculados à aprovação do Conselho de Segurança e os interesses definidos, especialmente, pelos seus membros permanentes. Não se pode olvidar, também, que tais tribunais foram uma resposta tardia ao fracasso diplomático e político da ONU em prevenir tais conflitos sangrentos.<sup>14</sup>Em

<sup>10</sup> O Tribunal para julgar os crimes cometidos na antiga Iugoslávia foi instaurado pela Resolução 827 do CSNU, em 1993.

<sup>11</sup> O genocídio de milhares de *tutsies* promovido pela etnia rival hutu resultou em um dos mais horríveis massacres da história. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi criado pela Resolução 935 de 1994 do Conselho de Segurança da ONU.

<sup>12</sup> Artigo 9º do Estatuto do TPI da ex-Iugoslávia.

<sup>13</sup> Artigo 8º do Estatuto do TPI de Ruanda.

<sup>14</sup> Contudo, cabe fazer menção a alguns avanços ocorridos no período: a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, de 1973 e a Conferência Mundial de Direitos

2010, o Conselho de Segurança criou o Mecanismo Residual de Tribunais Internacionais Penais para receber os casos remanescentes do Tribunal *ad hoc* para Ruanda (TPIR) e para a antiga Iugoslávia (TPII)<sup>15</sup>, após o fechamento desses dois tribunais. O TPII foi fechado em 31 de dezembro de 2017 e o TPIR em 31 de dezembro de 2015.

Mesmo representando um avanço em relação aos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os Tribunais para Iugoslávia e Ruanda não escapam às críticas de que constituem juízos de exceção, violando assim, princípios do direito processual penal (como do juiz natural, por exemplo), de que são juízos *ex post facto* e pelo alto custo de sua realização em comparação com os resultados obtidos.<sup>16</sup>

Diante dessas questões, a necessidade de criação de um tribunal penal internacional independente do CSNU se fazia urgente. E em 1994, a Comissão de Direito Internacional apresentou o primeiro projeto de estatuto de um Tribunal Penal Internacional. No ano seguinte, a Assembleia Geral instituiu um Comitê Preparatório, permitindo a participação de todos os Estados membros e de observadores das próprias Nações Unidas para analisarem o projeto, discutirem, revisarem e apresentarem eventuais emendas. A seguir, durante o ano de 1997, três reuniões do Comitê Preparatório discutiram a tipificação dos crimes a serem previstos, dos princípios de Direito Penal a serem empregados, os procedimentos a serem adotados, inclusive quanto à cooperação internacional em matéria penal, bem como as penas a serem aplicadas a cada delito previsto em sua legislação.

De março a abril de 1998, a última reunião foi feita e o projeto foi finalmente terminado em sua versão definitiva, para ser apreciado pelos Estados membros e suas comissões jurídicas na Convenção de Roma. Ela transcorreu nos meses de junho e julho, e finalmente, em 17 de julho de 1998, perante participantes de todos os Estados membros das Nações Unidas, o chamado “Estatuto de Roma” foi aprovado, entrando em vigor em 01 de julho de 2002 com a ratificação de 60 países<sup>17</sup>.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) surge dos esforços da comunidade internacional em criar uma alternativa aos tribunais *ad hoc* (estabelecidos por

---

Humanos de Viena, cujo documento, a Declaração e Programa de Ação da Conferência implantou o dever dos Estados em punir aqueles que cometessem graves violações de direitos humanos.

<sup>15</sup> Resolução n. 1.966 (2010) do Conselho de Segurança da ONU.

<sup>16</sup> BEZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional. Sua evolução, seu futuro. De Nuremberg a Haia*. Barueri-SP: Manole, 2004, pp. 55 a 61.

<sup>17</sup> Em 2020, o Tribunal conta com 123 Estados membros. Disponível em [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx), último acesso em 16/11/2020.

vontade do Conselho de Segurança) e à jurisdição nacional extraterritorial universal. Por meio do Estatuto de Roma, de 1998, o tribunal converte-se na primeira e única corte internacional penal permanente, com competência para julgar indivíduos, que tenham cometido os crimes pelo seu estatuto tipificados (crimes de guerra<sup>18</sup>, agressão, crimes contra a humanidade e genocídio)<sup>19</sup>, desde que, segundo a competência *ratione temporis* do tribunal (art.11), tenham sido cometidos após sua entrada em vigor (2002).

A existência do Tribunal Penal Internacional não exime os Estados de sua responsabilidade primária de julgar, perante os tribunais nacionais, os indivíduos que tenham cometido crimes de *jus cogens*. A jurisdição do TPI é exercida segundo o Princípio da Complementaridade<sup>20</sup> da jurisdição internacional em relação à nacional.

No âmbito espacial, a jurisdição do TPI só pode ser exercida quando o crime de *jus cogens* sujeito à jurisdição do Tribunal for cometido no território de um Estado-parte, ou por um nacional de um Estado-parte, ou ainda por meio de declaração específica de Estado não contratante<sup>21</sup>. Assim, a vontade de cada Estado foi respeitada. Só há uma clara exceção: pode o Conselho de Segurança adotar resolução vinculante adjudicando o caso ao Tribunal Penal Internacional. Foi o Caso de Darfur, o primeiro no qual o Conselho de Segurança determinou o início das investigações, mesmo sem a ratificação, pelo Sudão, do Estatuto do TPI. Todavia, a jurisdição do TPI precisa antes ser provocada por qualquer Estado parte do Tratado de Roma, por denúncia levada ao Procurador do tribunal pelo CSNU, ou se o próprio Procurador houver iniciado inquérito para apurar eventuais crimes (art.15).

<sup>18</sup> Com a ressalva do art. 124 do Estatuto de Roma.

<sup>19</sup> Vide arts. 5 a 8 do Estatuto de Roma.

<sup>20</sup> Significa que o TPI só irá atuar quando o Estado não possa ou não queira julgar aqueles que cometeram crimes de *jus cogens* e que se encontram sob sua jurisdição. Sobre o Princípio da Complementaridade no Estatuto de Roma afirma James Crowford: “The principle of complementarity is prominent, even if it is no longer an element in terms of the ICC’s underlying jurisdiction. Applied as intended, it will give priority to states (whether or not parties to the Statute) which are willing and able to investigate allegations of crimes for themselves. .Greater difficulties may arise where a state (whether or not a party) refuses to conduct its own investigation, because it takes a different view of the facts or a narrower view of the alleged crime or for some other reason. It may be said that this is the point of having an ICC in the first place. But since it is for the investigating authority to determine for itself the scope of the crime being investigated, once again the relative autonomy of ICC processes is demonstrated. It remains to be seen how the dynamic potential for action by the Prosecutor, and reaction by states, will be played out.” CROWFORD, James. *The Drafting of the Rome Statute*. In SANDS, Phillippe. *From Nuremberg to the Hague*. New York: Cambridge University Press, 2003, p.155.

<sup>21</sup> As condições para o exercício da jurisdição do TPI estão presentes nos arts. 12 e 13.

O Tribunal Penal Internacional de natureza permanente é o ápice de um processo de consolidação da justiça penal internacional. Contudo, não se pode negar que ela enfrenta críticas semelhantes às feitas aos demais tribunais, como a seletividade de seus julgamentos<sup>22</sup> e a ineficácia de suas decisões<sup>23</sup>. Sem dúvida, o Estatuto de Roma carece da adesão de países importantes<sup>24</sup> para dar força e alcance ao tribunal, bem como uma reflexão sobre seus mecanismos processuais para lhe conferir maior legitimidade. Porém, entende-se que o TPI é o instrumento mais próximo de uma justiça penal a serviço da proteção aos direitos humanos.

## 2. OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS ESPECIAIS

Em anos recentes, os Estados têm preferido recorrer a cortes criminais nem nacionais e nem internacionais, mas a tribunais que são *mistos ou híbridos* em sua composição, cujo estatuto contempla elementos tanto nacionais quanto internacionais e as normas combinam tanto aspectos do direito internacional, como do direito local (por exemplo, na tipificação dos crimes). Assim, no final dos anos 90, o Direito Internacional Penal assistiu a criação de uma “quarta geração” de tribunais internacionais criminais (os tribunais de Nuremberg e de Tóquio são os primeiros, precursores, os já mencionados Tribunais *ad hoc* para Ruanda e Iugoslávia compõem a *segunda* geração, pois criados por uma Organização Internacional - ONU, e o Tribunal Penal

<sup>22</sup> Por exemplo, a crítica usual envolvendo “seletividade” diz respeito ao fato de que todos os casos julgados (até 2020) reportam-se a conflitos ocorridos em países do continente africano.

<sup>23</sup> O caso frequentemente usado como exemplo é o do Presidente do Sudão Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, que possui mandado de prisão expedido pelo tribunal, contudo continua solto. Al-Bashir visitou o Kenya, o Chad e o Malawi (todos países membros do Estatuto de Roma) desafiando o mandado de prisão que recai sobre ele. Al-Bashir não fora preso por nenhum desses Estados. Em reação a tais visitas de Al-Bashir, o TPI emite decisões de não cumprimento (*non-compliance*), que atestam a violação do Estatuto de Roma por parte do Estado parte visitado. Em 2020, foi julgada apelação da Jordânia contra a decisão de *non-compliance* emitida em seu desfavor pelo Juízo de Instrução do TPI. Disponível em [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_02856.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02856.PDF), último acesso em 17/11/2020.

<sup>24</sup> Na adoção do texto do Estatuto de Roma em 1998, os Estados Unidos, China, Iraque, Israel, Líbia, Qatar e Iêmen votaram contra o texto negociado. Na gestão do Presidente Clinton, os Estados Unidos assinaram o Estatuto de Roma em 2000, mas o Presidente não o submeteu ao Senado para aprovação da futura ratificação. Em 2002, o Presidente George W. Bush retirou a assinatura do tratado, por meio de nota ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Já a Rússia retirou sua assinatura ao Estatuto de Roma, em 2016 (também não o ratificou), como forma de protesto à consideração, pela Promotoria do TPI, de ser a anexação russa da Crimeia uma forma de ocupação militar. Disponível em <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/16/russia-withdraws-signature-from-international-criminal-court-statute>, último acesso em 17/11/2020.



Internacional, pois permanente e *ex ante*, a *terceira*), que são denominados tribunais *híbridos* ou *mistos*.

Esses tribunais híbridos caracterizam-se pela interação entre as forças locais e os recursos materiais e humanos internacionais. A criação é fruto de intensa negociação entre os governos atuais (interessados em se distanciar do passado de crimes) e a ONU, contando esses tribunais híbridos com juízes locais e internacionais. São considerados tribunais híbridos os seguintes tribunais: Tribunal Especial para Serra Leoa; Tribunal Especial para o Líbano; Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja; Câmaras Africanas Extraordinárias e a Corte Criminal Especial da República Centro-Africana.

Esses tribunais possuem competência temporal, material e geograficamente limitada, para investigar, julgar e processar crimes praticados durante determinados conflitos. A despeito dessas características gerais, as cortes mistas diferem entre si quanto a aspectos mais específicos. Ademais, há aqueles que diferenciam os *tribunais híbridos ou mistos* dos tribunais *internacionalizados*, que são aqueles criados pela ONU em situações em que os Estados estão sob administração de missões de paz da ONU, como foi o caso do Timor Leste, da Bósnia e ainda do Kosovo (ver abaixo).<sup>25</sup>

A criação do *Tribunal Especial para o Líbano* partiu do pedido de ajuda feito pelo governo do Líbano, em 13 de dezembro de 2005, às Nações Unidas para estabelecer um tribunal com natureza internacional para julgar os responsáveis pelo assassinato, em 14 de fevereiro de 2005, do Primeiro Ministro Rafiq Hariri, entre outros mortos e feridos. A Resolução do Conselho de Segurança nº 1664 (2006) e Resolução nº 1757 (2007) de 30 de maio de 2007 estabeleceram o Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano (sede em Haia, Holanda). O Tribunal é híbrido, pois tem natureza internacional, com composição mista (juízes nacionais e internacionais), mas aplica o direito criminal libanês<sup>26</sup>.

Já as *Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja* (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*) consistem em órgãos judiciais híbridos, com juízes nacionais do Camboja e internacionais, que possuem jurisdição para julgar os líderes graduados da chamada República Democrática do Campuchea, pelos crimes de *jus cogens* (usando a normativa internacional sobre genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade) cometidos pela Ditadura do *Khmer Rouge* de Pol Pot (falecido em 1998) entre 1975

<sup>25</sup> ROMANO, Cesare, NOLLKAEMPER, André e KLEFFNER, Jann (eds.) *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

<sup>26</sup> Ver em <https://www.stl-tsl.org/en>, acesso em 17/11/2020.

e 1979. Calcula-se que aproximadamente 3 milhões de pessoas morreram nesse período. As negociações entre o Camboja e a ONU foram longas e somente em 2003 o acordo para a instalação das Câmaras, com financiamento internacional foi firmado. A sede é Phnom Penh, no próprio Camboja<sup>27</sup>.

Cabe ainda lembrar que, de 2000 a 2006 funcionou um tribunal híbrido para o Timor Leste (*Special Panels of the Dili District Court* também chamado *East Timor Tribunal*), criado em 2000 pela Administração das Nações Unidas para o Timor Leste, para julgar os casos de crimes graves que ocorreram no Timor em 1999, contando com juízes internacionais, inclusive do Brasil<sup>28</sup>. Esses painéis especiais julgaram várias dezenas de criminosos e tinham vinculação com os Tribunais Nacionais (Tribunal Distrital de Díli e Tribunal de Recursos)<sup>29</sup>.

Já na Bósnia-Herzegovina<sup>30</sup> foi estabelecida uma Câmara Especial para Crimes de Guerra pelo Gabinete do Alto Comissariado instituído pela ONU para restaurar a paz e conduzir o processo de reconstrução. Essa Câmara

<sup>27</sup> As violações graves e sistemáticas de direitos humanos do regime do *Khmer Rouge* foram retratadas no filme britânico *Killing Fields* (1984, no Brasil: “Os gritos do silêncio”). Ver mais no site oficial em [http:// https://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc](http://https://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc), acesso 17/11/2020.

<sup>28</sup> A ex-colônia portuguesa do Timor Leste conquistou sua independência em 1975, porém ela não durou muito. Três dias após a independência forças indonésias invadem o Timor Leste e declaram seu território como sua 27ª província. Um verdadeiro genocídio é promovido durante a invasão e nos anos subsequentes. Em 1999, Portugal e Indonésia acordam sobre a realização de um referendun (supervisionado pela ONU) sobre a independência do país e o resultado apontou que 78% dos timorenses queriam a independência. As milícias indonésias, então, desencadeiam mais uma onda de violência resultando em graves crimes e centenas de refugiados. A violência foi suspensa com a atuação de forças de paz lideradas pela Austrália. Contudo, mesmo com o reconhecimento internacional da sua independência em 2002, as tensões não cessaram no país. Em 2006, uma força internacional de estabilização (*International Stabilization Force*) liderada pela Austrália desembarcou no Timor e o Conselho de Segurança da ONU estabeleceu a Missão Integrada das Nações Unidas no Timor Leste (UNMIT – *United Nations Integrated Mission in Timor*), que restauraram a paz e possibilitaram a primeira eleição presidencial em 2007. Ver breve histórico do conflito em REIGER, Caitlin e WIERDA, Marieke. *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, e International Center for Transitional Justice 2006, Disponível em <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf>, acesso em 17/11/2020.

<sup>29</sup> REIGER, Caitlin e WIERDA, Marieke. *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, e International Center for Transitional Justice 2006, Disponível em <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf>, acesso em 17/11/2020.

<sup>30</sup> Após sua declaração de independência da antiga Iugoslávia em 1992, um sangrento conflito étnico se iniciou contra os sérvios. Os conflitos só cessaram em 1995 com os acordos de Dayton, que estabeleceram o *Office of High Representative* para conduzir a implementação do processo de paz e reconstrução, auxiliado por forças da OTAN e da União Europeia. Para mais informações, consultar: *International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*: <http://www.icty>.

Especial era vinculada ao Tribunal Superior nacional e receberia os casos remanescentes do Tribunal para a antiga Iugoslávia (na verdade, sua criação derivava do Tribunal *ad hoc* estabelecido pelo CSNU para a antiga Iugoslávia). A Câmara Especial na Bósnia-Herzegovina continua em funcionamento<sup>31</sup>, mas os últimos juízes e procuradores internacionais tiveram seus mandatos encerrados em 2012<sup>32</sup>. Desde então, a Câmara é ocupada apenas por juízes nacionais. No caso do Kosovo, a Missão de Paz instituída pela ONU<sup>33</sup> estabeleceu a possibilidade da criação de juízos especiais formados por juízes internacionais, que podem ser acionados pelas partes em qualquer fase do processo. As Câmaras Especiais do Kosovo foram criadas em 2015<sup>34</sup>.

Em 2012, foram criadas as Câmaras Africanas Extraordinárias (*Extraordinary African Chamber - EAC; Chambres Africaines Extraordinaires*, CAE) por meio de acordo entre Senegal e a União Africana. O acordo aconteceu após a manifestação da Corte Internacional de Justiça sobre o caso Bélgica vs. Senegal, que impôs ao país africano o dever de julgar o ex-ditador do Chad<sup>35</sup>. As acusações dizem respeito a fatos ocorridos de 1982 até 1990, período no

---

org/sections/AbouttheICTY; *United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute*: <http://wcjp.unicri.it/proceedings>.

<sup>31</sup> Ver em [www.sudbih.gov.ba](http://www.sudbih.gov.ba), acesso em 17/11/2020.

<sup>32</sup> Ver em <https://balkaninsight.com/2012/03/26/bosnia-calls-time-on-foreign-judges/>, acesso em 17/11/2020.

<sup>33</sup> A Missão de Paz da ONU para o Kosovo (UNMIK – *United Nations Interim Administration in Kosovo*) foi estabelecida pela Resolução 1244/1999 devido às dificuldades impostas pela profunda insegurança e instabilidade gerada pelos conflitos étnicos na região. Os Painéis Especiais foram criados pela UNMIK por meio dos Regulamentos 6, 34 e 64/2000 e 12/2001. (Fonte: <http://www.unmikonline.org/pages/default.aspx>), acesso 17/11/2020.

<sup>34</sup> Foram criadas para julgar os crimes relativos ao conflito entre o Exército de Libertação do Kosovo (de etnia albanesa) e os sérvios da antiga Iugoslávia, que se estendeu de 1996 a 1999. O conflito só cessou após a intervenção das tropas da OTAN, que lutou contra as forças da antiga Iugoslávia. Após a vitória da OTAN no Kosovo, foi instaurado um governo provisório sob a tutela da ONU. O Kosovo declarou sua independência em 2008. Para maiores informações, consultar o Relatório da Human Rights Watch “Under Orders” disponível em: <http://www.hrw.org/reports/2001/kosovo/>. Ver também <https://www.scp-ks.org/en>. Acesso em 17/11/2020. <https://www.scp-ks.org/en>).

<sup>35</sup> O caso foi levado à Corte internacional de Justiça e julgado em 2012. A Corte decidiu que “*the Republic of Senegal, by failing to submit the case of Mr. Hissène Habré to its competent authorities for the purpose of prosecution, has breached its obligation under Article 7, paragraph 1, of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984*”. E por unanimidade, determinou que “*the Republic of Senegal must, without further delay, submit the case of Mr. Hissène Habré to its competent authorities for the purpose of prosecution, if it does not extradite him.*” Vide: Belgium vs. Senegal – Questions Related to the obligation to prosecute and extradite. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>. Acesso em 17/11/2020.

qual houve aproximadamente a morte de 40.000 pessoas vítimas de atrocidades da ditadura local. No anexo do acordo, ficou definido o estatuto das Câmaras que foram fixadas (em número) em um total de quatro (art. 2º do Estatuto): uma de instrução, com quatro magistrados do Senegal; uma de acusação, com três magistrados do Senegal; uma de primeira instância; e a última de apelação, cada qual com dois magistrados senegaleses e um presidente indicado pela União Africana, devendo ser nacional de país membro. Foi prevista a utilização da legislação processual de Senegal, nos casos omissos ou não previstos (art. 16 do Estatuto)<sup>36</sup>. Após mais de 22 anos de liberdade no Senegal, Habré (considerado o “Pinochet da África”) foi preso em junho de 2013. Em 2015, 25 anos depois da sua fuga para o Senegal, o julgamento do ditador iniciou-se. Em maio de 2016, o ex-ditador foi julgado culpado, no seu julgamento perante a Câmara Extraordinária Africana (*Extraordinary African Chamber - EAC*), e condenado à prisão perpétua por (i) crimes contra a humanidade, (ii) crimes de guerra e (iii) tortura, incluindo atos de estupro, violência e escravidão sexuais<sup>37</sup>.

Por fim, em 22 de outubro de 2018, realizou-se a sessão inaugural da Corte Especial Criminal (*Special Criminal Court - SCC*) da República Centro Africana situada na capital do país, Bangui. Foi estabelecida por lei nacional em 2015 para julgar crimes de *jus cogens* como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos no país desde 2003. Possui características únicas entre os tribunais híbridos, pois foi criado por lei local, com utilização em regra do direito nacional, sendo invocado o direito internacional somente para suprir lacunas ou inconsistências. Porém, o procurador especial do SCC foi indicado internacionalmente e o Tribunal atua em colaboração com o Tribunal Penal Internacional (que também possui casos envolvendo o país), contribuindo para o fortalecimento do princípio da complementaridade<sup>38</sup>.

Assim, tendo explicitado as características principais dos Tribunais híbridos, passemos a analisar especificamente o Tribunal Especial de Serra Leoa e seu caso mais emblemático – o julgamento de Charles Taylor – para compreender o papel das cortes híbridas para a justiça penal internacional.

<sup>36</sup> Ver a íntegra (em francês) do acordo e do estatuto em <http://www.chambresafricaines.org/pdf/accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>, acesso em 17/11/20.

<sup>37</sup> Sobre o tribunal especial para julgar Habré, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>38</sup> LABUDA, Patryk I., *The Special Criminal Court in the Central African Republic: Failure or Vindication of Complementarity?* (December 9, 2016). *Journal of International Criminal Justice* (15) 1, p. 175-206, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2883243>. Acesso em 13/01/2021.

O *Tribunal Especial para a Serra Leoa* foi estabelecido a pedido do governo do país, com base na Resolução nº 1315 do Conselho de Segurança, de 14 de agosto de 2000, sendo instalado em 2002. Teve sede em Freetown (capital de Serra Leoa) e contou com o apoio logístico do TPI. Contou com juízes nacionais e internacionais, e os acusados foram julgados pela prática de crimes de *jus cogens* (crimes contra a humanidade e crimes de guerra) e ainda por crimes comuns pelo direito local. O principal acusado foi o ex-ditador *Charles Taylor*, atualmente preso em Haia<sup>39</sup>.

### 3. CONTEXTO HISTÓRICO QUE ORIGINOU A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL ESPECIAL DE SERRA LEOA

A ex-colônia britânica de Serra Leoa conquistou sua independência em 1961 e, desde então, viveu em situação de instabilidade política e subdesenvolvimento econômico. Após sucessivos golpes militares, o ditador Siaka Stevens assumiu o poder na década de setenta, instaurando um governo frequentemente acusado de corrupto e opressor. Em oposição ao governo de Stevens emergiu no final dos anos oitenta um grupo dissidente chamado Frente Unida Revolucionária (FUR). Concomitantemente, na Libéria, um movimento revolucionário semelhante também se levantava contra o então presidente Samuel Doe. Esse movimento liberiano chamava-se Frente Patriótica Nacional da Libéria (FPNL) e era liderado por Charles Taylor<sup>40</sup>.

A Guerra Civil em Serra Leoa iniciou-se em 1991, a partir de uma aliança entre a FUR e a FPNL, com o objetivo de derrubar o governo do país, mas, sobretudo, para estabelecer o controle sobre as valiosas minas de diamantes existentes. Taylor e a FPNL foram apontados como os grandes “patrocinadores” da guerra civil em Serra Leoa, fornecendo ajuda militar a FUR em troca dos “diamantes de sangue”, tendo exercido um papel central no conflito. Charles Taylor reuniu-se com Foday Sankoh (líder da FUR) para planejar a tomada do poder. Combatentes da FUR e da FPNL lutaram lado a lado para depor o presidente. Foi, então, estabelecido um conselho militar para governar Serra Leoa (Conselho de Governo Nacional Provisório)<sup>41</sup>.

Porém, por ter sido alijada das eleições de 1996, cujo resultado não foi por ela reconhecido, a FUR voltou a atacar àqueles que elegeram o presidente

<sup>39</sup> Charles Taylor inspirou um dos personagens do filme norte-americano *Lord of War* (2005, “Senhor das Armas” no Brasil). Sobre o tribunal, ver em <http://www.sc-sl.org/HOME/tabid/53/Default.aspx>, acesso 17/11/2020.

<sup>40</sup> Charles Taylor tornou-se presidente eleito da Libéria entre os anos de 1997 a 2003.

<sup>41</sup> Segundo o relatório apresentado pela acusação no Tribunal de Serra Leoa. Ver mais abaixo.

Alhaji Ahmed Tejan Kabbah. Em 1997, a FUR aliou-se a outro grupo beligerante, a *Sierra Leone Army* (SLA), para derrubar Kabbah. O golpe de Estado originou reações da comunidade internacional e o Conselho de Segurança da ONU determinou a imposição de sanções à Serra Leoa.<sup>42</sup>

Após várias tentativas frustradas de se lograr a paz, finalmente em 1999, foi celebrado o Acordo de Lomé, no qual governo e rebeldes se comprometeram a abandonar as armas. O acordo também previa anistia aos combatentes rebeldes e transformava a FUR em partido político. Por fim, em 2002 o presidente Kabbah anunciou o fim da guerra civil em Serra Leoa. Durante os 11 anos pelos quais a guerra civil se estendeu, inúmeros crimes foram cometidos (assassinatos, mutilações, escravidão sexual, recrutamento forçado de crianças para a guerra, trabalho escravo nas minas de diamante etc.). Foi nesse contexto que foi criado o Tribunal Especial de Serra Leoa<sup>43</sup>.

#### 4. ANTECEDENTES, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL ESPECIAL DE SERRA LEOA

O governo de Serra Leoa, em meio às dificuldades institucionais ocasionadas pela instabilidade política pós-conflito, solicitou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) em junho de 2000, o estabelecimento de um Tribunal Híbrido com a função de julgar os crimes cometidos durante a guerra civil. O pedido é acolhido pela Resolução nº 1315 de 14/08/2000. Posteriormente, é celebrado um acordo entre Serra Leoa e o CSNU em 15/01/2002 (ratificado pelo país em 25/04/2002) consolidando o Tribunal e estabelecendo seu estatuto.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Resolução nº 1132 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

<sup>43</sup> Conferir o histórico da guerra civil de Serra Leoa em JALLOH, Charles C. *Special Court for Sierra Leone: achieving justice?* *Michigan Journal of International Law.*, vol. 32, issue 3, 2011, pp. 396-460, em especial pp. 404-412.

<sup>44</sup> Documentos para consulta disponíveis em: <http://www.sc-sl.org/DOCUMENTS/tabid/176/Default.aspx>: *Special Court Agreement (Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, signed on 16 January 2002)*; *Special Special Court Agreement (2002) Ratification Act (Act of Sierra Leone's Parliament to ratify the Special Court Agreement)*; *The Special Court Agreement (2002) (Ratification) (Amendment) Act, 2002 (Act of Sierra Leone's Parliament to amend the Special Court Agreement)*; *Special Court Statute (Statute of the Special Court, annexed to the Agreement - 16 January 2002)*; *Headquarters Agreement (Between the Republic of Sierra Leone and the Special Court for Sierra Leone, Signed on 21 October 2003)*; *Rules of Procedure and Evidence (Adopted on 16 January 2002, as amended on 7 March 2003, as amended on 1 August 2003, as amended on 30 October 2003, as amended on 14 March 2004, as amended on 29 May 2004, as amended 14 May 2005, as amended 13 May 2006, as amended 24 November 2006, as amended 14 May 2007, as amended 19*

O Estatuto fixando a competência e atuação do Tribunal estabeleceu que este tem personalidade jurídica internacional autônoma (art. 11). Logo, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi parte criadora do TESL, porém este foi independente tanto da organização internacional como do sistema jurídico nacional. Todavia, a ONU exerceu, segundo o estatuto, um papel fundamental ao nomear juízes, procuradores e servidores<sup>45</sup> e na captação e planejamento dos recursos financeiros para suprir o orçamento da corte<sup>46</sup>, o qual, diferentemente de outros Tribunais Híbridos, era formado por contribuições espontâneas da comunidade internacional.<sup>47</sup>

Já ao governo de Serra Leoa, coube fornecer a estrutura física para o funcionamento do tribunal (na cidade de Freetown), cooperar para a identificação e detenção de suspeitos, proceder à transferência de acusados que estivessem sendo julgados pela justiça nacional, como também fornecer documentos necessários à investigação dos crimes.

O Estatuto constitutivo atribui ao tribunal capacidade de investigar, processar e julgar crimes internacionais ou nacionais advindos do conflito. No que se refere ao processo penal propriamente dito, o TESL foi claramente influenciado, de maneira adaptada à sua realidade, pelas regras processuais dos Tribunais *ad hoc*.

Por outro lado, como ocorreu em relação aos demais Tribunais Especiais, sua competência foi determinada pelo seu Estatuto constitutivo, que estabeleceu limitações geográficas (refere-se aos crimes cometidos dentro do território de Serra Leoa), temporais (referente aos crimes internacionais cometidos a partir de novembro de 1996 e os crimes nacionais praticados a partir de julho de 1999).<sup>48</sup>

---

*November 2007, as amended 27 May 2008, as amended 28 May 2010, as amended 16 November 2011, as amended 31 May 2012 e Rules of Detention (Rules Governing the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal before the Special Court for Sierra Leone or otherwise Detained under the Authority of the Special Court for Sierra Leone (Rules of Detention), Adopted on 7 March 2003, as amended on 4 May 2004, as amended on 14 May 2005). Acesso 17/11/2020*

<sup>45</sup> Segundo os artigos 2 a 4 do Estatuto caberia ao CSNU a nomeação dos 3 juízes da câmara de julgamento e dos 5 juízes da câmara de recurso, bem como do Procurador-chefe e o oficial de registro.

<sup>46</sup> O orçamento total do Tribunal até 2012 é de 26.143.800 dólares, segundo o relatório elaborado pela Divisão de Auditoria da ONU (<http://usun.state.gov/documents/organization/165463.pdf>). acesso 17/11/2020.

<sup>47</sup> A título de comparação, o orçamento do Tribunal da Bósnia-Herzegovina, Iraque e Líbano provém também do governo desses países e o dos Tribunais para o Timor Leste e Kosovo foi fruto dos recursos das próprias Missões da ONU para esses países.

<sup>48</sup> Segundo Renata Mantovani de Lima “A definição da competência temporal, ou termo *a quo*, para a persecução penal dos crimes sob a jurisdição do TESL varia com o tipo de crime considerado. Assim, para os crimes internacionais o marco inicial seria o dia 30 de novembro de

A responsabilidade criminal individual aplicou-se a qualquer indivíduo que houvesse perpetrado os crimes previstos nos arts. 2º a 4º, não importando sua posição oficial ou patente militar. Logo, o Tribunal desconsiderou qualquer imunidade dos agentes de Estado antes prevista pelos Acordos de Paz<sup>49</sup>. Consta no Estatuto do Tribunal, *in verbis*: “*A person who bears the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leone law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone.* (art. 6.1)<sup>50</sup> e ainda, “*The official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment*” (art. 6.2).

O Estatuto também determinou que a responsabilização também recaísse sobre os superiores hierárquicos que teriam tido a ciência dos crimes cometidos por seus subordinados e, por outro lado, também não eximiu o subordinado da responsabilidade pelos crimes cometidos mesmo que sob as ordens de seus superiores<sup>51</sup>.

Em relação à competência material, o Estatuto previu a punição dos crimes contra a humanidade (art.2º); violações do art. 3º das Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II (art. 3º) e outras violações do Direito Humanitário, enumeradas no art. 4. Além dos delitos anteriores, o TESL

---

1996, data da assinatura do infrutífero acordo de paz de Abidjan. Para os considerados comuns, a data de corte foi 07 de julho de 1999, dia em que foi celebrado o Acordo de Lomé. Esse acordo previa a desmobilização e o desarmamento, bem como a necessidade de auxiliar os combatentes na reintegração da sociedade civil”. LIMA, Renata Mantovani de. *A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento do direito internacional penal*, tese de doutorado em direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais p.198.

<sup>49</sup> O Estatuto ressalta que a responsabilidade pelos crimes previstos pelo art. 5 deve ser estabelecida de acordo com a lei nacional de Serra Leoa.

<sup>50</sup> Importante ressaltar que a jurisdição do TESL recai sobre os agentes estrangeiros das Missões de Paz apenas de maneira subsidiária, segundo o que dispõe o art. 1.2: “Any transgressions by peacekeepers and related personnel present in Sierra Leone pursuant to the Status of Mission Agreement in force between the United Nations and the Government of Sierra Leone or agreements between Sierra Leone and other Governments or regional organizations, or, in the absence of such agreement, provided that the peacekeeping operations were undertaken with the consent of the Government of Sierra Leone, shall be within the primary jurisdiction of the sending State”. Contudo, “In the event the sending State is unwilling or unable genuinely to carry out an investigation or prosecution, the Court may, if authorized by the Security Council on the proposal of any State, exercise jurisdiction over such person.”

<sup>51</sup> Importante referir que, quanto à maioria penal, o Estatuto estabelece a idade de 15 anos, estando sujeito o acusado a um regime de atenção especial até completar 18 anos (art.7º)



possui também a competência de processar e julgar crimes previstos pela lei penal nacional de Serra Leoa (art. 5º).<sup>52</sup>

Resguardando os direitos dos acusados, o Estatuto elaborou um rol de direitos disposto no art. 17, a saber: presunção de inocência, igualdade de tratamento, garantia de acesso à informação, celeridade no processo, proteção de testemunhas, assistência jurídica, dentre outras. O julgamento observou o princípio majoritário, com exposição dos votos dissidentes (art. 18). Ainda, estipulou-se o direito à apelação por erro processual, de direito ou de fato que invalidasse o julgamento (art.20), sendo também prevista a possibilidade de revisão e comutação da pena (art. 21 e 23).

A partir de março de 2003, o Procurador do Tribunal apresentou as denúncias criminais em face dos líderes da Frente Revolucionária Unida (RUF), do Conselho Revolucionário das Forças Armadas e das Forças de Defesa Civil e, após, contra o ex- presidente da Libéria, Charles Taylor, totalizando ao todo 13 denúncias. Dez pessoas foram levadas a julgamento<sup>53</sup>,

<sup>52</sup> As disposições específicas e extensivas sobre os crimes tipificados constam no Estatuto do TESL que pode ser acessado em: <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnD1M-JeEw%3d&tabid=176>.

<sup>53</sup> Os casos julgados pelo TESL foram: 1. Prosecutor vs. Norman, Fofana and Kondewa: ação iniciada em 07/03/2003, contra os três líderes das Forças de Defesa Civil (vindo o primeiro a falecer antes do julgamento). Em 09/10/2007 é proferida sentença condenatória e em 28/05/2008, prolatado o acórdão da apelação (com reformas parciais), definido as penas de quinze anos para Fofana e vinte anos para Kondewa; 2. Prosecutor vs. Sankoh, Bockarie, Sesay, Kallon and Gbao: ação iniciada em 07/03/2003, contra cinco líderes da RUF (vindo os dois primeiros a falecer no curso do processo). Em 05/02/2009 é proferida sentença condenatória e em 26/10/2009, prolatado o acórdão na apelação (resultando em penas de cinquenta e dois anos para Sesay; quarenta anos para Kallon e vinte a cinco anos para Gbao); 3. Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kanu: ação iniciada em 07/03/2003. Em 19/07/2007 é proferida sentença condenatória, mantida integralmente em 22/02/2008 (com aplicação de penas de cinquenta anos para Brima e cinquenta anos para Kanu). Ainda outros procedimentos foram instaurados perante a Corte Especial para Serra Leoa, visando apurar notícias de crimes contra a administração da justiça, nos seguintes casos: 1. Yada Williams e Ibrahim Yillah: advogados de defesa, foram acusados de infração contra Código de Conduta Profissional, sendo Williams condenado a repreensão pública e multa de um milhão de leones; 2. Brima Samura: réu em um dos processos principais, foi absolvido em apuração de notícia de ameaça trazida por testemunha de acusação; 3. Margaret Fomba Brima, Nenh Binta Bah Jallow, Ester Kamara e Anifa Kamara: esposas e amiga de acusados em processos principais foram condenadas a um ano em liberdade vigiada/condicional por ameaçar testemunha; 4. Eric Senessie: condenado por diversos atos de tentativa de suborno de testemunhas (no caso Charles Taylor) ou condução de seus depoimentos. 5. Hassan Papa Bangura, Samuel Kargbo, Santigie Borbor Kanu, Brima Mazzy Kamara: condenados por diversos atos de tentativa de suborno de testemunhas (no caso Charles Taylor) ou condução de seus depoimentos. Para detalhes maiores sobre todos os casos, consultar: <http://www.sc-sl.org/CASES/tabid/71/Default.aspx>. Acesso em 11/01/2021.

sendo que duas outras morreram. Um terceiro, (Presidente da AFRC Johnny Paul Koroma), está foragindo e consta dos registros do Mecanismo Residual (ver abaixo) do Tribunal que não há confirmação de sua provável morte. Finalmente, um indivíduo (Samuel Hinga Norman) morreu no decorrer de seu julgamento. Ao todo, nove pessoas foram condenadas, com sentenças de prisão entre 15 a 52 anos<sup>54</sup>. O Tribunal Especial também julgou crimes contra a administração da justiça<sup>55</sup>. As sentenças dos réus condenados em Freetown foram aplicadas na prisão de Mpanga, em Ruanda.

Na impossibilidade de se analisar, neste artigo, todos os julgamentos, abordaremos, pela gravidade dos crimes imputados, pelo posto público ocupado (Chefe de Estado) e pela consequente severidade da pena, o julgamento de Charles Taylor.

## 5. O JULGAMENTO DE CHARLES TAYLOR

Charles Gankhai Taylor<sup>56</sup> nasceu na Libéria, onde se converteu em um dos principais líderes na guerra civil que assolou o país de 1989 a 1996, à frente da Frente Nacional Patriótica da Libéria (FNPL). Em 1997, após os acordos de paz, Taylor foi eleito presidente da Libéria em eleições consideradas livres e justas pelos observadores internacionais que acompanhavam o

<sup>54</sup> Ver em <http://www.rscsl.org/>, acesso 11/01/2021.

<sup>55</sup> Ainda outros procedimentos foram instaurados perante a Corte Especial para Serra Leoa, visando apurar notícias de crimes contra a administração da justiça, nos seguintes casos: 1. Yada Williams e Ibrahim Yillah: advogados de defesa, foram acusados de infração contra Código de Conduta Profissional, sendo Williams condenado a repreensão pública e multa de um milhão de leões; 2. Brima Samura: réu em um dos processos principais, foi absolvido em apuração de notícia de ameaça trazida por testemunha de acusação; 3. Margaret Fomba Brima, Nenh Binta Bah Jallow, Ester Kamara e Anifa Kamara: esposas e amiga de acusados em processos principais foram condenadas a uma ano em liberdade vigiada/condicional por ameaçar testemunha; 4. Eric Senessie: condenado por diversos atos de tentativa de suborno de testemunhas (no caso Charles Taylor) ou condução de seus depoimentos. 5. Hassan Papa Bangura, Samuel Kargbo, Santigie Borbor Kanu, Brima Mazzy Kamara: condenados por diversos atos de tentativa de suborno de testemunhas (no caso Charles Taylor) ou condução de seus depoimentos. Ver mais em <http://www.rscsl.org/documents.html>, acesso 17/11/2020

<sup>56</sup> A atuação política de Taylor iniciou-se antes disso, nos Estados Unidos, onde estudou em 1972 e lá participou da fundação da União das Associações de Liberianos nas Américas (ULAA) que tinha o objetivo de lutar por mudanças e pela democracia na Libéria. Taylor se torna presidente da ULAA em 1979. Durante uma visita de Taylor à Libéria ocorre o golpe de Estado que coloca Samuel Doe no poder. No governo de Doe, Taylor exerce cargos de diretor de serviços gerais de administração e vice-ministro do comércio. Acusado de corrupção, Taylor foge para os Estados Unidos em 1983, mas é preso em 1984 pelas autoridades americanas. Em 1985, ele fugiu da cadeia e retornou à África Ocidental.

pleito, estendendo-se no poder até o seu indiciamento pelo TESL em 2003, quando fugiu para o exílio na Nigéria.

Quanto às acusações que recaem sobre Taylor, elas são provenientes de sua atuação como “patrocinador” da guerra civil em Serra Leoa. A Procuradoria do TESL indiciou Charles Taylor em onze acusações, dentre elas crimes contra a humanidade e crimes de guerra perpetrados durante o conflito no qual, segundo a acusação, o réu teve participação decisiva.

Em dezembro de 2003, a Interpol emitiu uma ordem de captura (“*red notice*”) para Charles Taylor. No ano seguinte, a Câmara de Apelação do Tribunal rejeitou uma moção em nome de Taylor, que questionava seu indiciamento, alegando imunidade (quanto à prerrogativa de função – Chefe de Estado e soberania da Libéria) e extraterritorialidade de jurisdição do tribunal híbrido. Após tentativa de fuga, o acusado é preso em março de 2006 pelas autoridades nigerianas<sup>57</sup> e encaminhado sob a custódia do TESL de volta a Serra Leoa. Em abril de 2006, Charles Taylor se defendeu no TESL, declarando-se inocente de todas as acusações.

Contudo, devido à falta de segurança para a realização de seu julgamento em Serra Leoa (Freetown) em razão da instabilidade na vizinha Libéria, o presidente daquele país endossou a proposta de transferência do julgamento para Haia. O governo holandês dispôs-se a receber o acusado somente mediante uma Resolução do CSNU, a qual foi proferida em 2006<sup>58</sup>, possibilitando que Taylor fosse julgado fazendo uso das instalações do Tribunal Penal Internacional.

Dessa forma, o julgamento de Taylor teve início somente em junho de 2007, em Haia, com a abertura feita pela acusação. O acusado, por sua vez, tentou boicotar o julgamento dispensando a assistência jurídica oferecida e o julgamento ficou em suspenso até que novo advogado fosse nomeado. Entre 2008 e 2009, noventa e quatro testemunhas de acusação foram ouvidas e provas foram produzidas responsabilizando Taylor pelos crimes tipificados pelo estatuto do tribunal.

Entre 2009 e 2010 coube à defesa apresentar provas e testemunhas. Dentre inúmeras alegações como a eventual “compra” de testemunhas pela acusação e de que as provas eram meramente circunstanciais e que foram

<sup>57</sup> Houve pressão da sociedade civil nigeriana contra o asilo concedido a Taylor pelo país. David Anyaele e Emmanuel Egbuna, empresários nigerianos, cujos membros foram amputados supostamente por forças de Taylor na Libéria, mobilizaram a opinião pública para fazer com que ele fosse extraditado para o Tribunal Especial para a Serra Leoa para ser julgado. O novo presidente da Libéria e ex-funcionário do Banco Mundial Ellen Johnson-Sirleaf exigiu que Taylor fosse devolvido para a Libéria e sua solicitação foi acatada pelo presidente nigeriano Olusegun Obasanjo Olusdegun em março de 2006.

<sup>58</sup> Vide Resolução do CSNU nº1688 aprovada por unanimidade em 16 de junho de 2006.

extemporâneas e produzidas fora do limite geográfico, a defesa também alegou que o julgamento era “seletivo” e eivado de interesses políticos<sup>59</sup>.

As alegações finais foram feitas em 2011 e somente em 2012 a sentença de foi proferida, condenando Taylor a 50 anos de prisão. Tanto a defesa quanto a acusação apelaram da decisão. A fase mais recente do julgamento ocorreu em janeiro de 2013 com as argumentações do procurador quanto à apelação do resultado da sentença. Em setembro de 2013, a Câmara confirmou a condenação e a sentença de 50 anos de prisão<sup>60</sup>. O cumprimento da pena é feito no Reino Unido<sup>61</sup>.

Algumas questões importantes devem ser observadas no julgamento de Charles Taylor.

Em primeiro lugar, as imputações feitas pela acusação foram “representativas” e não exaustivas, sendo utilizada a técnica do *notice pleading*<sup>62</sup> (um sumário objetivo das acusações feitas com descrições genéricas dos crimes, como local e data em que ocorreram). Segundo o relatório feito pela Human Rights Watch<sup>63</sup>:

Human Rights Watch believes that having charges that are representative, but not exhaustive, of the most serious crimes committed should be a fundamental objective of a prosecutor in trials of the highest-level leaders. This reflects the balancing of two central goals: first, providing a thorough account of an individual’s alleged role in the crimes; and second, encouraging a trial that can be concluded in a reasonable time period, especially taking into account the reality of limited resources. At the same time, indictments should be specific enough to provide sufficient notice of the nature and cause of the charges to protect the accused’s fundamental rights.

<sup>59</sup> Vide “*The Special Court for Sierra Leone – Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor*”; *Defense final Trial Brief*, p. 10 e p.16.

<sup>60</sup> Para informações, curiosidades e fatos do julgamento ver: <http://www.charlestaylortrial.org/trial-background/>. Acesso 17/11/2020. Sobre o julgamento da apelação, ver <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1107>, acesso 17/11/2020. O inteiro teor da apelação consta de (<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>), acesso em 17/11/2020.

<sup>61</sup> Conferir em <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1391/SCSL-03-01-ES-1391.PDF>, acesso em 17/11/2020.

<sup>62</sup> Comparativamente, o julgamento de Slobodan Milosevic pelo Tribunal para a antiga Iugoslávia teve 66 acusações eivadas de detalhes o que levou a quatro anos de julgamento, sendo que o réu veio a falecer no transcurso deste. O indiciamento de Taylor contou com apenas 11 acusações dispostas em um breve sumário de acordo com as regras estabelecidas pelo Estatuto do TESL. Essa foi a primeira vez que tal técnica fora utilizada em um tribunal internacional ou híbrido.

<sup>63</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. “Even a “Big Man” Must Face Justice: Lessons from the Trial of Charles Taylor”. p.23. Disponível em <http://www.hrw.org/reports/2012/07/26/even-big-man-must-face-justice>, Acesso em 11/01/2021.

A defesa e alguns observadores, contudo, questionaram esse procedimento por considerá-lo capaz de cercear o direito do acusado de ter amplo conhecimento sobre os crimes que lhe são imputados, ou seja, a falta de especificidade do seu indiciamento poderia limitar a ampla defesa do réu.<sup>64</sup> A tendência jurisprudencial desses Tribunais tem se desenvolvido na direção de fornecer um indiciamento mais detalhado para que não haja um comprometimento da ampla defesa do acusado.

Nesse sentido, alega-se que um indiciamento baseado em imputações representativas, ou seja, atribuindo ao réu apenas os crimes mais importantes, pode tornar o julgamento mais célere e evitar um detalhamento excessivo, o que desgastaria a demanda ao ponto de sua ineficiência. Por outro lado, há o direito do réu em conhecer todas as especificidades das alegações contra ele dirigidas para melhor amparar sua defesa. Diante desses argumentos opostos, observa-se a dificuldade em estabelecer um equilíbrio adequado entre esses dois procedimentos, uma vez que ambos podem, potencialmente, subtrair direitos.

Outra importante questão é a alegação de “seletividade” feita pela defesa, que argumentava haver motivos políticos para a “escolha” em julgar Taylor e preterir outros indivíduos que haviam praticado atos semelhantes, fato considerado discriminatório e, portanto, ilegal. Contudo, sobre essa questão, a Corte abrigou-se no disposto pelo art. 15 do Estatuto do TESL, que confere à procuradoria o papel de investigar e levar a julgamento os indivíduos cujos indícios apontem para a autoria dos crimes tipificados pelo Estatuto. Sendo assim, o órgão de acusação, segundo os juízes, agiu com a discricionariedade conferida por suas atribuições convencionais. Teria ocorrido, então, uma opção *jurídica* (consequentemente, fundamentada) e não uma seletividade *arbitrária* ou *discriminatória*.

A repercussão do julgamento de Charles Taylor sobre a comunidade internacional foi considerável<sup>65</sup> e seu impacto nos países envolvidos (Libéria e Serra Leoa) também. O julgamento de Taylor é apenas um passo na busca de justiça para as vítimas de crimes cometidos na guerra civil de Serra Leoa. Porém, mesmo reconhecendo suas limitações, o TESL contribuiu para a percepção de justiça e da importância da proteção aos Direitos Humanos<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Segundo o relatório da HRW. Op. Cit. p.23: “The sufficiency of Taylor’s indictment was affirmed by a designated judge as required by the Special Court Rules, and by the Trial and Appeals Chambers in more limited decisions on aspects of the pleadings”.

<sup>65</sup> Como exemplo vide o site criado pela *Open Society Foundation* alimentado com informações sobre o julgamento: <http://www.charlestaylortrial.org>. E o trabalho de Organizações Não-governamentais como a *Human Rights Watch* e a *Global Witness*. Acesso em 11/01/2021.

<sup>66</sup> Interessante referência sobre esse aspecto é o relatório produzido pela ONG *Search for Common Ground*: “*Public Polling in Liberia on Perceptions of Charles Taylor Trial in the Hague.*” Disponível em: [www.sfcg.org](http://www.sfcg.org). Acesso em 11/01/2021.

Assim, é esse papel das cortes internacionais, como instrumento de consolidação da proteção internacional dos Direitos Humanos, que se pretende discutir a seguir.

## 6. O FIM DO TESL E O SEU PIONEIRISMO

O Tribunal Especial para Serra Leoa foi criado em 2002 e foi extinto em 2013, com a criação do Tribunal Especial Residual – TER (*Residual Special Court*). Tal qual o mecanismo residual dos Tribunais internacionais penais *ad hoc* (ver acima), o TER tem como missão supervisionar a execução das obrigações assumidas pelo Tribunal Especial para Serra Leoa após o término de suas atividades em 2013, tais como proteção de testemunhas, supervisão das sentenças de prisão e gestão dos arquivos. O TER foi criado a partir de acordo celebrado entre a ONU e Serra Leoa em 11 de agosto de 2010, tendo como sede Freetown, para proteção e apoio a testemunhas e vítimas<sup>67</sup>.

Nesses 11 anos de existência, o TESL destacou-se pelos seguintes avanços. Foi o primeiro tribunal internacional penal a reconhecer a ineficácia das leis de anistia nacional diante de crimes de *jus cogens*, tais como crimes de guerra e crimes contra a humanidade, confirmando a jurisprudência de tribunais internacionais de direitos humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também foi pioneiro entre os tribunais internacionais penais no reconhecimento da ausência de imunidade de Chefe de Estado pela prática de tais crimes. Além disso, o Tribunal Especial gerou o primeiro precedente sobre o crime de guerra consistente no aliciamento de crianças menores de 15 anos de idade. Também foi pioneiro no reconhecimento da prática do “casamento forçado” como um crime contra a humanidade<sup>68</sup> e, também, o primeiro Tribunal a ter precedente sobre escravidão sexual como crime contra a humanidade.

## 7. AS OBJEÇÕES À JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL

Após as breves considerações sobre a evolução do Direito Internacional Penal e sua faceta processual direta (a justiça penal internacional), bem

<sup>67</sup> Conferir em <http://www.rscsl.org/>, acesso 17/11/2020.

<sup>68</sup> Milhares de mulheres foram abduzidas e forçadas a “casar” com seus algozes. Ver mais em SCHARF, Michael P. e MATTTLER, Suzanne. Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/228164494\\_Forced\\_Marriage\\_Exploring\\_the\\_Viability\\_of\\_the\\_Special\\_Court\\_for\\_Sierra\\_Leone’s\\_New\\_Crime\\_Against\\_Humanity](https://www.researchgate.net/publication/228164494_Forced_Marriage_Exploring_the_Viability_of_the_Special_Court_for_Sierra_Leone’s_New_Crime_Against_Humanity), acesso em 11/01/2021.

como das características e funcionamento dos tribunais híbridos nesse contexto, deve-se observar, mediante um olhar crítico, quais as principais objeções feitas ao Direito Internacional Penal e suas implicações.

A criação desses tribunais, em especial os híbridos, foi uma tentativa de mitigar algumas das importantes críticas dispensadas aos Tribunais Penais Internacionais ad hoc criados pela ONU, em especial, sua falta de legitimidade. Esses Tribunais, são considerados, justamente, organismos alienados das necessidades e realidades locais, uma imposição de ingerência externa questionável do ponto de vista da justiça de transição. Além disso, a criação desses tribunais, indubitavelmente, reflete os interesses dos membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de forma politicamente seletiva.

Diante dessa situação, cabe sumarizar algumas questões importantes: a justiça internacional penal tem um papel na transição para a democracia ou representa mais uma forma de ingerência externa? O julgamento de líderes derrotados afronta a igualdade e o devido processo legal, ou seja, seria o julgamento do vencido pelo vencedor? Observando-se os casos que são efetivamente levados a julgamento e a clara seletividade na escolha desses casos (provenientes da óbvia assimetria política), ainda assim podem esses tribunais contribuir para a consolidação da proteção internacional dos Direitos Humanos?

Parte das críticas acima mencionadas relaciona-se à recorrente discussão acerca do significado do princípio da universalidade, no que se refere à proteção internacional dos direitos humanos. É importante observar que, mesma premissa universalista aplicada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos reverbera sobre os instrumentos penais destinados a reprimir as graves violações desses direitos., pois esses dois ramos do Direito Internacional, compartilham a mesma essência principiológica, que é a proteção e afirmação de valores comuns à comunidade internacional. Pode-se considerar que o Direito Internacional Penal é um instrumento sancionador de condutas que atingem diretamente esses valores e, ao responsabilizar aqueles que violam tais direitos, contribui para coibir sua violação.

Para aqueles que relativizam o conceito de universalidade, o Direito Penal é fruto do controle social estabelecido por uma sociedade sobre seus próprios integrantes, por esse motivo sua elaboração pode ser tão diversa, quão diversas podem ser as sociedades das quais ele se origina. Essa é razão pela qual aqueles que advogam a partir dessa abordagem, consideram impossível estabelecer um direito penal universal sem suprimir (no todo ou em parte) as expressões e necessidades regionais, o que pode gerar o ônus da inadequação e ineficácia para qualquer tentativa de “importar” instituições jurídicas. A distância (tanto física e cultural) desses tribunais em relação

às comunidades onde os crimes foram praticados, as divergências quanto às expectativas das comunidades e grupos sociais atingidos e os resultados alcançados pela comunidade internacional, a falta de conhecimento sobre os processos, são algumas das críticas apontadas por analistas em relação aos tribunais internacionais penais, que colocariam em xeque sua legitimidade.<sup>69</sup>

Essa discrepância entre os valores universais e as expectativas locais é, segundo os críticos do universalismo, um claro exemplo de ingerência externa sobre as comunidades nacionais. Uma “ingerência” perfeitamente direcionada para regiões estrategicamente interessantes para as potências dominantes, as mesmas que, por vezes, incentivam, auxiliam, ou determinam a criação desses tribunais.

Nesse sentido, depreende-se o caráter político, geralmente implícito, desses tribunais ao escolher casos específicos para levar a julgamento, com o intuito de que a persecução criminal de determinados indivíduos (escolhidos) seja a punição exemplar às violações cometidas.

A indagação que imediatamente se apresenta é: punir apenas “alguns” criminosos e seus atos e não punir a todos os que cometeram as mesmas violações seria uma resposta adequada às vítimas? Essa satisfação “simbólica” é suficiente para a consolidação da justiça internacional penal? Ao preterir demais crimes cometidos e não levar seus perpetradores a julgamento, por razões de seletividade, não expressaria uma mensagem ambígua sobre o papel da justiça internacional penal na proteção dos Direitos Humanos? Para Koskeniemi<sup>70</sup>,

The universalization of the Rule of Law calls for the realization of criminal responsibility in the international as in the domestic sphere. (...) But no uniform jurisprudence has emerged on the use of criminal trials of former political leaders in transition situations. Perhaps the main generalization that can be made is that such trials have been few, they have been targeted very selectively, the convictions have been moderated and amnesties have been widely used. The legal principles have been widely contested, the main controversy focusing on to what extent such trials are only political instruments to target former adversaries on the basis of laws that were not in force at the time they were acting.

A excepcionalidade desses julgamentos, representada pela inobservância de princípios penais (do juiz natural e tribunal *ex post facto*), é outra crítica recorrente daqueles que denunciam que, a ânsia pela esperada punição

<sup>69</sup> Entre os críticos do Direito Internacional Penal, destacamos ZOLO, Danilo. *La giustizia dei Vincitori – Da Norimberga a Baghdad*. Roma/Bari: Laterza, 2006.

<sup>70</sup> KOSKENIEMI, Martti. “Between impunity and show trials”, In *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 6, 2002, pp.01-35, em especial pp. 3 e 10).



como simbólica satisfação, macula os procedimentos, eivando-os de parcialidade. O risco de transformar a busca por justiça e verdade nos chamados “*show trials*”<sup>71</sup> é um problema que a comunidade internacional terá que resolver aprimorando os instrumentos penais existentes.

A luta pelos direitos do acusado é a preservação do sistema como um todo e que diferencia a justiça advinda do combate à impunidade daqueles que cometeram graves violações de direitos humanos, da mera vingança institucional, na utilização dos instrumentos da justiça penal como parte do sistema de proteção internacional dos direitos humanos. Contrapor todas essas críticas é a tarefa daqueles que percebem a justiça penal como um instrumento de proteção dos direitos humanos. Os argumentos a favor dessa concepção, veremos a seguir.

## 8. A JUSTIÇA PENAL COMO INSTRUMENTO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são essencialmente universais, uma vez que seus titulares são os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem (religião, gênero, convicção política, raça, nacionalidade, entre outros). Para seu exercício, basta a condição humana. Pode-se dizer que essa concepção de universalidade foi resgatada com a *internacionalização* dos direitos fundamentais, com as sucessivas convenções e declarações internacionais de proteção aos direitos humanos, a positivação e a universalização desses direitos são obtidas simultaneamente para toda a humanidade<sup>72</sup>.

Além disso, o século XXI conta com um instrumento eficaz para a superação da antiga dicotomia universalismo-relativismo: os *processos internacionais de direitos humanos*<sup>73</sup> perante os tribunais internacionais. A atividade das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos permite avaliar as objeções locais à implementação universal de direitos humanos pela própria lógica dos

<sup>71</sup> Nas palavras de Koskeniemi, “*All this follows as a matter of course in criminal trial that looks for punishment. Anything more – “truth”, “lesson”, “catharsis”, “reconciliation” – depends on how the tribunal will be able to deal with constitutive paradox at the heart of his job. This is the paradox: to convey an unambiguous historical “truth” to its audience, the trial will have to silence the accused. But in such case, it ends up in a show trial. In order for the trial to be legitimate, the accused must be entitled to speak. But in that case, he will be able to challenge the version of truth represented by the prosecutor and relativise the guilt that is thrust upon him by the powers of whose strength the Tribunal stands.*” Op.cit.,p.35.

<sup>72</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>73</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

direitos, graças ao reconhecimento de diversos direitos em conflito. Assim, aquilo que era visto como um conflito entre uma *opção cultural local* e um direito previsto em um tratado de direitos humanos passa a ser entendido como um conflito de direitos, entre o *direito cultural* e outro *direito essencial em tela*. Migra-se para o *campo jurídico dos direitos humanos* a busca de uma solução para o conflito entre determinado direito reconhecido universalmente e uma determinada opção local. Esse conflito entre direitos será solucionado pelos tribunais internacionais por meio da ponderação e argumentação jurídica.

Reconhecida a universalidade dos direitos humanos, resta protegê-los, caso o Estado falhe. Sem a proteção *internacional* dos direitos humanos, teríamos uma pseudo- internacionalização da temática, pois os indivíduos ainda dependeriam da ação dos poderes locais. Cabe lembrar que essa proteção dos direitos humanos possui uma dimensão subjetiva (baseada no reconhecimento desses direitos ao sujeito) e uma objetiva (que implica no dever de proteção do Estado)<sup>74</sup>. Com a internacionalização dos direitos humanos, há também o dever *internacional* de proteção desses direitos.

Nesse sentido, a percepção da justiça penal como um instrumento dessa proteção implica na comunhão dessas duas dimensões: o reconhecimento do *direito das vítimas* a uma reparação pelas violações sofridas e a responsabilização do agente responsável por estas. Os *direitos à verdade e à justiça* das vítimas, então, fundam o dever dos Estados – dimensão objetiva dos direitos humanos – de investigar, processar e punir penalmente os violadores de direitos humanos.

Assim, um dos alicerces do sistema penal internacional está no poder vinculativo das normas de Direitos Humanos, que estabelece o *dever* dos Estados em punir aqueles que violem essas normas. Como observam Jean-Paul Bezaire e Thierry Cretin<sup>75</sup>:

A justiça penal internacional responde tanto a uma necessidade quanto a uma utopia, (...). Na qualidade de instrumentos jurídicos firmemente mantidos à distância do ódio e da vingança, as regras de direito adotadas pela comunidade universal terão deixado de ser apenas uma referência moral. Transformadas em verdadeiro direito penal internacional, sua aplicação poderá prestar contas em todos os momentos das desordens humanitárias através de decisões que comportam para os criminosos uma força executória; para as vítimas, o valor tranquilizador da autoridade da coisa julgada e para os povos do mundo, a catarse da justiça.

<sup>74</sup> Sobre a dimensão objetiva dos direitos humanos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>75</sup> BEZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional. Sua evolução, seu futuro*. De Nuremberg a Haia. Trad. Luciana Pinto Venâncio. São Paulo: Manole, 2004, p. 113.

Por sua vez, a existência desse dever de proteção internacional é essencial para a consolidação da proteção internacional dos Direitos Humanos. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), marco normativo fundamental para o reconhecimento do indivíduo como sujeito dotado de personalidade jurídica internacional (portanto dotado de direitos e de deveres) estabelece em seu art. VIII: “*toda pessoa vítima de violação à sua esfera de direitos, juridicamente protegida, tem direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais para a obtenção de reparação.*”<sup>76</sup>

Observa-se que a criminalização dessas violações está disposta, tanto de forma explícita<sup>77</sup> quanto implícita<sup>78</sup>, no conjunto normativo que compõe o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, pode-se dizer, sem sombra de dúvida, que seus reflexos jurídicos e políticos estão diretamente relacionados à afirmação desses direitos, expressos nos mecanismos criados para coibi-las. Obliterar essa relação direta pode significar perda de uma conexão fundamental para a construção do sistema de proteção aos direitos humanos<sup>79</sup>.

É justamente nessa relação que reside a legitimidade das Cortes Penais internacionais, ou seja, a promoção dos direitos humanos também implica combater a impunidade daqueles que cometeram graves violações contra estes direitos (geralmente denominados “*core crimes*”<sup>80</sup> etimologicamente referindo-se à sua importância e gravidade). Para Roach<sup>81</sup>:

<sup>76</sup> Previsão semelhante também é encontrada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.2º, §3º) e na Convenção Internacional contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis e degradantes (art. 14, §1º).

<sup>77</sup> Estes estão previstos em Tratados internacionais que pertencem ao direito penal internacional ou ao direito humanitário, mas contêm em si, previsões inequívocas de proteção aos direitos humanos por eles tutelados. Como exemplo: Convenção para a prevenção do crime de genocídio (1948); Convenção contra a tortura e outros tratamentos e penas cruéis de degradantes (1984); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965), para citar algumas. Ver em CARVALHO RAMOS, André de. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos. RBCCRIM, nº62, 2006, pp. 28-35.

<sup>78</sup> Os mandados de criminalização implícitos consistem no dever de punir violações de direitos previstos em tratados de direitos humanos. CARVALHO RAMOS, André de. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos. RBCCRIM, nº62, 2006, pp. 36-44.

<sup>79</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos. RBCCRIM, nº62, 2006, p.26.

<sup>80</sup> Os chamados “*core crimes*” foram decodificados pelo Estatuto de Roma (1998) nos artigos 6 a 8.(crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade e agressão).Ver em AMBOS, Kai. *Selected Issues Regarding the ‘core crimes’ in international criminal law.* In *International Criminal Law: quo vadis?* Association Internationale de Droit Penal. Nº19, 2004.

<sup>81</sup> ROACH, Steven (ed.). *Governance, Order and the International Criminal Court: between real-politik and a cosmopolitan court.* Oxford University Press: Oxford, 2009, pp 229, 230.

Legitimacy in international relations refers to an institution's moral and political standing. Legal institutions enjoy a high degree of legitimacy because of the strong perception of their impartiality and fairness, or because most people tend to consider their judgment to be free of outside political influences. In some cases, it might be argued that political beliefs tacitly shape the way judges view the world, and that these influences reveal an important, inextricable link between moral reasoning and politics (political values). Many may consider this link a fact of life in international affairs. After all, legal judgments are intended to be binding to both parties to an international dispute(...). This idea might explain why state leaders voluntarily comply with international rules in the absence of an official sovereign to enforce these rules. (...) We must therefore confront an important, foundational reality: that severe abuses violate the core of our moral conscience. Failure to redress this violation can, over time, become the source of long-held grievances and resentment. This is one reason the culture of impunity continues to exist in many war-torn societies.

O combate à impunidade é fruto, então, da dimensão objetiva dos direitos humanos e é essencial para a reconstrução (ou construção) dos Direitos Humanos de sociedades afetadas por graves crises de violência e ódio.

A ausência de instituições estáveis e transparentes e de estabilidade política é característica de períodos de conflito e pós-conflito, nos quais a ausência do *rule of law*<sup>82</sup> pode resultar na perpetuação das violações ou na sua repetição em futuro próximo. É nesse momento, que a atuação da comunidade internacional se faz necessária para garantir o restabelecimento da paz e da verdade e justiça às vítimas, condições essenciais para a proteção aos direitos humanos.

## CONCLUSÃO

Após analisarmos a evolução da justiça penal internacional, sua expressão específica no caso dos Tribunais Híbridos (em especial o de Serra Leoa) e sua relação com a proteção internacional dos direitos humanos, cabe tecer algumas considerações, a título de conclusão.

As principais vantagens dos tribunais híbridos, já citadas anteriormente, são uma maior adequação à realidade específica de cada conflito e a proximidade com a população local ao incorporar elementos nacionais em sua constituição. Essas características revestiriam de maior legitimidade esses tribunais,

<sup>82</sup> Vide Relatório do *Office of High Commissioner for Human Rights* de 2011: “*Impunity and Rule of Law*”. Disponível em: [http://www2.ohchr.org/english/ohchrreport2011/web\\_version/ohchr\\_report2011\\_web/allegati/10\\_Impunity.pdf](http://www2.ohchr.org/english/ohchrreport2011/web_version/ohchr_report2011_web/allegati/10_Impunity.pdf). Acesso em 11/01/2021.

favorecendo a aceitação interna (nas comunidades nacionais) e, portanto, contribuindo para efeitos significativos de longo prazo (reconstrução das instituições, percepção de justiça, prevenção de novas violações, etc.).

É necessário, contudo, refletir sobre qual o papel dos Tribunais Especiais após a criação do TPI. Os crimes julgados pelos Tribunais Especiais estudados foram cometidos antes da entrada em vigor da Corte Penal Internacional, portanto escapam à sua competência temporal. Mas, qual será o papel desses tribunais híbridos, agora que a comunidade internacional conta com uma corte penal permanente?

Apesar das vantagens antes apontadas, deve haver uma consolidação da jurisdição internacional do TPI, que merece ser privilegiada em relação às soluções paliativas como os tribunais *ad hoc* e os tribunais híbridos. É, justamente, a “especialidade” dos Tribunais Especiais, que pode, em um nível mais amplo, fragmentar a justiça penal internacional e submetê-la a critérios (não muito claros) de seletividade e assimetria. Da mesma forma, os Tribunais *ad hoc*, sob o mandato do CSNU, também podem esvaziar a consolidação de uma justiça penal internacional permanente, independente e institucionalizada (características pretendidas com o estabelecimento do TPI). Esse esvaziamento do TPI atenderia a interesses de algumas potências no mundo – que, aliás, tem assento permanente no próprio CSNU.

Evidentemente, existem problemas e desafios para que o sistema penal internacional se consolide. Parte desses problemas está relacionada à falta de apoio das principais potências internacionais à consolidação da justiça penal internacional, as quais sempre primam por seus interesses, fazendo uso de soluções que estão, em maior ou menor grau, sob o seu controle, como os julgamentos em tribunais nacionais ou *ad hoc*.

Todavia, a evolução da justiça penal internacional, que tratamos de forma breve anteriormente, demonstra que o sistema tem se tornado mais sofisticado e em harmonia com a evolução em paralelo das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há um percurso permanente de aperfeiçoamento, mas ele revela resultados inegáveis.

Por outro lado, reconhece-se que, tanto a justiça penal internacional como, o sistema de proteção aos direitos humanos são frequentemente utilizados como instrumentos políticos, para legitimar uma agenda internacional estrategicamente direcionada a neutralizar adversários e estabelecer influência sobre determinadas populações e áreas do globo.

Nesse sentido, é preciso resolver o dilema da “seletividade” e dos “julgamentos simbólicos”. Inicialmente, entendemos que é necessário que se especifique de qual seletividade estamos tratando. Se for a “seletividade geográfica”, que diz respeito aos casos atuais da justiça internacional penal em

países não-hegemônicos, entendemos que tal seletividade é fruto da própria natureza complementar do Direito Internacional Penal, que não desobriga os Estados a agir na repressão a graves violações de direitos humanos. Os Estados que não agem serão, obviamente, os mais propensos a ter casos no sistema de justiça penal internacional. Inquestionavelmente, tais Estados encontram-se geralmente assolados pela fragilidade material e institucional interna resultante da desagregação provocada por um histórico nacional repleto de conflitos, opressão e corrupção, que dificultam ações efetivas e independentes de promoção da justiça.

Se a seletividade tratada for a “seletividade na escolha dos réus”, entendemos que é necessário separar a “seletividade jurídica” da “seletividade arbitrária ou discriminatória”. A seletividade jurídica consiste na opção de acusar ou não acusar pautada em critérios jurídicos prévios. É aquela que deve mover a Acusação em qualquer sistema penal – quer de matriz nacional, internacional ou híbrida: só se pode acusar aqueles indivíduos os quais a Acusação entende – fundamentadamente – que cometeram delitos com base nas normas vigentes. Sendo assim, o sistema é naturalmente seletivo.

As críticas dirigidas à Justiça Penal Internacional, em geral, desconsideram que a Acusação não pode ser obrigada a acusar se não estiver plenamente convencida quanto aos indícios de autoria e materialidade. Por outro lado, atacar a Acusação somente pelo fato de sua indicação passar por crivos políticos dos Estados desconsidera o dever de independência funcional desses promotores internacionais, que, tais como os Juízes Internacionais, devem agir de acordo somente com suas convicções jurídicas.

Já a “seletividade arbitrária” é aquela que é realizada sem qualquer critério, por considerações políticas, como ocorre hoje com a intervenção do Conselho de Segurança perante o Tribunal Penal Internacional. Porém, mesmo nesses casos, pode o Procurador – de acordo com suas convicções jurídicas – entender que não houve a prática de crimes, ou ainda, que não há a culpabilidade de determinado agente.

Por fim, o fortalecimento da justiça penal internacional, fundamental para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, depende de três fatores essenciais: do aprimoramento dos seus instrumentos (tanto em relação ao respeito aos princípios penais, quanto à sua institucionalização); de coordenação política (resultante do reconhecimento da importância de se ter um sistema penal internacional efetivo, pois não existe paz sem ordem); e da legitimidade de suas ações (amparadas pelo consenso da comunidade internacional em torno de valores essenciais). A despeito de serem grandes desafios e de haver um longo e difícil percurso à sua realização, o estímulo está em observar o caminho percorrido até aqui e as conquistas já alcançadas.

## REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (ed.). *Building a Future on Peace and Justice: studies on transitional justice, peace and development: the Nuremberg declaration on peace and justice*. Springer-Verlag: Berlim/Heidelberg, 2009.
- AMBOS, Kai. Selected Issues Regarding the 'core crimes' in international criminal law. In *International Criminal Law: Quo Vadis?*, Vol. 19, pp. 219-282, AIDP, ed., Toulouse, Nouvelles Etudes Penales, 2004.
- ANISTIA INTERNACIONAL, *Amnesty International's twenty years with Charles Taylor*, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc8622c2.html>. Acesso em 22/02/2013.
- BEZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional. Sua evolução, seu futuro. De Nuremberg a Haia*. Barueri-SP: Manole, 2004.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Processo internacional de direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e Prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 09-55, 2006.
- \_\_\_\_\_. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira, In *Tribunal Penal Internacional* (org. Fauzi Hassan Chouks e Kai Ambos), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 245-289.
- \_\_\_\_\_. O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo - SP, v. 7, p. 106-114, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2006
- CROWFORD, James. The Drafting of the Rome Statute. In SANDS, Phillippe. *From Nuremberg to the Hague*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Even a 'Big Man' Must Face Justice. Lessons from the Trial of Charles Taylor*, disponível em <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/sierraLeone0712ForUpload.pdf>. Acesso em 22/02/2013.
- KOSKENNIEMI, Martti. Between impunity and show trials, In *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 6, 2002, pp. 1-35.
- \_\_\_\_\_. The Politics of International Law. In *European Journal of International Law*. 1990. pp. 4 a 32. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1144.pdf>. Acesso em 21/02/2013.
- LIMA, Renata Mantovani de. *A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento do direito internacional penal*, tese de doutorado em direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, disponível em [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_LimaRM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LimaRM_1.pdf), último acesso em 08/11/2012.
- DEMAS-MARTY, Mireille. "Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?" In CASSESSE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (orgs). *Crimes internacionais e Jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004, pp. 61-92.
- LABUDA, Patryk I., The Special Criminal Court in the Central African Republic: Failure or Vindication of Complementarity? (December 9, 2016). *Journal of International Criminal Justice* (15) 1, p. 175-206, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2883243>. Acesso em 13/01/2021.
- NASSER, Salem Hikmat. International Law and Politics: International Criminal Courts and Judgements: The Case of Special Tribunal for Lebanon, in *Gonzaga Journal of International Law*, v. 15, pp. 146-171, 2012.
- REIGER, Caitlin e WIERDA, Marieke. *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, International Center for Transitional Justice, 2006, Disponível em <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf>

ROACH, Steven (ed.). *Governance, Order and the International Criminal Court: between realpolitik and a cosmopolitan court*. Oxford University Press: Oxford, 2009.

ROMANO, Cesare, NOLLKAEMPER, André e KLEFFNER, Jann (eds.) *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

SCHABAS, William. *The UN International Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge University Press: New York, 2006.

SANDS, Phillippe. (ed.). *From Nuremberg to the Hague: the future of international criminal justice*. Cambridge University Press: New York, 2006.

SIKKINK, Kathryn. A Era da Responsabilização: a era da responsabilização penal individual. In *A Anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça: Comissão de Anistia; Oxford: Universidade de Oxford: Centro de Estudos Latino-americanos, 2011.

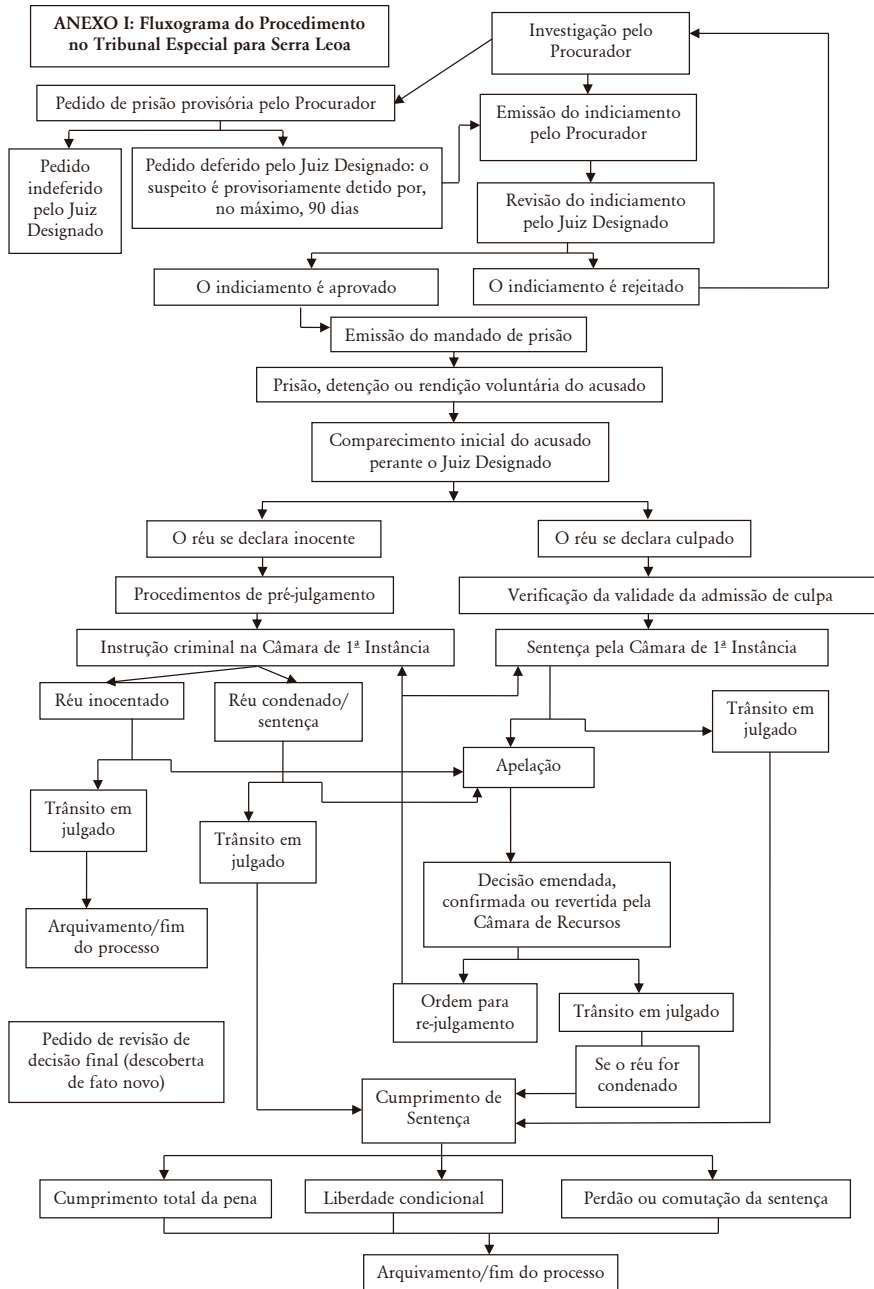
SCHARF, Michael P. e MATTTLER, Suzanne. *Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity*. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/228164494\\_Forced\\_Marriage\\_Exploring\\_the\\_Viability\\_of\\_the\\_Special\\_Court\\_for\\_Sierra\\_Leone's\\_New\\_Crime\\_Against\\_Humanity](https://www.researchgate.net/publication/228164494_Forced_Marriage_Exploring_the_Viability_of_the_Special_Court_for_Sierra_Leone's_New_Crime_Against_Humanity)

STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal Penal Internacional, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº28, Editora RT: São Paulo/SP, outubro - dezembro/1999.

URS, Tara, Vozes do Camboja: formas locais de responsabilização por atrocidades sistemáticas, *Sur, Rev. int. direitos humanos*. no. 7, São Paulo, 2007.

ZOLO, Danilo. *La giustizia dei Vincitori - Da Norimberga a Baghdad*. Roma/Bari: Laterza, 2006.





## ANEXO II: LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL ESPECIAL DE SERRA LEOA<sup>83</sup>

**23 de março de 1991** - Inicia-se a Guerra Civil de Serra Leoa, quando a Frente Unida Revolucionária, com o apoio da Frente Patriótica Nacional, um grupo armado da Libéria liderado por Charles Taylor, invade Serra Leoa a partir do território liberiano, a fim de derrubar o Presidente Joseph Momoh. A Frente Unida Revolucionária era chefiada por Foday Sankoh.

**29 de abril de 1992** - O Presidente Joseph Momoh é deposto por um golpe militar orquestrado pelo Capitão Valentine Strasser, que se torna o novo chefe de Estado em Serra Leoa.

**16 de janeiro de 1996** - Valentine Strasser é deposto por um golpe militar pelo Brigadeiro Julius Maada Bio.

**29 de março de 1996** - Alhaji Ahmad Tejan Kabbah, ex-funcionário da ONU e líder do Partido do Povo de Serra Leoa, torna-se o Presidente serra-leonino depois de ser democraticamente eleito em eleições presidenciais.

**30 de novembro de 1996** - O Presidente Kabbah e Foday Sankoh assinam o Acordo de Paz de Abidjan, que exigia, entre outros, um cessar-fogo e o completo desarmamento e desmobilização da Frente Unida Revolucionária em troca de anistia aos seus membros pelo governo de Serra Leoa.

**Janeiro de 1997** - Em violação ao Acordo de Paz de Abidjan, hostilidades eclodem novamente entre o governo do Presidente Kabbah e a Frente Unida Revolucionária.

**25 de maio de 1997** - Membros do Exército de Serra Leoa derrubam o Presidente Kabbah em um golpe de estado. Uma junta militar assume o controle político em Serra Leoa.

**7 de julho de 1999** - O Acordo de Paz de Lomé é assinado, criando uma estrutura de divisão de poder entre o governo do Presidente Kabbah e a Frente Unida Revolucionária.

**22 de outubro de 1999** - O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 1270, por meio da qual estabeleceu a Missão das Nações Unidas em Serra Leoa (*United Nations Mission in Sierra Leone - UNAMSIL*), a fim de supervisionar a implementação do Acordo de Paz de Lomé.

---

<sup>83</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.

**Maio de 2000** – Centenas de soldados da UNAMSIL são sequestrados e apreendidos por membros da Frente Unida Revolucionária que se recusaram a cumprir o Acordo de Paz de Lomé.

**12 de junho de 2000** – O Presidente Kabbah envia uma carta ao Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, solicitando a assistência da Organização para estabelecer um tribunal especial encarregado de julgar os membros da Frente Unida Revolucionária e seus cúmplices responsáveis “por crimes contra o povo de Serra Leoa e pela tomada de forças de paz das Nações Unidas como reféns”. A carta continha um anexo descrevendo a estrutura do tribunal, conforme sugerido pelo governo serra-leonino.

**31 de julho de 2000** – O Secretário-Geral da ONU publica o quinto relatório relativo à UNAMSIL, no qual atesta que, em resposta à carta do Presidente Kabbah de 12 de junho de 2000, um oficial sênior do Escritório de Assuntos Jurídicos do Secretariado da ONU realizou um inquérito em Freetown, a fim de examinar a possibilidade de criação de um tribunal especial. Concluiu-se que a melhor alternativa seria estabelecer um tribunal nacional com forte componente internacional em todos os seus órgãos (juízes, promotores, advogados e técnicos administrativos) e constituído com assistência internacional na forma de financiamento, equipamentos e expertise jurídica.

**14 de agosto de 2000** – O Conselho de Segurança da ONU adota a Resolução n. 1315, na qual solicitou ao Secretário-Geral que negocie um acordo com o governo de Serra Leoa para a criação de um tribunal especial independente para julgar as pessoas que têm maior responsabilidade pelo cometimento de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e outras violações graves do Direito Internacional Humanitário, bem como crimes sob a legislação relevante de Serra Leoa, cometidos no território desse Estado. A resolução contém outros detalhes sobre a estrutura e funcionamento do futuro tribunal.

**12 a 14 de setembro de 2000** – É realizada a primeira rodada de negociações, na sede da ONU, em Nova York, entre o Secretariado da Organização e o governo de Serra Leoa, representado pelo Procurador-Geral e o Ministro da Justiça serra-leoninos, a fim de criar o tribunal especial. As negociações foram bem-sucedidas.

**18 a 20 de setembro de 2000** – É realizada a segunda e última rodada de negociações, na capital serra-leonina, Freetown, a fim de criar o tribunal especial. A ONU foi representada por Ralph Zacklin, o Secretário-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos. Aspectos finais da criação e operacionalização do tribunal especial foram definidos. As negociações foram bem-sucedidas.

**4 de outubro de 2000** – O Secretário-Geral da ONU publica um relatório descrevendo as negociações com o governo de Serra Leoa; explicando a estrutura e características do tribunal especial, tal como acordado com o governo serra-leonino; e transmitindo ao Conselho de Segurança o texto do “Acordo entre as Nações Unidas e o Governo de Serra Leoa sobre o Estabelecimento de um Tribunal Especial para Serra Leoa”, bem como o estatuto do Tribunal.

**22 de dezembro de 2000** – O Presidente do Conselho de Segurança envia uma carta ao Secretário-Geral reafirmando o apoio do Conselho à criação do Tribunal Especial de Serra Leoa e propondo modificações no Acordo e no Estatuto, tal como sugerido pelos membros do Conselho. As sugestões de mudança focam na jurisdição pessoal do Tribunal, no seu financiamento e na redução do número de juízes.

**12 de janeiro de 2001** – Em resposta à correspondência de 22 de dezembro de 2000, o Secretário-Geral envia uma carta ao Presidente do Conselho de Segurança solicitando esclarecimento sobre algumas das modificações sugeridas e propondo alterações em outras sugestões feitas pelo Conselho.

**31 de janeiro de 2001** – Em resposta à correspondência de 12 de janeiro de 2001, o Presidente do Conselho de Segurança envia uma carta ao Secretário-Geral concordando com as sugestões feitas, exceto uma, sobre a competência pessoal do Tribunal Especial.

**9 de fevereiro de 2001** – O governo de Serra Leoa concorda com as modificações no Acordo e no Estatuto do Tribunal Especial, tal como realizadas na troca de correspondências entre o Presidente do Conselho de Segurança e o Secretário-Geral.

**23 de março de 2001** – O Secretário-Geral da ONU lança um apelo a todos os Estados para que contribuam com fundos, funcionários ou serviços para o Tribunal Especial para Serra Leoa. Conforme acordado entre o Conselho de Segurança e o Secretário-Geral, a criação do Tribunal estava condicionada à existência de fundos suficientes para financiar o seu funcionamento por 12 meses e promessas de fundos equivalentes às despesas antecipadas dos 24 meses seguintes.

**13 de julho de 2001** – O Secretário-Geral da ONU envia uma carta ao Presidente do Conselho de Segurança detalhando os seus planos para o estabelecimento do Tribunal Especial para Serra Leoa, incluindo a criação de um Fundo Fiduciário para contribuições de doadores para o Tribunal Especial; o envio de uma missão preparatória para Freetown, a fim de avaliar as condições e demandas para a criação e funcionamento do Tribunal Especial; e a

conclusão de um acordo entre a ONU e o governo de Serra Leoa para estabelecer um quadro jurídico para o início das operações do Tribunal Especial.

**23 de julho de 2001** - Em resposta à correspondência de 13 de julho de 2001, o Presidente do Conselho de Segurança envia uma carta ao Secretário-Geral indicando que os membros do Conselho viam como positivos os seus planos para o estabelecimento do Tribunal Especial para Serra Leoa.

**28 de dezembro de 2001** - O Secretário-Geral da ONU envia uma carta ao Presidente do Conselho de Segurança descrevendo o estágio das contribuições para a criação do Tribunal Especial para Serra Leoa: em 30 de novembro de 2001, o Secretariado já havia recebido contribuições no valor de US\$ 14,8 milhões para os primeiros 12 meses (um déficit de US\$ 1,4 milhão do valor necessário) e promessas de contribuições no valor de US\$ 20,4 milhões para os dois anos subsequentes (um déficit de US\$ 19,6 milhões do valor necessário). Sabendo que o primeiro ano de funcionamento do Tribunal Especial estava praticamente financiado em sua totalidade e confiante de que os Estados prestariam a assistência necessária para garantir o sucesso e a continuidade do Tribunal, o Secretário-Geral da ONU informou ao Conselho de Segurança que decidiu autorizar o início das atividades do Tribunal Especial, incluindo as investigações e preparativos para os indiciamentos.

**16 de janeiro de 2002** - A ONU e Serra Leoa, representada por seu Procurador-Geral, assinam o Acordo entre as Nações Unidas e o Governo de Serra Leoa sobre o Estabelecimento de um Tribunal Especial para Serra Leoa. Restava formalmente instituído o Tribunal. Trata-se da primeira corte criminal *ad hoc* criada com base em um acordo entre a ONU e o governo de um Estado membro. Além disso, no dia 16 de janeiro de 2002 também foram adotadas as Regras de Procedimento e Prova do Tribunal.

**18 de janeiro de 2002** - O Presidente Kabbah oficialmente declara encerrada a Guerra Civil de Serra Leoa, onze anos depois de seu início.

**12 de abril de 2002** - Entra em vigor o Acordo entre as Nações Unidas e o Governo de Serra Leoa sobre o Estabelecimento de um Tribunal Especial para Serra Leoa.

**21 de outubro de 2003** - É assinado o Acordo de Sede entre a República de Serra Leoa e o Tribunal Especial para Serra Leoa.

**20 de junho de 2007** - A Câmara de Julgamento em Primeira Instância do Tribunal Especial para Serra Leoa emite seu primeiro julgamento, no caso relativo aos membros do Conselho Revolucionário das Forças Armadas (*Armed Forces Revolutionary Council* - AFRC) ("Caso AFRC"). Trata-se do órgão

decisório máximo no governo militar instituído depois do golpe de estado que derrubou o Presidente Kabbah em 25 de maio de 1997.

**2 de agosto de 2007** – A Câmara de Julgamento em Primeira Instância do Tribunal Especial para Serra Leoa emite seu julgamento no caso sobre as Forças de Defesa Civil (*Civil Defense Forces* - CDF) (“Caso CDF”). Trata-se de uma força de segurança criada pelo Presidente Kabbah e composta principalmente por Kamajors, um grupo de caçadores tradicionais da etnia mende em Serra Leoa. As CDF atuaram no conflito entre novembro de 1996 e dezembro de 1999.

**22 de fevereiro de 2008** – A Câmara de Recursos do Tribunal Especial para Serra Leoa emite seu primeiro julgamento, no Caso AFRC.

**28 de maio de 2008** – A Câmara de Recursos do Tribunal Especial para Serra Leoa emite seu julgamento no Caso CDF.

**25 de fevereiro de 2009** – A Câmara de Julgamento em Primeira Instância do Tribunal Especial para Serra Leoa emite um resumo de seu julgamento dos membros da Frente Revolucionária Unida (*Revolutionary United Front* – RUF) (“Caso RUF”).

**2 de março de 2009** – O julgamento completo no Caso RUF é publicado pela Câmara de Julgamento em Primeira Instância do Tribunal.

**26 de outubro de 2009** – A Câmara de Recursos do Tribunal Especial para Serra Leoa emite seu julgamento no Caso RUF.

**11 de agosto de 2010** – É assinado o Acordo entre as Nações Unidas e o Governo de Serra Leoa sobre o Estabelecimento de um Tribunal Especial Residual para Serra Leoa.

**12 de abril de 2012** – A Câmara de Julgamento em Primeira Instância do Tribunal Especial para Serra Leoa emite seu julgamento relativo a Charles Taylor, ex-Presidente da Libéria, por seu envolvimento nos crimes cometidos por grupos rebeldes em Serra Leoa. Ele foi declarado culpado.

**30 de maio de 2012** – Charles Taylor é sentenciado, em primeira instância, a 50 anos de prisão. Trata-se da última decisão de mérito emitido pela Câmara de Julgamento em Primeira Instância do Tribunal Especial para Serra Leoa.

**26 de setembro de 2013** – A Câmara de Recursos do Tribunal Especial para Serra Leoa emite o seu último julgamento de mérito, mantendo a condenação e a sentença de Charles Taylor. Trata-se da última decisão do Tribunal.

**15 de outubro de 2013** – Taylor é transferido para o Reino Unido a fim de cumprir o restante de sua pena.

**31 de dezembro de 2013** - O Tribunal Especial para Serra Leoa é formalmente dissolvido, sendo substituído pelo Tribunal Especial Residual para Serra Leoa.

**1º de janeiro de 2014** - O Tribunal Especial Residual para Serra Leoa inicia suas atividades.





# TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

*Maitê de Souza Schmitz*

## INTRODUÇÃO E HISTÓRICO

From Versailles to Rwanda, and now to the Treaty of Rome, many have arduously labored for the establishment of a system of international criminal justice. Today our generation proudly, yet humbly, passes that torch on to future generations. Thus, the long relay of history goes on, with each generation incrementally adding on to the accomplishments of its predecessors.<sup>1</sup>

Embora o dia 17 de julho de 1998 seja normalmente lembrado como o marco da criação do Tribunal Penal Internacional (TPI),<sup>2</sup> a ideia de uma corte permanente para julgar os crimes de maior gravidade, “que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”,<sup>3</sup> tem suas origens antes mesmo das duas grandes guerras mundiais. Há quem recorde a proposta de Gustave Moynier, um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, de estabelecer um tribunal internacional criminal para julgar violações da Convenção de Genebra I<sup>4</sup> como a primeira tentativa de enveredar por este caminho.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> M. Cherif Bassiouni, Discurso realizado na Cerimônia de Roma, que marcou a abertura do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional para assinaturas, em 18/07/1998.

<sup>2</sup> Data da adoção do Estatuto de Roma pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, A/CONF.183/9. O dia 17 de julho passou a marcar a celebração do Dia da Justiça Internacional Penal.

<sup>3</sup> Preâmbulo do Estatuto de Roma, incorporado na legislação brasileira por meio do Decreto n. 4388, de 25/09/2002.

<sup>4</sup> First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, 1864

<sup>5</sup> BEIGBEDER, Yves. International Criminal Tribunals: justice and politics. Palgrave Macmillan. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011. p. 187-188.

Em 1872, Moynier apresentou ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha a proposta de criação de instituição judicial internacional para prevenir e reprimir as infrações à Convenção de Genebra, uma vez que, em sua opinião, sanções meramente morais se mostrariam insuficientes.<sup>6</sup> As respostas vieram em seguida, muitas delas críticas à criação de tribunal internacional penal, em geral por considerar tal solução pouco eficiente.<sup>7</sup> A proposta teve baixa repercussão entre os Estados na época,<sup>8</sup> e é difícil avaliar o impacto que teve na história da criação do TPI.<sup>9</sup>

Logo após a I Guerra Mundial, surgiram novas propostas de criação de uma corte penal permanente. A judicialização internacional do direito penal chegou a ser considerada pelo Comitê Consultivo de Juristas da Liga das Nações, que propôs a criação de uma Alta Corte de Justiça para julgar crimes contra a ordem pública internacional. A ideia foi afastada no âmbito da Assembleia da Liga, por “não existir [à época] nenhum direito internacional penal reconhecido por todas as nações”.<sup>10</sup> O Relator do Terceiro Comitê da Assembleia da Liga acrescentou que a matéria seria prematura, e que se tais crimes passassem a integrar o escopo de um direito internacional penal, então nesse caso poderia ser estabelecido um departamento criminal na Corte Permanente de Justiça Internacional.<sup>11</sup>

O tema foi também discutido no âmbito de instituições da sociedade civil. A Associação de Direito Internacional aprovou resolução em 1922

<sup>6</sup> A proposta foi publicada no “Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés”, com o título “Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre a prevenir et a réprimer les infractions a la Convention de Genève”. Bulletin International des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés, vol. 3, n. 11, abr/1872, p 122-131.

<sup>7</sup> ROLIN-JAEQUEMYS, Gustave. Convention de Geneve: Note sur le projet de M. Moynier, relatif a l’etablissement d’une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention. Revue de droit international et de la legislation comparée, IV, 1872, pp. 325-346.

<sup>8</sup> MAOGOTO, Jackson. Early Efforts to Establish an International Criminal Court. In: DORIA, José; GASSER, Hans-Peter; e BASSIOUNI, M. Cherif (eds). The Legal Regime of the International Criminal Court. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 8.

<sup>9</sup> Nesse sentido, HALL, Christopher Keith. The first proposal for a permanent international criminal court. International Review of the Red Cross, vol. 38, No. 322, mar/1998, p. 57-74. Para Hall, a proposta de Moynier teria sido “amplamente esquecida”. p 64.

<sup>10</sup> Relatório do Terceiro Comitê da Assembleia da Liga das Nações, citado em Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction - Memorandum submitted by the Secretary-General. Documento A/CN.4/7/Rev.1, 1949. p. 11.

<sup>11</sup> No original: “If crimes of this kind should in future be brought within the scope of an international penal law, a criminal department might be set up in the Court of International Justice. In any case, consideration of this problem is, at the moment, premature”. Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction - Memorandum submitted by the Secretary-General. Documento A/CN.4/7/Rev.1, 1949. p. 12.

afirmando que a criação de um tribunal internacional penal seria “essencial para os interesses da justiça”,<sup>12</sup> e acrescentou, quatro anos depois, que a ideia seria conveniente e factível.<sup>13</sup> Ademais, a União Interparlamentar e a Associação Internacional de Direito Penal dedicaram-se à questão, com propostas tanto de criação de tribunal independente, quanto da atribuição de jurisdição criminal à Corte Permanente de Justiça Internacional.<sup>14</sup>

Apesar dos debates sobre a matéria, é somente após a II Guerra Mundial que começa a ganhar força a ideia de um tribunal internacional criminal permanente. O jurista francês Donnedieu de Vabres, que atuou no tribunal de Nuremberg, propôs, em 1947, a criação de um tribunal internacional penal.<sup>15</sup> Além de suscitar o tema na ONU, Donnedieu de Vabres foi também o autor do relatório do Instituto de Direito Internacional sobre a questão, discutida entre 1948 e 1952.<sup>16</sup>

É neste período que esteve em discussão na ONU a proposta de uma Convenção sobre Genocídio, eventualmente adotada em 1948.<sup>17</sup> O art. VI da Convenção, o qual prevê que pessoas acusadas de genocídio podem ser julgadas por tribunal internacional criminal,<sup>18</sup> somente foi aprovado após longo debate. A referência a um tribunal internacional, que havia sido retirada da proposta original do Comitê “ad hoc” sobre Genocídio,<sup>19</sup> foi reintroduzida por sugestão dos Estados Unidos na VI Comissão da Assembleia Geral.<sup>20</sup> Também na VI Comissão, aprovou-se proposta conjunta Países Baixos-Irã, convidando a Comissão de Direito Internacional (CDI) a estudar a possibilidade e conveniência de se estabelecer um “órgão judicial internacional para o

<sup>12</sup> SCHABAS, William. *The International Criminal Court: a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3.

<sup>13</sup> Report of the Permanent International Criminal Court Committee, International Law Association, Report of the 34th Conference, Viena, 5-11/08/1926. p. 106-110.

<sup>14</sup> Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur. Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II. Documento A/CN.4/15. p. 4-5.

<sup>15</sup> General Assembly’s Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification. Memorandum submitted by the delegate of France, Draft Proposal for the Establishment of an International Court of Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/AC. 10/21 (1947)).

<sup>16</sup> *Annuaire de L’Institut de Droit International: Session de Sienne, 1952*, vol. 44(1), p. 361.

<sup>17</sup> Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, conclusão em 09/12/1948, entrada em vigor em 19/01/1951, e promulgada no Brasil pelo Decreto No. 30.822, de 06 de maio de 1952.

<sup>18</sup> Art. VI: “as pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3.º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição.”

<sup>19</sup> O Comitê “ad hoc” sobre Genocídio foi criado pelo Conselho Econômico e Social da ONU, durante sua 6a. Sessão. Yearbook of the United Nations, 1948-1949, p. 953.

<sup>20</sup> Yearbook of the United Nations, 1948-1949, p. 955.

juízo de pessoas acusadas de genocídio ou outros crimes cuja jurisdição poderia ser delegada a tal órgão por meio de norma convencional.”<sup>21</sup>

Ambas as propostas geraram oposição da então União Soviética, segundo a qual o estabelecimento de um tribunal internacional penal seria “equivalente à interferência nos assuntos domésticos dos Estados e, portanto, uma violação da soberania”.<sup>22</sup> Em resposta, argumentou-se que os crimes tipificados na Convenção sobre o Genocídio poderiam ser perpetrados por um Estado, ou por indivíduos em capacidade oficial, casos em que seria pouco provável a realização de julgamento no âmbito doméstico.<sup>23</sup>

Apesar da oposição da União Soviética e de outros poucos países, o art. VI da Convenção manteve a referência a tribunais internacionais, e a Resolução 260(b) III – que continha a solicitação para que a CDI desenvolvesse o tema – foi também aprovada, por 43 votos a 6 (3 abstenções).<sup>24</sup> A mesma resolução afirmava, já em 1948, que ao longo do desenvolvimento da comunidade internacional, “haverá a crescente necessidade de um órgão judicial internacional para o julgamento de certos crimes previstos pelo direito internacional”. Cinquenta anos depois, aprovou-se em Roma o Estatuto do TPI.

Cinquenta anos parece ter sido o tempo necessário não para preparar o texto do Estatuto de Roma, mas sim para preparar a comunidade internacional para a criação de tal instituição.<sup>25</sup> A CDI ocupou-se da recomendação contida na Resolução 260(b) III, designando um comitê específico para redigir o projeto de estatuto de um tribunal internacional penal.<sup>26</sup> A primeira versão, concluída em 1951, foi revisada em 1953, mas teve sua discussão adiada na ONU porque a definição de agressão e a elaboração de projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade,

<sup>21</sup> Resolução B, adotada na 99a. Sessão da 6a. Comissão da Assembleia Geral da ONU, 1948 e subsequentemente aprovada pela Assembleia Geral em 9/12/1948. *Yearbook of the United Nations*, 1948-1949, p. 959.

<sup>22</sup> *Yearbook of the United Nations*, 1948-1949, p. 957.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 957-958.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 959.

<sup>25</sup> Nesse sentido, ver JORGENSEN, Nina H. B. *The Responsibility of States for International Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2000. Em suas palavras: “The codification work relating to international criminal responsibility was, therefore, split between several separate committees (...). Clearly these projects were linked, and arguably there was little point in dividing the tasks if the goal was to produce quickly an international criminal code and a statute for an international criminal court. Such a strategy may have been designed to ensure that states would not be placed in the position of making a final political decision on a legal product which none of them really desired.” p. 44.

<sup>26</sup> Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction, UNGAOR, 7a Sessão, Suplemento n. 12, p. 21. UN Doc. A/26645 (1954).

que estavam sob a responsabilidade de outros comitês, ainda não haviam sido finalizados.<sup>27</sup>

De fato, vários eram os comitês responsáveis pelo tema, os quais trabalhavam separadamente e em diferentes localidades, razão pela qual produziam textos distintos, em momentos distintos, ainda que a respeito da mesma temática.<sup>28</sup> A falta de sincronização seria menos devida ao acaso e mais em razão da vontade política de adiar a criação de um tribunal internacional penal.<sup>29</sup>

A questão voltou à CDI somente na década de 1980, já no âmbito dos trabalhos para a elaboração de projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade. Em 1983, em seguimento à apresentação do relatório do *Special Rapporteur* para o projeto de código, a CDI indicou à Assembleia Geral da ONU (AGNU) que o referido texto seria ineficaz caso desacompanhado de uma jurisdição competente, e indagou se os trabalhos deveriam, nessa linha, incluir a preparação do estatuto de um tribunal penal internacional.<sup>30</sup>

Por iniciativa de Trinidad e Tobago, o assunto foi retomado na AGNU.<sup>31</sup> Embora a questão tenha sido levantada no âmbito da responsabilidade criminal por tráfico de drogas, o pedido da AGNU foi mais amplo, para abrigar as condutas tipificadas no projeto de código em elaboração pela CDI.<sup>32</sup> De 1991 a 1993, a CDI preparou três relatórios para a AGNU sobre questões relativas ao estabelecimento de uma jurisdição criminal internacional<sup>33</sup> e, em 1993, a Assembleia Geral solicitou que o tema fosse priorizado nos trabalhos da Comissão.<sup>34</sup>

No ano seguinte, a CDI adotou o projeto de estatuto de um tribunal internacional penal, e recomendou à AGNU que convocasse uma conferência

<sup>27</sup> Resolução AGNU 898(IX), de 14 de dezembro de 1954. Ver também Resolução AGNU 897(IX), de 4 de dezembro de 1954, a qual adia a discussão sobre o projeto de código de ofensas contra a paz e a segurança da humanidade por ainda não ter sido acordada uma definição de agressão.

<sup>28</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 334. Para Cassese, as atividades de tais comitês, que deveriam ser complementares, acabaram sendo parcamente coordenadas. Como resultado, “It was, therefore, easy for the General Assembly to put off discussion of each text successively because the one or the other was not ready”.

<sup>29</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*. Ardsley: Transnational Publishers, 1988. p. 13-15.

<sup>30</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1983, vol. II (Part Two), parágrafo 69(c)(i).

<sup>31</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 341.

<sup>32</sup> Resolução AGNU 44/39, de 4 de dezembro de 1989.

<sup>33</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II (Part One), Documento A/CN.4/435 e Add.1; *ibid.*, 1992, vol. II (Part One), document A/CN.4/442; e *ibid.*, 1993, vol. II (Part One), Documento A/CN.4/449.

<sup>34</sup> Resolução AGNU 48/31, de 9 de dezembro de 1993.

internacional de plenipotenciários para análise do texto e a adoção de uma convenção para o estabelecimento da referida instituição.<sup>35</sup> De 1995 a 1998, a AGNU convocou dois comitês para produzir um “texto consolidado” de projeto de estatuto.<sup>36</sup> Enquanto o Comitê *ad hoc* criado em 1995 não logrou avançar na negociação de texto, o Comitê Preparatório para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional<sup>37</sup> finalizou um projeto de estatuto em abril de 1998.<sup>38</sup> A Conferência Diplomática de Plenipotenciários, convocada pela AGNU em 1996,<sup>39</sup> realizou-se poucos meses depois, e teve como resultado a adoção, em 17 de julho, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

## 1. ESTRUTURA DO TPI

Conforme o Art. 34 do Estatuto de Roma, o TPI é composto por quatro órgãos: Presidência, Seções Judiciais (Recursos, Julgamento em Primeira Instância e Instrução), Promotoria e Secretariado. O Capítulo VI do Estatuto, dedicado à composição e à administração deste organismo internacional, detalha as funções e atribuições de cada órgão, tema que é pormenorizado nas Regras de Provas e Procedimentos do TPI, assim como nos Regulamentos do Tribunal, da Promotoria e do Secretariado.

### 1.1. Promotoria

A Promotoria do TPI consiste em órgão autônomo, independente, responsável pela investigação e pelo exercício da ação penal.<sup>40</sup> Sua coordenação é exercida por um Procurador,<sup>41</sup> eleito para mandato de nove anos pela Assembleia dos Estados Partes no Estatuto de Roma (AEP), por votação secreta e maioria absoluta.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II (Part Two), para. 90.

<sup>36</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court. Cornell International Law Journal, vol. 32, 1999, p. 443-444.

<sup>37</sup> Resolução AGNU 50/46, de 11 de dezembro de 1995; Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 22 (A/51/22), vols. I and II.

<sup>38</sup> Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, vol. III, Reports and other documents (United Nations publication, Sales No. 02.I.5), document A/CONF.183/2/Add.1.

<sup>39</sup> Resolução AGNU 51/207, de 17 de dezembro de 1996.

<sup>40</sup> Estatuto de Roma, art. 42.

<sup>41</sup> Adotou-se a tradução do termo “Prosecutor” utilizada no Decreto que incorporou o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro. Há autores que optam por “Promotor” ou “Promotor-Chefe”.

<sup>42</sup> Estatuto de Roma, art. 42, parágrafo 4. Embora a primeira eleição para Procurador tenha ocorrido nestes termos, o segundo processo de escolha, em 2011, ocorreu por consenso, a partir de lista

O Estatuto de Roma prevê três mecanismos para que sejam iniciadas investigações pela Promotoria. Uma situação pode ser denunciada por Estado Parte no Estatuto de Roma, encaminhada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) agindo nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU, ou ainda ter sua investigação iniciada de ofício (*proprio motu*) pela Promotoria.<sup>43</sup> Antes de dar início à investigação formal, a Promotoria realiza exames preliminares, quando analisa aspectos de jurisdição, admissibilidade e interesse da justiça.

A Promotoria pode iniciar exames preliminares com base em: i) informações que tenha recebido de grupos, indivíduos, Estados, organizações internacionais e sociedade civil; ii) encaminhamento de situação pelo CSNU ou por Estado Parte; iii) declaração de Estado não-Parte, nos termos do art. 12(3) do Estatuto de Roma. Iniciados os exames preliminares, a análise da Promotoria se dá em três fases: i) jurisdição (pessoal, temporal e material); ii) admissibilidade (critérios de complementaridade e gravidade); e iii) interesse da justiça.<sup>44</sup>

Quando a situação é encaminhada por Estado Parte ou pelo CSNU, a Promotoria não necessita de autorização judicial para iniciar investigações. Se, por outro lado, decide não investigar, tal decisão, além de notificada ao Estado que encaminhou a situação, pode ser contestada judicialmente.<sup>45</sup> Outro mecanismo de controle consiste na possibilidade que o Estado Parte que encaminhou a situação venha a requerer esclarecimentos da Promotoria, por meio de procedimento perante o Juízo de Instrução, caso os exames preliminares estejam se prolongando por tempo demasiado sem que haja definição quanto ao eventual início de investigações.<sup>46</sup>

As investigações de ofício, por outro lado, somente podem ser iniciadas com autorização judicial, que se dá por meio de procedimento perante o Juízo de Instrução.<sup>47</sup> Se, após exames preliminares, a Promotoria decide não iniciar investigação por razões associadas a jurisdição ou admissibilidade, não há procedimento judicial previsto para questionar tal decisão.

---

elaborada por Comitê de Seleção. A escolha por consenso se deu em linha com a recomendação contida na Resolução ICC-ASP/3/Res.6, relativa aos procedimentos para eleições de juízes e Procurador. Para o terceiro mandato (2021-2030), foi previsto procedimento semelhante, detalhado nos termos de referência adotados pela Mesa Diretora da AEP (ICC-ASP/18/INF.2).

<sup>43</sup> Estatuto de Roma, art. 13.

<sup>44</sup> Regulamento da Promotoria, art. 25.

<sup>45</sup> Estatuto de Roma, art. 53.3.

<sup>46</sup> Nesse sentido, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Caso relativo à República Centro Africana, Decisão de 30/11/2006.

<sup>47</sup> Estatuto de Roma, art. 15.

Talvez a questão mais sensível à Promotoria do TPI seja a seleção de casos para investigar e, eventualmente, iniciar ação penal. Diferentemente dos tribunais *ad hoc* e mistos, em que as situações a serem investigadas haviam sido previamente selecionadas no plano político, no TPI a Promotoria pode selecionar, de forma independente, as situações que irá investigar.<sup>48</sup> Logo, se mesmo no âmbito dos tribunais *ad hoc*, com jurisdição limitada, havia discussões sobre seleção de casos,<sup>49</sup> no TPI o tópico ganha em complexidade. A Estratégia da Promotoria 2009-2012 preconizava como um de seus princípios a condução de investigações e processos focados naqueles sobre quem recai a maior responsabilidade pelos crimes mais graves, tendo em conta a escala, a natureza, o impacto e o modo de cometimento do ilícito penal.<sup>50</sup> A dificuldade de avaliar tais critérios na prática esteve na origem de críticas a determinadas escolhas da Promotoria, e continua a ser um desafio para o exercício de sua discricionariedade.<sup>51</sup> Com isso em mente, a Promotoria desenvolveu, em 2016, diretrizes para seleção de casos e priorização, que explicitamente coloca a gravidade das condutas investigadas como critério principal. O mesmo documento esclarece que, dado o objetivo maior de enfrentar a impunidade, a Promotoria buscará cooperar com estados que tenham jurisdição sobre os crimes relativos a casos que não tenham sido selecionados para atuação do TPI. A mais recente Estratégia da Promotoria (2009-2021) reitera as diretrizes adotadas em 2016.

<sup>48</sup> Para Luis-Moreno Ocampo, essa seria uma das características mais distintivas do TPI em comparação aos demais tribunais penais. OCAMPO, Luis-Moreno. The International Criminal Court in Motion. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. The Emerging Practice of the International Criminal Court. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 13-15. Ainda segundo Ocampo, tal inovação asseguraria que “the requirements of justice can prevail over any political decision. States or the UNSC can choose to refer situations to the Court, but if they do not, we have the possibility to select situations independently through the provisions of Article 15”. Ocampo não faz referência, porém, aos casos que não podem ser investigados pelo TPI por falta de jurisdição.

<sup>49</sup> Ver, e.g., AKHAVAN, P. Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? Human Rights Quarterly/Human Rights Quarterly. 1998. 777-781.

<sup>50</sup> International Criminal Court Prosecutorial Strategy 2009-2012, publicada em 01/02/2010. p. 5-6.

<sup>51</sup> Sobre a questão, Schabas afirma que o quesito “gravidade” poderia adquirir especial relevância na seleção de casos, contanto que as análises sobre o tema pelo TPI fossem mais rigorosas. Em suas palavras: “Greater rigor and more sophisticated analysis is required if the gravity criterion is to play a decisive role in the selection of both situations and cases.” SCHABAS, William A. Prosecutorial Discretion and Gravity. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. The Emerging Practice of the International Criminal Court. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. 229-246. p. 246.



## 1.2. Secretariado

O Secretariado é responsável pelos aspectos não judiciais da administração e funcionamento do TPI.<sup>52</sup> Sua coordenação é exercida pelo Secretário,<sup>53</sup> “principal funcionário administrativo do Tribunal”, o qual, por sua vez, está subordinado ao Presidente do TPI.<sup>54</sup> A escolha do Secretário é feita pelos juízes, e deverá ter em consideração eventuais recomendações formuladas pela AEP sobre a questão.<sup>55</sup>

O trabalho exercido pelo Secretariado pode ter impacto direto nos processos criminais, uma vez que o mandato deste órgão inclui questões relativas à proteção de testemunhas, à defesa dos interesses da defesa e das vítimas, além do suporte técnico com tradução, disponibilização eletrônica de documentos, dentre outros.<sup>56</sup> Ao Secretariado cabem também as atividades de sensibilização (comunicação com vítimas e comunidades afetadas) e informação pública, bem como a intermediação de pedidos de cooperação judicial formulados pelos magistrados.

O Secretariado, assim, auxilia no cumprimento de determinações do Estatuto de Roma, como as relativas ao direito dos acusados e da participação das vítimas. O direito do acusado a advogado de defesa<sup>57</sup> e a possibilidade de que as vítimas sejam assistidas por representantes legais durante o processo vinculam-se à criação, no âmbito do Secretariado, de divisões específicas de assistência à defesa dos acusados e às vítimas, nos termos do Regulamento do Tribunal.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> Estatuto de Roma, art. 43.

<sup>53</sup> Adotou-se a tradução do termo “Registrar” utilizada no Decreto que incorporou o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro. Há autores que optam por Escrivão ou Secretário-Geral.

<sup>54</sup> Estatuto de Roma, art. 43, parágrafo 2.

<sup>55</sup> Até hoje, as recomendações da AEP se limitaram a estabelecer princípios gerais a serem seguidos na escolha do Secretário do TPI. As mais recentes estão contidas na recomendação ICC-ASP/11/Rec.1, adotada em novembro de 2012 por ocasião da XI Assembleia dos Estados Partes; e na recomendação ICC-ASP/16/Rec.1, adotada em dezembro de 2017, por ocasião da XVI Assembleia dos Estados Partes.

<sup>56</sup> DUBUISSON, Marc; BERTRAND, Anne-Aurore; e SCHAUDER, Natacha. Contribution of the Registry to greater respect for the principles of fairness and expeditious proceedings before the International Criminal Court. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. 565-584. p. 568-569.

<sup>57</sup> Estatuto de Roma, art. 55, parágrafo 2, alínea d; art. 67, parágrafo 1, alínea b.

<sup>58</sup> A criação de divisão própria de assistência a vítimas foi determinada pelo Regulamento 81 do TPI: “1. The Registrar shall establish and develop na Office of Public counsel for Victims for the purpose of providing assistance (...)”.

Nos *travaux preparatoires* das Regras de Prova e Procedimento, chegou-se a propor a criação de uma espécie de Defensoria Pública, nos moldes da Promotoria do Tribunal, mas tal sugestão não avançou, tendo somente como resultado a menção, em termos gerais, das responsabilidades do Secretariado em relação aos direitos do acusado.<sup>59</sup> Já durante os *travaux preparatoires* do Regulamento do TPI, foi sugerida a criação de um “Public Counsel’s Office”, que abarcaria tanto o auxílio às vítimas quanto a defesa dos acusados. Os magistrados entenderam, entretanto, que tal estrutura não seria conveniente, dada a possível existência de conflitos de interesse, e optaram, assim, por criar divisões separadas, para defesa e para vítimas, ambas no âmbito do Secretariado.<sup>60</sup>

### 1.3. Seções Judiciais

As funções judiciais do TPI são exercidas por dezoito magistrados, eleitos para mandatos de nove anos.<sup>61</sup> Uma vez eleitos, os juízes são alocados em uma das três Seções do TPI: Instrução, Julgamento em Primeira Instância ou Recursos.<sup>62</sup> À medida que novas situações e novos casos chegam ao Tribunal, são criados Juízos, compostos por três magistrados, no âmbito de cada Seção.

A criação de Juízos de Instrução no TPI é em geral brindada como inovação positiva do Estatuto de Roma.<sup>63</sup> Este Juízo, tal como concebido pelo Estatuto de Roma, chegou a ser considerado por um magistrado do TPI como uma “instituição judicial não definida”, que dificilmente poderia ser compreendida no contexto de outros tribunais, tanto domésticos quanto internacionais.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> DUBUISSON, Marc; BERTRAND, Anne-Aurore; e SCHAUDER, Natacha. Contribution of the Registry to greater respect for the principles of fairness and expeditious proceedings before the International Criminal Court. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. 565-584. p. 576.

<sup>60</sup> MASSIDDA, Paolina e PELLET, Sarah. Role and Practice of the Office of the Public Counsel for Victims. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 693.

<sup>61</sup> Estatuto de Roma, art. 36. À exceção dos primeiros juízes do TPI eleitos para mandatos mais curtos, não é permitida a reeleição.

<sup>62</sup> Estatuto de Roma, art. 39.

<sup>63</sup> Nesse sentido, DE SMET, Simon. A structural analysis of the role of the Pre-Trial Chamber in the fact-finding process of the ICC. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 405.

<sup>64</sup> JORDA, Claude e SARACCO, Marianne. The Raisons d’Être of the Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court. In DeCAUX, Emmanuel; DIENG, Adama; e SOW, Malick. (eds.) *From Human Rights to International Criminal Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

Os procedimentos perante tal juízo funcionam como espaço para preparação do caso pela Promotoria e para teste quanto a sua viabilidade.<sup>65</sup> A criação de tal mecanismo é explicada por vários fatores, e tem como pano de fundo a necessidade de equilíbrio entre as prerrogativas dos Estados Partes e a capacidade da Promotoria de agir de ofício,<sup>66</sup> bem como os desenvolvimentos das Regras de Provas e Procedimento dos tribunais *ad hoc*.<sup>67</sup> A existência dessa etapa preliminar, entretanto, tem sido criticada por aumentar o tempo processual sem necessariamente filtrar os casos que não estariam aptos para julgamento em primeira instância.<sup>68</sup>

Talvez as funções mais conhecidas dos Juízos de Instrução estejam relacionadas às ordens de mandados de prisão<sup>69</sup> e ao recebimento das denúncias.<sup>70</sup> Tal instância, entretanto, exerce também outras funções, como a análise de jurisdição e admissibilidade,<sup>71</sup> proteção de vítimas e testemunhas durante a fase investigatória,<sup>72</sup> revisão da decisão da Promotoria de não investigar determinada situação,<sup>73</sup> e medidas para a preservação das provas.<sup>74</sup> Após dez anos de atividades do TPI, ainda se discute a exata função do Juízo de Instrução no procedimento de recebimento das denúncias. A em geral prolongada duração desta fase processual, da qual por vezes resultam extensas decisões judiciais, já suscitou preocupações, e o alerta de que a etapa de instrução não deve se constituir em um “mini-julgamento”.<sup>75</sup>

<sup>65</sup> TRENDAFILOVA, Ekaterina. Fairness and expeditiousness in the International Criminal Court’s pre-trial proceedings. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 441.

<sup>66</sup> Basta recorder que as investigações de ofício pela Promotoria necessitam de autorização prévia do Juízo de Instrução. Estatuto de Roma, art. 15.

<sup>67</sup> Nesse sentido, FOURMY, O. Powers of the Pre-Trial Chambers. In CASSESE, Antonio; GAETA, P. e JONES, J. (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. Vol II, 2002. p. 1208-1209.

<sup>68</sup> Tal crítica seria exemplificada pelo caso Promotoria v. Laurent Gbagbo e Blé Goudé, cujas absolvições já eram antevistas na fase de juízo de instrução, dada a fragilidade do conjunto probatório apresentado pela Promotoria (ICC-02/11-01/11-656-Red e ICC-02/11-01/11-656-Anx). No momento desta publicação, o caso se encontra na fase de recurso.

<sup>69</sup> Estatuto de Roma, art. 58.

<sup>70</sup> Estatuto de Roma, art. 61.

<sup>71</sup> Estatuto de Roma, art. 19(6).

<sup>72</sup> Estatuto de Roma, art. 57(3); TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Instrução I. Situação na República Democrática do Congo. Decisão sobre Requerimento da Promotoria, 31/03/2006. ICC-01/04-135-tEN, parágrafo 50.

<sup>73</sup> Estatuto de Roma, art. 53.

<sup>74</sup> Estatuto de Roma, art. 18(6).

<sup>75</sup> TRENDAFILOVA, Ekaterina. Fairness and expeditiousness in the International Criminal Court’s pre-trial proceedings. In STAHN, Carsten e SLUITER, Göran. *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 441.

O Juízo de Julgamento em Primeira Instância passa a ser o responsável por um determinado caso após o recebimento da denúncia pelo Juízo de Instrução.<sup>76</sup> Dentre suas funções, está a de adotar os procedimentos necessários para facilitar uma condução justa e célere dos procedimentos; determinar o idioma a ser utilizado no julgamento; assegurar a proteção de informações confidenciais; e decidir quanto à admissibilidade de determinada prova.<sup>77</sup> É o Juízo de Julgamento, ademais, que decide em primeira instância quanto à inocência ou culpa do réu<sup>78</sup> e quanto à extensão da pena.<sup>79</sup>

O Juízo de Recursos é composto pelos cinco juízes da Seção de Recursos do TPI,<sup>80</sup> dentre os quais se inclui o Presidente do Tribunal.<sup>81</sup> O Regulamento do TPI permite, ademais, que a Presidência do Tribunal aloque temporariamente um magistrado de outra Seção para o Juízo de Recursos em situações excepcionais. Impede, entretanto, que o mesmo magistrado esteja presente em fases distintas do processo; assim, se um juiz atuou na fase de instrução de determinado caso, ele/ela não poderá integrar o Juízo de Julgamento ou o de Recursos.<sup>82</sup>

#### 1.4. Presidência

A estrutura criada pelo Estatuto de Roma distingue as seções judiciais da Presidência, esta com função mais administrativa e de relações externas.<sup>83</sup> O Presidente e os dois Vice-Presidentes do Tribunal são eleitos dentre os seus pares, por maioria absoluta, para mandato de três anos.<sup>84</sup>

As funções específicas exercidas pela Presidência são, muitas vezes, interligadas. No plano administrativo, as suas atribuições incluem a supervisão do Secretariado do Tribunal e a contribuição para o desenvolvimento de políticas administrativas relativas ao funcionamento geral da instituição, como o regulamento de pessoal e de segurança da informação.<sup>85</sup> Já no plano

<sup>76</sup> Estatuto de Roma, art. 61(11).

<sup>77</sup> Estatuto de Roma, art. 64.

<sup>78</sup> Estatuto de Roma, art. 74.

<sup>79</sup> Estatuto de Roma, art. 76.

<sup>80</sup> Estatuto de Roma, art. 39(2)(b)(i).

<sup>81</sup> Estatuto de Roma, art. 39(1).

<sup>82</sup> Regulamento 12, Regulamento do TPI.

<sup>83</sup> Estatuto de Roma, arts. 34 e 38.

<sup>84</sup> O mandato pode ser menor, caso o período do Juiz no Tribunal se encerre antes de decorrido três anos. Estatuto de Roma, art. 38; Regras sobre Prova e Procedimento, art. 4.

<sup>85</sup> As atribuições administrativas da Presidência em geral se estendem a todo o Tribunal, com exceção da Promotoria. ABTAHI, Hírad. The Judges of the International Criminal Court and the Organization of their Work. In DORIA, José; GASSER, Hans-Peter; e BASSIOUNI, M.

judicial e de relações externas, a Presidência é responsável pela negociação e conclusão de acordos em nome do Tribunal;<sup>86</sup> a execução de julgamentos, de multas e ordens de reparação; e a aprovação de modelos de formulários e documentos para uso nos procedimentos perante o Tribunal.<sup>87</sup> Também cabe à Presidência a decisão sobre a alocação dos juízes nas respectivas seções do Tribunal,<sup>88</sup> a criação de Juízos (de Instrução<sup>89</sup> e de Julgamento em Primeira Instância<sup>90</sup>), bem como a atribuição de situações e casos a eles.

## 2. JURISDIÇÃO DO TPI

Dentre os temas mais sensíveis da criação do TPI, estava a determinação relativa a sua jurisdição territorial e pessoal.<sup>91</sup> Conquanto as primeiras versões do projeto de Estatuto fossem ainda mais restritivas quanto à atuação do TPI,<sup>92</sup> o resultado final é mais limitado do que a jurisdição tradicional dos Estados,<sup>93</sup> e representa a solução de consenso possível.<sup>94</sup> No exercício de sua jurisdição, o TPI deverá atender a critérios relativos à matéria (jurisdição *ratione materiae*), ao tempo (jurisdição *ratione temporis*), ao espaço (jurisdição *ratione loci*) e ao indivíduo acusado (jurisdição *ratione personae*).

---

Cherif (eds). The Legal Regime of the International Criminal Court. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 331.

<sup>86</sup> Regulamento 107. “All agreements with any State not party to the Statute or any intergovernmental organization, setting out a general framework for cooperation on matters within the competency of more than one organ of the Court, shall be negotiated under the authority of the President (...)”. Regulamento do TPI.

<sup>87</sup> ABTAHI, Hirad. The Judges of the International Criminal Court and the Organization of their Work. In DORIA, José; GASSER, Hans-Peter; e BASSIOUNI, M. Cherif (eds). The Legal Regime of the International Criminal Court. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 331-332.

<sup>88</sup> Regras de Prova e Procedimento, art. 4 bis.

<sup>89</sup> Regulamento 46(1): “The Presidency shall constitute permanent Pre-Trial Chambers with fixed compositions.”

<sup>90</sup> Estatuto de Roma, art. 61, parágrafo 11. “Once the charges have been confirmed in accordance with this article, the Presidency shall constitute a Trial Chamber which, subject to paragraph 9 and to article 64, paragraph 4, shall be responsible for the conduct of subsequent proceedings and may exercise any function of the Pre-Trial Chamber that is relevant and capable of application in those proceedings.”

<sup>91</sup> SCHABAS, William. Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 54.

<sup>92</sup> CASSESE, Antonio. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 341.

<sup>93</sup> SCHABAS, William. Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 54-55.

<sup>94</sup> ZOMPETTI, Joseph P. e ZOMPETTI, Suzette W (eds.). International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice. New York, NY, USA: International Debate Education Association, 2003. p 15.

## 2.1. Jurisdição *ratione materiae*

O Tribunal Penal Internacional tem jurisdição sobre genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.<sup>95</sup> Há, atualmente, propostas de inclusão de outras condutas no rol de crimes sob a jurisdição do TPI, as quais se encontram em análise pelo Grupo de Trabalho de Emendas do AEP. De todo o modo, os quatro crimes contidos hoje no Estatuto de Roma sintetizam os crimes mais graves, reiteradamente condenados pela comunidade internacional.

O cometimento de genocídio, assim como sua tentativa, ordem ou incitação, ou a responsabilidade dos superiores pelo cometimento de tal crime por seus subordinados, são condutas amplamente reconhecidas como crimes, seja em tratados internacionais, seja em norma costumeira.<sup>96</sup> A proibição do genocídio é atualmente considerada norma de *jus cogens*,<sup>97</sup> bem como obrigação *erga omnes*.<sup>98</sup> De fato, a proibição do genocídio está presente não apenas na Convenção sobre Genocídio, amplamente ratificada, mas também nos Estatutos do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY), do Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR) e do TPI.<sup>99</sup>

O Estatuto de Roma contém cinco categorias de atos de genocídio, cujos elementos comuns podem ser sintetizados como: i) as vítimas devem pertencer ao “grupo-alvo”; e ii) os homicídios, as ofensas graves à integridade física ou mental, as condições de vida, as medidas para prevenir nascimentos ou a transferência forçada de crianças devem ocorrer “no contexto

<sup>95</sup> Estatuto de Roma, art. 5.

<sup>96</sup> Blakesley, Christopher L. *Extraterritorial Jurisdiction*. In BASSIOUNI, M. Cherif (ed), *International Criminal Law: Procedures and Enforcement Mechanisms*. Ardsley: Transnational Publishers, 1998; DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick & Pellet, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Calouste, 2003; International Committee of the Red Cross (ICRC), *International Criminal Court: State consent regime v. universal jurisdiction*, 1998; MERON, Theodor. *International Criminalization of Internal Atrocities*. *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 569.

<sup>97</sup> Corte Internacional de Justiça. *Armed Activities on the Territory of the Congo (República Democrática do Congo v. Ruanda)*, parágrafo 62; Corte Internacional de Justiça. *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia - Sérvia e Montenegro)*, Julgamento, 2007, parágrafo 161.

<sup>98</sup> Corte Internacional de Justiça. *Barcelona Traction Case (Bélgica v. Espanha)*, Julgamento, 1970, parágrafo 34; Corte Internacional de Justiça. *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia - Sérvia e Montenegro)*, Decisão sobre Exceções Preliminares, 1996, parágrafo 31.

<sup>99</sup> Estatuto do ICTY, art. 4; Estatuto do ICTR, art. 2; Estatuto de Roma, art. 6.

de padrão manifesto de conduta similar dirigida contra o grupo” ou devem, por si só, ter como efeito a destruição do grupo.<sup>100</sup>

Já os crimes contra a humanidade, que estariam na confluência entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal,<sup>101</sup> foram definidos ao longo dos anos subsequentes à II Guerra Mundial. A tipificação contida no Estatuto de Roma<sup>102</sup> difere das primeiras definições da conduta,<sup>103</sup> as quais foram gradualmente expandidas em documentos internacionais.<sup>104</sup> Para se caracterizar como crime contra a humanidade, o ato deve se dirigir contra um grande número de civis ou ser cometido, de modo planejado e sistemático, contra uma população específica.<sup>105</sup> O contexto do crime contra a humanidade, destarte, exclui atos isolados e randômicos, pois as ações devem estar de acordo com uma política organizacional ou estatal direcionada ao cometimento do ataque.

A linha, por vezes tênue, que transforma um crime contra a população nacional de um país em um delito que afronta a humanidade esteve no centro da divergência entre os magistrados do TPI que decidiram sobre o início das investigações<sup>106</sup> e sobre a confirmação das denúncias na situação do Quênia.<sup>107</sup> As decisões relativas ao acolhimento das denúncias remetem

<sup>100</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situação em Darfur. Caso Promotoria v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Segunda Decisão relativa ao Requerimento da Promotoria por um Mandado de Prisão. 12/07/2010, N. ICC-02/05-01/09-94. p. 10.

<sup>101</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Goiburú y Otros versus Paraguay, 22/09/2006, Voto do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, parágrafo 42.

<sup>102</sup> Estatuto de Roma, art. 7.

<sup>103</sup> Carta do Tribunal Militar Internacional (“Carta de Nuremberg”), Anexada ao “Acordo para Julgar e Punir os Principais Criminosos do Eixo Europeu” (“London Agreement”), art. 6. “Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”.

<sup>104</sup> Dentre os documentos internacionais, incluem-se: Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal: the Report of the Sixth Committee, U.N. GAOR, 1st Sess., pt. 2, 55th plen. mtg., p. 1144, U.N. Doc. A/236 (1946); Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, Nov. 26, 1968, G.A. Res. 2391, U.N. GAOR, 23rd Sess., Supp. No. 18, p. 40, U.N. Doc. A/7218 (1968); Estatuto do ICTY; Estatuto do ICTR.

<sup>105</sup> RATNER, Steven e ABRAMS, Jason. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 49-70.

<sup>106</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Instrução II. Situação na República do Quênia. Decisão conforme o art. 15 do Estatuto de Roma, relativa à Autorização de Investigação sobre a Situação na República do Quênia, 31/03/2010. ICC-01/09-19.

<sup>107</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Instrução II. Situação na República do Quênia. Decisão de Recebimento das Denúncias em conformidade com o art. 61(7)(a) e (b) do

grande parte da análise sobre os elementos do crime contra a humanidade à decisão que autoriza o início das investigações no Quênia, mas buscam detalhar um dos elementos do crime: existência de política estatal, ou de uma organização com políticas estatais, ponto cuja interpretação esteve entre as principais críticas ao julgamento formuladas pelo Juiz Hans-Peter Kaul em seu voto dissidente.

Os crimes de guerra, por sua vez, consistem em violações graves do direito internacional humanitário,<sup>108</sup> consideradas obrigações *erga omnes*.<sup>109</sup> Embora inicialmente apenas os atos cometidos em conflitos armados internacionais pudessem ser considerados crimes de guerra, o conceito expandiu-se para também abarcar conflitos internos. A questão esteve dentre as mais controversas na Conferência Diplomática de Roma, e acabou prevalecendo a posição dos Estados que defenderam a inclusão de crimes de guerra em conflitos armados não-internacionais.<sup>110</sup> A primeira condenação do TPI foi por crime de guerra cometido no contexto de conflito armado não-internacional, especificamente o uso de crianças-soldado.<sup>111</sup>

O crime de agressão distingue-se dos demais por ter regime específico no sistema do Estatuto de Roma. Sua definição<sup>112</sup> somente foi acordada na Conferência de Revisão de Campala, em 2010, ocasião em que foram também aprovadas regras específicas para o exercício da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão.<sup>113</sup> As dificuldades na matéria estão desde a definição do crime<sup>114</sup> até a relação do Tribunal com o CSNU – que, na opinião de

---

Estatuto de Roma, 23/01/2012. ICC-01/09-01/11-373 e ICC-01/09-02/11-382-Red.

<sup>108</sup> Nesse contexto, Cassese enfatiza que nem toda a violação do direito internacional humanitário é considerada crime de guerra. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 51.

<sup>109</sup> Corte Internacional de Justiça. *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, parágrafo 79. Corte Internacional de Justiça. *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parágrafo 155.

<sup>110</sup> GRADITZKY, T. *War Crimes Issues Before the Rome Diplomatic Conference on the Establishment of an International Criminal Court*. *UC Davis Journal of International Law and Policy*, n. 5, 1999, p. 208.

<sup>111</sup> Art. 8.2.e.vii do Estatuto de Roma. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. *Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo*. Julgamento em conformidade com o art. 74 do Estatuto de Roma, 14/03//2012. ICC-01/04-01/06-2842.

<sup>112</sup> Estatuto de Roma, art. 8 bis.

<sup>113</sup> Estatuto de Roma, art. 15 bis.

<sup>114</sup> Para argumentos favoráveis e contrários a várias opções de definição de agressão que surgiram antes do acordo de Campala, ver POLITI, Mauro; NESI, Giuseppe (eds). *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Aldershot: Ashgate, 2004; CLARK, Roger S. *The Crime of Aggression and the International Criminal Court*. DORIA, José; GASSER, Hans-Peter;



alguns Estados, teria a capacidade exclusiva de determinar a ocorrência de um ato de agressão.<sup>115</sup> Ademais, uma vez que o crime em tela é, por própria sua natureza, cometido por altas autoridades governamentais,<sup>116</sup> verifica-se uma das mais fortes conexões entre a responsabilidade do indivíduo e do Estado,<sup>117</sup> o que poderia justificar o temor de alguns Estados ante a possibilidade de análise jurídica de casos de agressão pelo TPI. Outra preocupação dos estados reticentes ao exercício da jurisdição do Tribunal sobre atos de agressão consiste na possibilidade de que os magistrados venham a consolidar a interpretação majoritária atinente à proibição do uso da força nas relações internacionais, confirmando assim a ilegalidade de interpretações expansivas do direito à legítima defesa.<sup>118</sup>

Conforme decidido em Campala, a jurisdição do TPI para o crime de agressão somente poderia ser ativada após serem atingidas 30 ratificações da emenda, e após decisão da Assembleia dos Estados Partes. A 30ª ratificação foi realizada pelo Estado da Palestina em 2016, o que deu início a negociações de texto com vistas a ativar a emenda pela AEP. Tal exercício resultou na Resolução ICC-ASP/16/Res.5, adotada por unanimidade em 2017, a qual determinou a ativação da jurisdição do Tribunal para o crime de agressão a partir de 17/7/2018.

## 2.2. Jurisdição *ratione temporis*

O TPI tem jurisdição sobre condutas cometidas após a entrada em vigor do Estatuto de Roma, em 01/07/2002.<sup>119</sup> Caso o Estado tenha aderido ao Estatuto de Roma posteriormente a esta data, a jurisdição temporal do TPI abarcará os crimes cometidos a partir da entrada em vigor do Estatuto para o referido Estado.<sup>120</sup> Nesse ponto, o Estatuto de Roma abre uma

---

e BASSIOUNI, M. Cherif (eds). *The Legal Regime of the International Criminal Court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 661-699.

<sup>115</sup> GAJA, Giorgio. *The Respective Roles of the ICC and the Security Council in Determining the Existence of an Aggression*. In POLITI, Mauro; NESI, Giuseppe (eds). *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Aldershot: Ashgate, 2004. p. 121-124.

<sup>116</sup> Em defesa da agressão como “leadership crime”, ver DUMÉE, M. *Le Crime d’Agression*. In ASCENSIO, H. et al (eds.). *Droit International Pénal*. Paris: Pedone, 2000. p. 251.

<sup>117</sup> BONAFÈ, Beatrice. *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 108.

<sup>118</sup> A esse respeito, vide discurso do Brasil em debate no Conselho de Segurança, no qual critica as tentativas de interpretações expansivas do direito à legítima defesa (S/PV.8262, p. 44).

<sup>119</sup> Estatuto de Roma, art. 11(1) e art. 24.

<sup>120</sup> Estatuto de Roma, art. 11(2).

exceção, para acomodar os casos de Estados não-Partes que tenham feito Declarações aceitando a jurisdição do Tribunal.<sup>121</sup>

Conquanto o Estatuto não seja claro quanto à possibilidade de que tais Declarações aceitem a jurisdição do Tribunal de forma retroativa, esta parece ser a linha adotada pelo TPI. A primeira Declaração de Côte d'Ivoire, depositada junto ao Secretariado do Tribunal em abril de 2003, expressa a aceitação da jurisdição do TPI a partir de 19 de setembro de 2002. O Juízo de Instrução III, em decisão de fevereiro de 2012, autorizou o início de investigações formais sobre crimes que possam ter ocorrido no país a partir de setembro de 2002,<sup>122</sup> antes, portanto, da data de depósito da referida Declaração. Mesmo nesses casos, porém, não há dúvida de que a jurisdição do TPI não poderá abranger crimes cometidos antes de 01/07/2002, quando o Estatuto de Roma entrou em vigor no plano internacional.<sup>123</sup>

### 2.3. Jurisdição *ratione loci e ratione personae*

Há, atualmente, cinco princípios gerais nos quais o exercício da jurisdição criminal se baseia:<sup>124</sup> territorial (local onde o crime é cometido); nacionalidade ativa (nacionalidade do perpetrador); nacionalidade passiva (nacionalidade da vítima); proteção dos interesses nacionais (atos que atinjam a segurança do Estado) e universalidade (natureza do crime cometido).<sup>125</sup> O Estatuto de Roma estabelece sistema misto de jurisdição para o TPI, com foco nos princípios de territorialidade e de nacionalidade ativa.

Dos três mecanismos disponíveis para acionar o Tribunal, apenas o encaminhamento de situação pelo CSNU possibilita a investigação e julga-

<sup>121</sup> Id. "If a State becomes a Party to this Statute after its entry into force, the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute for that State, unless that State has made a declaration under article 12, paragraph 3." A declaração da Ucrânia feita sob o art. 12(3) exemplifica tal norma: a primeira declaração, submetida em abril de 2014, aceita a jurisdição do TPI para atos realizados de 21/11/2013 a 22/2/2014. A segunda declaração, submetida em setembro de 2015, é também retroativa, aceitando a jurisdição do Tribunal para atos ocorridos a partir de fevereiro de 2014.

<sup>122</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situação na Côte d'Ivoire. Decisão relativa a informações adicionais fornecidas pela Promotoria sobre possíveis crimes relevantes cometidos entre 2002 e 2010. 22/12/2012. ICC-02/11-36.

<sup>123</sup> SCHABAS, William. Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 56.

<sup>124</sup> BROWNIE, Ian. Principles of Public International Law. 6.ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 303-312.

<sup>125</sup> SHAW, Malcolm N. International Law. 4.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 458-470.

mento de crimes sem vínculo territorial ou de nacionalidade ativa com Estado que tenha aceitado a jurisdição do TPI. Nos demais casos (encaminhamento por Estado Parte ou investigação de ofício pela Promotoria), o art. 12 do Estatuto de Roma exige vínculo territorial ou de nacionalidade ativa entre o crime e um Estado Parte no Estatuto. O referido instrumento internacional prevê também que terceiros Estados podem aceitar a jurisdição do Tribunal para crimes cometidos em seu território ou por seus nacionais, por meio de declaração expressa.<sup>126</sup>

A ênfase na territorialidade e na nacionalidade ativa para ativar a jurisdição do TPI pode ser explicada pela ampla aceitação de tais princípios na comunidade internacional. De fato, o exercício da jurisdição criminal esteve historicamente ligado, se não mesmo limitado, ao território do Estado e, por conseguinte, ao território sob o controle de determinada autoridade legal que exercesse soberania *de jure* ou *de facto*.<sup>127</sup> A jurisdição territorial tende, ademais, a apresentar vantagens práticas: o *locus delicti commissi* é, via de regra, o local onde é mais fácil a obtenção de provas;<sup>128</sup> e as vítimas, as provas e o próprio suspeito normalmente encontram-se localizados no Estado em que o crime ocorreu.<sup>129</sup> O Estatuto de Roma permite, portanto, que o TPI exerça jurisdição sobre nacional de Estado não-Parte, contanto que “ao menos um elemento jurídico ou parte”<sup>130</sup> do

<sup>126</sup> Até 20/7/2020, o TPI já recebeu cinco Declarações com base no art. 12(3). As de Côte d’Ivoire resultaram em investigação formal da Promotoria, autorizada pelo Juízo de Instrução. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Instrução III. Situação em Côte d’Ivoire. Decisão conforme o art. 15, relativa à Autorização para o Início de Investigações. 03/10/2011. ICC-02/11-14. A primeira declaração do Estado da Palestina levou a uma decisão da Promotoria de não investigar a referida situação (Decisão do Procurador, 03/04/2012). A Palestina, então, submeteu nova declaração (2015), seguida de denúncia de sua situação (2018), fatores que levaram a outro exame preliminar (iniciado em 2015), o qual culminou em decisão da Promotora de iniciar investigações formais (2019). As declarações da Ucrânia levaram a exame preliminar, ainda em andamento.

<sup>127</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, out./nov. 2001. p. 90.

<sup>128</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 278.

<sup>129</sup> BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5.ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 303; Kamminga, Menno T. The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences. In: *International Law Association, Report of the Sixty-Eighth Conference held at Taipei, Taiwan, Republic of China, 24-30 May 1998*, 563-583. Londres: International Law Association, 1998.

<sup>130</sup> A noção de que bastaria parte do crime ser cometido para que o TPI possa exercer jurisdição foi desenvolvida pelo Juízo de Instrução I em decisão que autoriza a Promotoria a investigar crimes contra a humanidade na situação relativa a Bangladesh/Myanmar. Nas palavras dos magistrados:

crime tenha sido cometido no território de Estado que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal.<sup>131</sup>

Tradicionalmente, junto com a territorialidade, a nacionalidade ativa sempre costumou ser considerada como fundamento jurisdicional, funcionando como critério de permissibilidade da autoridade dos tribunais domésticos e internacionais para julgar determinadas condutas.<sup>132</sup> A jurisdição baseada nesse princípio permite estender a jurisdição criminal a condutas cometidas em qualquer lugar do mundo,<sup>133</sup> inclusive no território de Estados que não são Parte no Estatuto de Roma.

Outras propostas suscitadas na Conferência de Roma – como o de exercício de jurisdição universal, ou de regime optativo conforme o crime – foram em grande medida afastadas.<sup>134</sup> Conquanto se argumente que os encaminhamentos de situação pelo CSNU representem uma espécie de “jurisdição universal” do TPI,<sup>135</sup> a experiência recente demonstra que tais casos, em geral, resultam em escopo jurisdicional ainda mais limitado. Os encaminhamentos das situações em Darfur<sup>136</sup> e na Líbia,<sup>137</sup> tal como aprovados pelo CSNU, parecem exigir, além do vínculo territorial, também o de nacionalidade ativa, uma vez que expressamente excluem da jurisdição do TPI os nacionais de Estados não-Partes no Estatuto de Roma (apenas com a exceção do país cuja situação fora encaminhada).<sup>138</sup>

---

“the Chamber considers that the preconditions for the exercise of the Court’s jurisdiction pursuant to article 12(2)(a) of the Statute are, as a minimum, fulfilled if at least one legal element of a crime within the jurisdiction of the Court or part of such a crime is committed on the territory of a State Party.” (ICC-RoC46(3)-01/18, p. 36).

<sup>131</sup> A exceção seria para o crime de agressão, em que ambos os critérios de territorialidade e nacionalidade ativa devem estar presentes para que o TPI possa atuar. Estatuto de Roma, art. 15bis, parágrafo 5.

<sup>132</sup> SCHACHTER, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985. p. 254.

<sup>133</sup> REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 21.

<sup>134</sup> KIM, Young Sok. *The Preconditions to the Exercise of the Jurisdiction of the International Criminal Court: with focus on article 12 of the Rome Statute*. Michigan State University – DCL Journal of International Law, vol. 8, 1999, p. 47-90.

<sup>135</sup> Ver, nesse sentido, ZOMPETTI, Joseph P. e ZOMPETTI, Suzette W (eds.). *International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*. New York, NY, USA: International Debate Education Association, 2003. p. 16.

<sup>136</sup> Resolução CSNU 1593, adotada na 5158a. Reunião, em 31/03/2005.

<sup>137</sup> Resolução CSNU 1970, adotada na 6491a. Reunião, em 26/02/2011.

<sup>138</sup> Tal restrição está contida, por exemplo, no parágrafo 6 da Resolução CSNU 1970 (2011): “Decides that nationals, current or former officials or personnel from a State outside the Libyan Arab Jamahiriya which is not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court shall be

### 3. ESTUDO DE CASO: PROMOTORIA V. THOMAS LUBANGA DYILO

O caso *Promotora v. Thomas Lubanga Dyilo*, relativo à situação na República Democrática do Congo, é considerado um marco não apenas na história do TPI, mas também da justiça internacional penal. Trata-se do primeiro julgamento, da primeira condenação, da primeira fixação da pena e da primeira decisão sobre reparações do Tribunal. Somente na primeira instância, foram ao total 204 dias de audiência, 622 decisões e ordens judiciais (orais ou por escrito), 67 testemunhas, e mais de 1300 elementos de prova.<sup>139</sup> A participação de vítimas no processo, também uma novidade no âmbito da justiça internacional criminal, contemplou 129 pessoas, que puderam participar do julgamento por meio da submissão de provas e de indagações às testemunhas.<sup>140</sup>

A situação da República Democrática do Congo (RDC) foi referida pelo próprio país ao TPI em março de 2004,<sup>141</sup> e começou a ser investigada pela Promotora em junho do mesmo ano.<sup>142</sup> Após as audiências de confirmação das denúncias, realizadas em novembro de 2006, o Juízo de Instrução I concluiu, em decisão de janeiro de 2007, que havia fundamentos razoáveis para supor que houve conflito armado na região de Ituri pelo menos entre julho de 2002 e dezembro de 2003, com o envolvimento de distintos grupos armados e Estados vizinhos. Lubanga, ao ocupar o comando das “Forces patriotiques pour la libération du Congo” (FPLC) em grande parte desse período, teria o controle de fato sobre o recrutamento e alistamento de crianças com menos de 15 anos para as FPLC. As vítimas seriam levadas a campos de treinamento, onde passavam até dois meses,

---

subject to the exclusive jurisdiction of that State for all alleged acts or omissions arising out of or related to operations in the Libyan Arab Jamahiriya established or authorized by the Council, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by the State”.

<sup>139</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. *Promotora v. Thomas Lubanga Dyilo*. Julgamento em conformidade com o art. 74 do Estatuto de Roma, 14/03//2012. ICC-01/04-01/06-2842. p. 14-15, parágrafo 11.

<sup>140</sup> *Id.*, p. 15-19. O número, embora expressivo, é significativamente inferior ao de outros casos no TPI. Somente no *Promotora v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Situação na República Centro-Africana), já foi autorizada a participação de mais de 4000 vítimas.

<sup>141</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Presidência. Situação na República Democrática do Congo. Caso *Promotora v. Thomas Lubanga Dyilo*. Decisão para atribuir a situação na RDC ao Juízo de Instrução I. 05/07/2004. ICC-01/04-1, p. 4.

<sup>142</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Nota à imprensa da Promotora. ICC-OTP-20040623-59.

para depois serem muitas vezes colocadas na linha de frente dos combates que tiveram lugar na RDC.<sup>143</sup>

A partir da confirmação das denúncias, foi constituído o Juízo de Julgamento I,<sup>144</sup> o qual teve de interromper o processo em junho de 2008 por considerar impossível garantir um julgamento justo do acusado, face à recusa da Promotoria em disponibilizar à defesa provas fundamentais para a instrução do processo.<sup>145</sup> A soltura de Lubanga, que chegou a ser decretada em razão disso,<sup>146</sup> foi evitada por decisão do Juízo de Recursos,<sup>147</sup> o qual, entretanto, manteve a suspensão dos procedimentos, retomados somente em janeiro de 2009. Novamente, em 2010, houve nova suspensão do julgamento, também em decorrência da recusa da Promotoria em cumprir ordens promulgadas pelos juízes do TPI.<sup>148</sup>

Lubanga, preso desde março de 2006, foi considerado culpado por co-perpetração, nos termos do art. 25.3(a) do Estatuto de Roma. O Juízo de Julgamento I foi unânime ao condenar o réu pelo crime de recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades, no contexto de conflito armado não-internacional (art. 8.2.e.vii do Estatuto de Roma).<sup>149</sup> A decisão do Juízo de Julgamento I se afasta, assim, da conclusão dos magistrados de instrução segundo os quais parte dos crimes teria ocorrido em contexto de conflito internacional.<sup>150</sup>

<sup>143</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Instrução I. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Decisão de Recebimento das Denúncias. 29/01/2007. ICC-01/04-01/06-803.

<sup>144</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Presidência. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Decisão para Instituir o Juízo de Julgamento I. 06/03/2007. ICC-01/04-01/06-842.

<sup>145</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Decisão relativa às consequências de não divulgação de provas exculpatórias. 13/06/2008. ICC-01/04-01/06-1401.

<sup>146</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Decisão de Soltura de Thomas Lubanga Dyilo. 02/07/2008. ICC-01/04-01/06-1418.

<sup>147</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Recursos. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Julgamento sobre o recurso da Promotoria contra a decisão em favor da soltura de Thomas Lubanga Dyilo. 21/10/2008. ICC-01/04-01/06-1487

<sup>148</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Decisão sobre Requerimento de Urgência da Promotoria. 08/07/2010. ICC-01/04-01/06-2517.

<sup>149</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Julgamento em conformidade com o art. 74 do Estatuto de Roma, 14/03//2012. ICC-01/04-01/06-2842.

<sup>150</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Instrução I. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Decisão de Recebimento das Denúncias. 29/01/2007. ICC-01/04-01/06-803.

Em decisão subsequente, o TPI imputou a Thomas Lubanga a pena de 14 anos de prisão, dos quais foi deduzido o tempo já servido pelo réu na prisão. Ainda que não fosse formalmente necessário, a decisão refere-se à razão de existência do crime internacional de recrutamento e uso de menores de 15 anos como soldados. Ressalta a vulnerabilidade das crianças e a gravidade da conduta tipificada no Estatuto de Roma, a qual traz consequências muitas vezes perpétuas para vítimas e familiares. Deve-se ter em conta que muitas vezes as próprias “crianças soldado” deixam de ser vistas como vítimas em suas comunidades de origem, às quais dificilmente logram retornar. Nesse contexto, aliás, inserem-se os votos, em separado e dissidente, proferidos pela Juíza Elizabeth Odio Benito, para quem a pena deveria ter sido maior, em razão dos danos causados às vítimas e familiares.<sup>151</sup>

A decisão não aplica agravantes à pena, a qual foi consideravelmente inferior ao pedido da promotoria (30 anos, ou 20 anos associado a um pedido de desculpas). Parecem ter pesado, em favor de Lubanga, não só os elementos apresentados pela defesa nas audiências sobre a questão, mas o depoimento prestado pelo próprio condenado na ocasião, quando fez alusão aos massacres ocorridos em Ituri entre 1999 e 2003, ao caos que reinava na região, e à responsabilidade do governo em Kinshasa por graves crimes internacionais (‘those who are responsible for those massacres are still in power in Kinshasa’, alegou Lubanga na audiência).<sup>152</sup> Tais fatores, somados à atuação do então Promotor,<sup>153</sup> tanto no processo quanto na escolha dos acusados e dos crimes imputados, parecem ter levado a pena a patamar inferior daquele esperado por vítimas e familiares. Restava, ainda, aguardar a decisão sobre reparações.

<sup>151</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Instrução I. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Decisão em conformidade com o art. 76 do Estatuto. 10/07/2012. ICC-01/04-01/06-2901.

<sup>152</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Ata da audiência realizada em 13/06/2012. ICC-01/04-01/06-T-360-Red2-ENG. p. 67.

<sup>153</sup> A atuação do Promotor foi duramente criticada tanto na decisão de condenação de Lubanga, quanto na relativa à fixação da pena. O Juízo de Julgamento I chegou a afirmar, por exemplo, que “The Chamber spent a considerable period of time investigating the circumstances of a substantial number of individuals whose evidence was, at least in part, inaccurate or dishonest. The prosecution’s negligence in failing to verify and scrutinise this material sufficiently before it was introduced led to significant expenditure on the part of the Court.” TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Julgamento em conformidade com o art. 74 do Estatuto de Roma, 14/03/2012. ICC-01/04-01/06-2842. p. 219, parágrafo 482.

### 3.1. Reparações às vítimas

Foi somente em agosto de 2012 que o TPI promulgou a esperada decisão que estabelece os princípios e procedimentos para as reparações às vítimas no caso *Promotoria v. Thomas Lubanga*.<sup>154</sup> O Juízo de Julgamento I se absteve de analisar os pedidos individuais das vítimas, delegando a tarefa de determinar as formas de reparação e de implementá-las ao Fundo Fiduciário para as Vítimas. Uma vez que Lubanga havia sido declarado indigente pelo Tribunal, a ele não caberia o pagamento de compensação às vítimas. Segundo os magistrados do TPI, a eventual participação do réu nas reparações (com pedido de desculpas, por exemplo) seria bem-vinda, mas não obrigatória.<sup>155</sup>

A primeira decisão sobre reparações no TPI recorre à jurisprudência de tribunais de direitos humanos, sobretudo a Corte Interamericana, para estabelecer os princípios aplicáveis no caso. Os magistrados pareceram adotar abordagem de direitos humanos nesta fase processual, em claro contraste com os demais julgamentos – que, como se esperaria, seguem abordagem de direito penal. Neste julgamento, por exemplo, o Juízo de Julgamento I fez menção expressa às vítimas de crimes de gênero, apesar de ter afastado tais condutas como circunstâncias agravantes na fixação da pena de Lubanga. Ademais, a preocupação em evitar a perpetuação de práticas discriminatórias foi constante ao longo da decisão, que reiteradas vezes enfatizou a necessidade de que todos os aspectos das reparações sejam inclusivos sob a perspectiva de gênero. Outro fator que distingue esta decisão daquelas de natureza penal está na mudança de foco do acusado para a vítima. Como afirmou o Tribunal, “[i]n all matters relating to reparations, the Court shall take into account the needs of all the victims”.<sup>156</sup>

Para o Juízo de Julgamento I, o direito à reparação configura direito humano básico plenamente estabelecido,<sup>157</sup> refletido em tratados internacionais

<sup>154</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Julgamento I. Situação na República Democrática do Congo. *Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo*. Decisão estabelecendo os princípios e procedimentos a serem aplicados às reparações, 07/08/2012. ICC-01/04-01/06-2904.

<sup>155</sup> Id., p. 81, parágrafo 241; p. 88, parágrafo 269.

<sup>156</sup> Id., p. 68, parágrafo 189.

<sup>157</sup> Id., p. 66, parágrafo 185. Nas palavras do Tribunal, “the right to reparations is a well-established and basic human right, that is enshrined in universal and regional human rights treaties, and in other international instruments, including the UN Basic Principles; the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power; the Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime; the Nairobi Declaration; the Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and



e regionais. Os magistrados adotaram conceito amplo de vítimas, de modo a abarcar também as pessoas que não participaram do processo no Tribunal. Determinaram que o Secretariado do TPI deveria decidir a melhor forma de fazer com que as vítimas sejam representadas nesta fase do processo.

A decisão determinou que as reparações deveriam visar, na medida do possível, à reconciliação entre o condenado, as vítimas e as comunidades afetadas. Deveria ainda ser dada prioridade às vítimas em situação vulnerável, inclusive por meio de ações afirmativas destinadas a assegurar-lhes o acesso igualitário, efetivo e seguro às reparações. O aspecto preventivo integra, também, os princípios de reparação, a qual deveria buscar medidas para reabilitar as ‘crianças-soldado’ e reintegrá-las na sociedade.

Ao enfatizar que as reparações individuais e coletivas não são excludentes, o Juízo de Julgamento inclinou-se para a segunda opção. Ressaltou, ademais, que eventuais reparações individuais deveriam evitar a criação de tensões e divisões dentro das comunidades afetadas. As reparações coletivas, por sua vez, poderiam incluir o provimento de serviços médicos e assistência para reabilitação, moradia, educação e treinamento.

Ainda que o art. 75 do Estatuto de Roma mencione apenas restituição, compensação e reabilitação como formas de reparação, o Juízo de Julgamento seguiu o exemplo da Corte Interamericana para listar outras formas de remédio às vítimas. A decisão sugeriu, nesse contexto, a ampla divulgação do teor do julgamento condenatório de Lubanga, o apoio a campanhas com vistas a melhorar a situação das vítimas, o estabelecimento de programas destinados a informar as vítimas sobre os resultados do processo, bem como campanhas educacionais para reduzir a estigmatização e marginalização dos que sofreram danos com os crimes.

A decisão de reparações em primeira instância foi o primeiro passo em sucessivos acórdãos tanto do Juízo de Julgamento quanto em grau de recurso. Nesse meio tempo, outros dois casos chegaram à fase de reparações: Promotoria v. Katanga (situação na RDC) e Promotoria v. Al Mahdi (situação no Mali). O julgamento do Juízo de Recursos, emanada somente em julho de 2019, beneficiou-se, portanto, da experiência dos dois outros casos, cujas abordagens sobre reparações divergiram não só em relação ao precedente Lubanga, mas também entre si.

A referida decisão em grau de recurso mantém a discricionariedade dos juízos de primeira instância no estabelecimento de critérios para reparações,

---

on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa; and the Paris Principles. These international instruments, as well as certain significant human rights reports, have provided guidance to the Chamber in establishing the present principles.”

embora ofereça diretrizes na matéria. Dentre suas principais mensagens, está a recomendação para que os magistrados foquem nos custos para reparar os danos causados.<sup>158</sup> O julgamento deixa em aberto a possibilidade tanto de reparações individuais quanto coletivas. Ademais, é digno de nota que o Juízo de Recursos reconhece a natureza “sui generis” dos procedimentos de reparação, ressaltando a necessidade de equilibrar os direitos das vítimas e dos condenados.<sup>159</sup> Por outro lado, é evidente a redução do diálogo com a jurisprudência de outros tribunais, especialmente de direitos humanos, na decisão do Juízo de Recursos, o qual limita-se a mencionar casos dos sistemas europeu e interamericano apenas no que tange a noções de devido processo legal e paridade de armas.<sup>160</sup>

#### 4. POLÍTICA E JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL: O CASO DO TPI

Logo após os horrores da II Guerra Mundial, o Tribunal de Nuremberg, em um de seus julgamentos, mencionou *dicta* que até hoje é lembrado e constantemente repetido pela doutrina: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law be enforced”.<sup>161</sup> A ideia de que crimes são cometidos por indivíduos – e que, portanto, sobre eles deveria recair a responsabilidade pelo seu cometimento, está na essência do direito internacional criminal e, por conseguinte, dos tribunais internacionais penais.

A individualização da responsabilidade, porém, traria consigo o risco de colocar em segundo plano o que por vezes seria a causa maior dos crimes internacionais: a existência de estruturas políticas e organizacionais mais amplas, e essencialmente coletivas.<sup>162</sup> Ao mesmo tempo, a estratégia original

<sup>158</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Juízo de Recursos. Situação na República Democrática do Congo. Caso Promotoria v. Thomas Lubanga Dyilo. Julgamento do recurso contra decisão determinando o alcance das reparações. 18/07/2019. ICC-01/04-01/06 A7 A8, p. 42-43.

<sup>159</sup> Id., p. 99.

<sup>160</sup> Id., pp. 99 e 103.

<sup>161</sup> Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, vol. I, Nürnberg 1947, p. 223.

<sup>162</sup> KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 6, 2002. p. 14-16. Em suas palavras: “The acts of former Nazis or the Communist Party Politbüro – or perhaps more mundanely, Stasi agents or members of apartheid hit-squads – were not anti-social in the way of regular criminality but part of the political “normality” of criminal societies”. p. 16.

do TPI de priorizar a persecução dos “principais responsáveis” pelos crimes mais graves – em geral pessoas em posição de liderança – torna difícil desassociar completamente o indivíduo acusado da organização ou Estado que ele/ela representa. Tal fator, entretanto, não deveria fomentar críticas à responsabilização individual, mas sim suscitar reflexão sobre o papel da responsabilidade internacional dos Estados nesse cenário.<sup>163</sup>

São inegáveis as complexidades encontradas na aplicação do direito relativo a crimes internacionais no âmbito de instâncias judiciais internacionais penais. Ademais da dificuldade de obtenção de provas, a longa duração dos julgamentos e a pressão por condenações geram ainda mais instabilidade ao sistema. Os críticos aos tribunais internacionais argumentam, outrossim, que tais instituições não atenderiam aos objetivos para os quais foram criadas, para a seguir mencionarem as mais variadas razões para a criação de cortes criminais: aspecto didático, estabelecimento da verdade, efeito dissuasivo, punição, retribuição e transição.<sup>164</sup> Parece faltar na análise um dos valores mais vinculados ao direito: a justiça.<sup>165</sup>

O TPI surgiu como resposta às tradicionais críticas de que seus predecessores eram “tribunais de vencedores” ou “instituições impostas de fora para dentro”. Não raro os textos explicativos do TPI começam com referência ao fato de ser este o primeiro tribunal permanente, independente, e baseado em tratado internacional.<sup>166</sup> O preâmbulo do Estatuto de Roma, ademais, auxilia a esclarecer quais seriam os objetivos e fundamentos para a criação do Tribunal: garantir o respeito e o cumprimento da justiça

<sup>163</sup> Sobre o tema, ver BONAFÈ, Beatrice. *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009; JORGENSEN, Nina H. B. *The Responsibility of States for International Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

<sup>164</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *Between Impunity and Show Trials*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 6, 2002.

<sup>165</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*. Nova York: the Viking Press, 1964. p. 2 (“Justice demands that the accused be prosecuted, defended, and judged, and that all the other questions of seemingly greater import - of “How could it happen?” and “Why did it happen?,” of “Why the Jews?” and “Why the Germans?,” of “What was the role of other nations?” and “What was the extent of coresponsibility on the side of the Allies?,” of “How could the Jews through their own leaders cooperate in their own destruction?” and “Why did they go to their death like lambs to the slaughter?” - be left in abeyance); p. 253 (“The purpose of a trial is to render justice, and nothing else”).

<sup>166</sup> Os próprios documentos informativos do TPI em geral contém a afirmação: “The International Criminal Court (ICC), governed by the Rome Statute, is the first permanent, treaty based, international criminal court established to help end impunity for the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community.” Sítio do TPI. Disponível em: [http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menu/ICC/About%20the%20Court/Pages/about%20the%20court.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/About%20the%20Court/Pages/about%20the%20court.aspx)

internacional; e acabar com a impunidade e assim contribuir para a prevenção dos crimes mais graves – atrocidades que chocam profundamente a consciência da humanidade.<sup>167</sup>

Tal abordagem coaduna-se com o processo histórico de humanização do direito internacional,<sup>168</sup> o qual se tornaria, afinal, um “direito interno da humanidade.”<sup>169</sup> Considerações básicas de humanidade seriam verificadas em diferentes áreas do direito internacional contemporâneo, estando presentes em todo o seu *corpus juris*.<sup>170</sup> Refletiriam algo da essência do ser humano, algo comum a toda a humanidade. Para ilustrar, cite-se o que afirmou uma sobrevivente do genocídio de Ruanda, de etnia Tutsi, ao ser salva da morte por uma mulher Hutu: “Escondida por onze dias, comprimida sob uma fossa, sou ajudada por uma jovem mulher. Ela é Hutu, e humana.”<sup>171</sup>

Violações graves de direitos tão fundamentais aos seres humanos, violações essas consubstanciadas na ideia de crimes internacionais, chocariam a consciência de toda a humanidade.<sup>172</sup> Assim que “cada ato de tortura, cada violação do que passamos a chamar de direito humano fundamental, diminui a cada um de nós, independentemente de quem cometeu ou de onde o ato foi cometido.”<sup>173</sup>

A ênfase no combate à impunidade, por sua vez, relaciona-se com a necessidade de reprimir atrocidades que não seriam mais toleradas pela sociedade internacional, de modo a tentar impedir aqueles que tencionam cometer tais crimes.<sup>174</sup> Vincula-se, ademais, à situação das vítimas de crimes

<sup>167</sup> Estatuto de Roma, Preâmbulo.

<sup>168</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1083.

<sup>169</sup> ABI-SAAB, Georges. Humanité et communauté internationale dans la dialectique du droit international. In *Humanité et Droit International: Mélanges René-Jean Dupuy*. Paris: Pédone, 1991. p. 1-4.

<sup>170</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. International law for humankind: towards a new jus gentium. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, vol. 317, 2005. p. 21.

<sup>171</sup> “Hidden for 11 days, huddled under a sink, I am helped by a young woman. She is hutu, and human.” MUKAGASANA, Yolande. Surviving and bearing witness, without hate, simply in order to rebuild. In: *Forum: War and Accountability*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002. p. 7.

<sup>172</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, *Order, Bélgica v. Senegal*, 28 de maio de 2009. Voto Dissidente do Juiz Cançado Trindade. para 103.

<sup>173</sup> WEISS, Peter. The Future of Universal Jurisdiction. In: KALECK, Wolfgang et al. *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Heidelberg: Springer, 2007.

<sup>174</sup> DRUMBL, Mark A. Atrocity, Punishment and International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 169-172.

internacionais, para quem o anseio por justiça se torna parte integrante de sua existência e de seu processo de reabilitação. Nesse sentido, é interessante notar o depoimento de um advogado que, na década de 1990, trabalhou auxiliando os cidadãos da Bósnia durante o conflito:

Sejam indivíduos ou sociedades inteiras, aqueles que saem de uma história de abuso e de trauma massivo, são mal aconselhados a reprimir o passado doloroso no lugar de confrontá-lo, lidando com ele. (...) Somente a total responsabilização de cada pessoa envolvida pelos eventos passados pode ajudar as pessoas na Bósnia-Herzegovina a voltar a viver como antes.<sup>175</sup>

O depoimento destaca, ainda, a importância que o julgamento dos criminosos tem para as vítimas, pois dá a elas a sensação de que a justiça foi feita.<sup>176</sup> Assim, lado a lado com a responsabilização criminal dos perpetradores, está também o direito das vítimas de acesso à justiça.

A persecução penal internacional tem sido esporádica, limitada em número e seletiva: até hoje, nenhum nacional dos cinco membros permanentes do CSNU foi julgado por um tribunal internacional.<sup>177</sup> Como afirmou Bassiouni, “(...) por vezes, tribunais se curvam às vontades das maiores potências em relação a quem processar, com base em quais denúncias, e quando”.<sup>178</sup> O TPI também tem enfrentado desafios quanto à crescente participação de vítimas, e seu possível impacto na duração do processo e nos

<sup>175</sup> Tradução livre do original: “Whether individuals or whole societies, those emerging from a history of abuse and massive trauma are ill advised to repress the painful past rather than confronting and dealing with it. (...) Only the full accountability of everyone involved for past events can help people in Bosnia-Herzegovina to live again as they lived for centuries.” FINCI, Jakob. War and accountability: one Bosnian’s view. In: Forum: War and Accountability. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002. p. 66-69.

<sup>176</sup> “They [the trials] provide victims with a sense of justice – a feeling that their grievances have been addressed on at least one level and can more easily be put to rest rather than smouldering in anticipation of the next round of conflict.” FINCI, Jakob. War and accountability: one Bosnian’s view. In: Forum: War and Accountability. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002. p. 67.

<sup>177</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. International Criminal Justice in Historical Perspective: the Tension Between States’ Interests and the Pursuit of International Justice. In: CASSESE, Antonio (ed.). The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 131.

<sup>178</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to international criminal law. 2.ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 642-643. O autor prossegue: “no evidence allowing such exceptionalism or hegemonic influence appears anywhere. There are no fingerprints, but those working in the niveyards of international criminal justice get the message. If not, they unexpectedly find their work slowed down by bureaucratic entanglements, dried-up funding, and negative media publicity, followed by personal attacks and the threat of removal from office.”

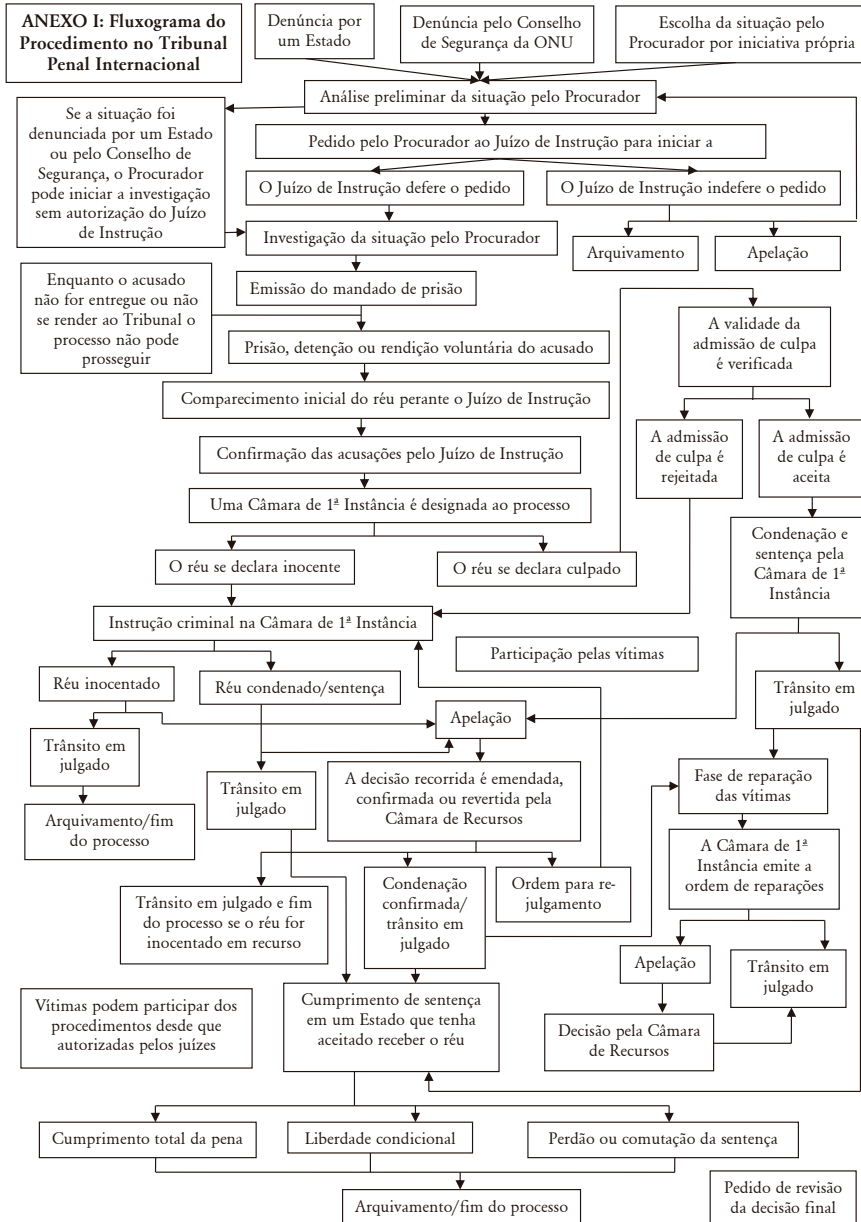
direitos dos acusados. Há dúvidas quanto à capacidade de se assegurarem reparações suficientes às vítimas, sobretudo tendo em conta que a maior parte dos réus foi declarada indigente.

Ainda é cedo para avaliar se o TPI poderá lograr os objetivos e aproximar-se das aspirações contidas no preâmbulo do Estatuto de Roma. Os primeiros vinte anos do Tribunal representaram um período de construção e consolidação institucional, e viram crescer o número de situações e casos em investigação ou julgamento. Ainda há desafios significativos ao Tribunal, como a seleção de situações – de modo a afastar críticas quanto à ênfase em determinadas regiões –, e de casos dentro de uma mesma situação – para evitar a impressão de que apenas “um lado” estaria em investigação. Muitas questões relativas a participação das vítimas, complementaridade, cooperação e reparações, dentre outros temas, ainda estão em aberto, e possivelmente serão definidas com o tempo e a experiência adquirida pelo Tribunal.

Como afirmado durante a Cerimônia de Abertura para Assinaturas do Estatuto de Roma, em julho de 1998, “o Tribunal Penal Internacional não será a solução para todos os males da humanidade. Não eliminará os conflitos, não trará as vítimas de volta à vida, (...) nem levará todos os maiores criminosos à justiça.” Porém, como se afirmou mais adiante, “o TPI nos lembrará de não esquecer esses crimes terríveis (...) [e], se ele salvar apenas uma vida, será como tivesse salvado toda a humanidade”.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> M. Cherif Bassiouni, Discurso realizado na Cerimônia de Roma, que marcou a abertura do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional para assinaturas, em 18/07/1998.



## ANEXO II: LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL<sup>180</sup>

**11 de dezembro de 1946** - A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 95(I), ratificando os princípios do Direito Internacional reconhecidos pela Carta do Tribunal de Nuremberg, e a Resolução n. 96(I), declarando o genocídio um crime no Direito Internacional e solicitando a preparação de um tratado contra este delito.

**13 de maio de 1947** - Henri Donnedieu de Vabres, o juiz francês no Tribunal de Nuremberg e representante francês no Comitê da Assembleia-Geral da ONU para o Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional e sua Codificação, propõe a criação de uma corte penal internacional.

**Junho de 1947** - O Comitê da Assembleia-Geral da ONU para o Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional e sua Codificação debate a adoção de um Código Penal Internacional e a criação de uma corte penal internacional.

**21 de novembro de 1947** - A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 177 (II), convidando a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a compilar os “Princípios Reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e no Julgamento do Tribunal” e a redigir um “Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade”.

**8 de dezembro de 1948** - A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio é adotada.

**9 de dezembro de 1948** - A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 260B(III), na qual convida a Comissão de Direito Internacional a estudar a conveniência e possibilidade de estabelecer um órgão judicial internacional para o julgamento de pessoas acusadas de genocídio ou outros crimes.

**3 de junho de 1949** - A Comissão de Direito Internacional nomeia dois relatores especiais, Ricardo Joaquín Alfaro (Panamá) e Emil Sandström (Suécia), para estudar a possibilidade de criar um tribunal penal internacional permanente.

**12 de agosto de 1949** - São adotadas as Quatro Convenções de Genebra.

**3 de março de 1950** - Ricardo Joaquín Alfaro apresenta o seu relatório, no qual defende a criação de um tribunal penal internacional. Segundo ele, “[s] e o estado de direito deve governar a comunidade de Estados e protegê-la

---

<sup>180</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.



contra violações da ordem pública internacional, ele só pode ser satisfatoriamente estabelecido pela promulgação de um código penal internacional e pelo funcionamento permanente de uma jurisdição penal internacional” (§ 136).

**30 de março de 1950** – Emil Sandström apresenta o seu relatório, no qual se opõe à criação de um tribunal penal internacional. Segundo ele, “[...] os pontos contrários superam os favoráveis. Um órgão judicial criminal permanente estabelecido na própria organização da comunidade internacional seria inviabilizado por defeitos muito graves e faria mais mal do que bem. O tempo ainda não pode ser considerado apropriado para o estabelecimento de tal órgão” (§ 39).

**12 de dezembro de 1950** – Seguindo a recomendação de Ricardo Joaquín Alfaro, a Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 489(V), por meio da qual criou um comitê composto por dezessete Estados para redigir o estatuto de um tribunal penal internacional. O Brasil era membro desse comitê.

**Junho de 1950** – A Comissão de Direito Internacional adota os “Princípios Reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e no Julgamento do Tribunal”.

**4 de setembro de 1951** – O comitê criado em 12 de dezembro de 1950 adota a sua proposta de estatuto para um tribunal penal internacional.

**5 de dezembro de 1952** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 687(VII), por meio da qual criou um segundo comitê, constituído novamente por dezessete Estados, para revisar o estatuto do tribunal penal internacional adotado em 4 de setembro de 1951.

**12 de dezembro de 1950** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 488 (V), convidando os Estados a apresentar comentários aos “Princípios Reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e no Julgamento do Tribunal” adotados pela Comissão de Direito Internacional.

**1953** – O comitê estabelecido em 5 de dezembro de 1952 apresenta o seu relatório com uma versão revisada do estatuto para um tribunal penal internacional, contendo diversas modificações em relação à versão anterior.

**Julho de 1954** – A Comissão de Direito Internacional adota a primeira versão do “Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade”.

**4 de dezembro de 1954** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 897 (XI), na qual prorroga o debate acerca do “Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade” devido à ausência de consenso quanto à definição de agressão.

**14 de dezembro de 1954** – Influenciada por tensões políticas associadas à Guerra Fria, a Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 898 (XI), na qual

decidiu adiar as deliberações acerca da criação de uma corte penal internacional até que uma definição para agressão fosse adotada e o debate acerca do “Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade” fosse retomado.

**11 de dezembro de 1957** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 1187 (XII), na qual decidiu adiar, por uma segunda vez, as deliberações acerca da criação de uma corte penal internacional até que uma definição para agressão fosse adotada e o debate acerca do “Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade” fosse retomado.

**14 de dezembro de 1974** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 3314 (XXIX), na qual, depois de muito debate e desacordo entre os Estados, finalmente define agressão. Apesar disso, os debates para a criação de uma corte penal internacional não foram retomados até o fim da Guerra Fria.

**8 de junho de 1977** – São adotados os Dois Protocolos Adicionais às Quatro Convenções de Genebra de 1949.

**10 de dezembro de 1981** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 36/106, na qual convida a Comissão de Direito Internacional a retomar seus trabalhos sobre o “Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade”.

**10 de dezembro de 1984** – A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes é adotada.

**4 de dezembro de 1989** – Por iniciativa de Trinidad e Tobago, um dos Estados caribenhos afetado pelo narcotráfico transnacional e crimes correlatos, a Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 44/39, na qual solicita a Comissão de Direito Internacional a reiniciar o estudo sobre a criação de um tribunal penal internacional para julgar os responsáveis por delitos abarcados pelo Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, incluindo narcotráfico transnacional.

**9 de dezembro de 1991** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 46/54, na qual solicita que a Comissão de Direito Internacional continue seus estudos para a criação de uma jurisdição criminal internacional.

**25 de novembro de 1992** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 47/33, na qual solicita à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um projeto de estatuto para um tribunal penal internacional.

**17 de maio de 1993** – A Comissão de Direito Internacional restabelece o seu Grupo de Trabalho sobre um projeto de estatuto para um tribunal criminal internacional, a fim de redigir esse estatuto.

**Julho de 1993** – O Grupo de Trabalho da Comissão de Direito Internacional restabelecido em 17 de maio de 1993 conclui uma versão preliminar do estatuto para um tribunal criminal internacional, com comentários anexos. O documento é encaminhado à Assembleia-Geral da ONU.

**9 de dezembro de 1993** – A Assembleia-Geral adota a Resolução n. 48/31, na qual solicitou que os Estados apresentem comentários ao projeto de estatuto finalizado pelo Grupo de Trabalho da Comissão de Direito Internacional. Também solicitou à Comissão que continuasse seu trabalho sobre este tópico.

**21 a 22 de julho de 1994** – A Comissão de Direito Internacional adota a versão final do seu projeto de estatuto para um tribunal criminal internacional e os comentários anexos. O projeto de estatuto e os comentários finalizados são encaminhados à Assembleia-Geral da ONU. A Comissão decidiu recomendar à Assembleia-Geral que convocasse uma conferência internacional de plenipotenciários para debater o projeto de estatuto e concluir um tratado sobre o estabelecimento de um tribunal penal internacional.

**9 de dezembro de 1994** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 49/53, por meio da qual criou o Comitê *Ad Hoc* sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, a fim de revisar as principais questões substantivas e administrativas decorrentes do projeto de estatuto apresentado pela Comissão de Direito Internacional e avaliar as modalidades para a convocação de uma conferência internacional conforme recomendado pela Comissão.

**6 de setembro de 1995** – O Comitê *Ad Hoc* sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, instituído pela Resolução da Assembleia-Geral n. 49/53 de 9 de dezembro de 1994, adota o seu relatório, no qual recomenda a elaboração de uma nova proposta de tratado constitutivo para o futuro tribunal penal internacional, a fim de servir de base para os debates na conferência de plenipotenciários.

**11 de dezembro de 1995** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 50/46, por meio da qual criou o Comitê Preparatório sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, a fim de discutir mais profundamente as principais questões decorrentes do projeto de estatuto elaborado pela Comissão de Direito Internacional e elaborar um novo projeto de estatuto amplamente aceitável pelos Estados para servir de base para as negociações na conferência.

**Julho de 1996** – A Comissão de Direito Internacional adota a versão final do “Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade”, com comentários anexos.

**13 de setembro de 1996** - O Comitê Preparatório sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional publica o seu relatório em dois volumes, contendo o texto preliminar comentado de um tratado constitutivo para o futuro tribunal penal internacional. O Comitê recomenda que novas reuniões sejam realizadas antes da conferência, a fim de continuar seus trabalhos de consolidação do texto do projeto de estatuto.

**16 de dezembro de 1996** - A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 51/160, na qual expressa o seu apreço à Comissão de Direito Internacional pela conclusão do “Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade” e solicita comentários e observações escritas pelos Estados sobre o futuro do Código.

**17 de dezembro de 1996** - A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 51/207, por meio da qual decide realizar uma conferência diplomática de plenipotenciários em 1998 com o objetivo de finalizar e adotar um tratado para o estabelecimento de um tribunal penal internacional. A Assembleia também decidiu que o Comitê Preparatório se reuniria novamente em 1997 e 1998, a fim de concluir a redação do texto a ser apresentado para debate na conferência.

**28 de janeiro de 1998** - A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 52/160, na qual decide realizar a conferência internacional de plenipotenciários em Roma, entre 15 de junho e 17 de julho de 1998, a fim de finalizar e adotar um tratado para o estabelecimento de um tribunal penal internacional.

**15 de junho a 17 de julho de 1998** - É realizada a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, em Roma, na Itália. Estiveram presentes 160 Estados, dezesseis organizações intergovernamentais e outras entidades, cinco agências especializadas, nove programas da ONU e 135 organizações não governamentais.

**17 de julho de 1998** - É adotado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) por 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções.

**1º de julho de 2002** - O Estatuto de Roma do TPI entra em vigor.

**11 de março de 2003** - É realizada a sessão inaugural do TPI, no Salão dos Cavaleiros na Haia, nos Países Baixos. Os primeiros juízes do Tribunal tomam posse.

**16 de junho de 2003** - O primeiro Procurador do TPI, Luis Moreno Ocampo (Argentina), toma posse.

**8 de julho de 2005** - O TPI emite os seus primeiros mandados de prisão contra Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen, todos relativos à situação em Uganda.

**29 de janeiro de 2007** – O TPI emite a sua primeira decisão de confirmação de acusações, no caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*.

**26 de janeiro de 2009** – O TPI inicia o seu primeiro julgamento, no caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*.

**4 de março de 2009** – O TPI emite o seu primeiro mandado de prisão contra um Chefe de Estado: Omar Hassan Ahmad Al Bashir, o Presidente do Sudão à época, por crimes cometidos em Darfur.

**14 de março de 2012** – O TPI emite a sua primeira condenação, no caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, condenando o réu pelo crime de guerra de alistamento ou recrutamento de crianças menores de 15 anos e pelo uso dessas crianças em hostilidades, conforme o artigo 8(2)(e)(vii) do Estatuto de Roma.

**15 de junho de 2012** – Fatou Bensouda, a segunda Procuradora do TPI, toma posse.

**10 de julho de 2012** – O TPI emite a sua primeira decisão relativa à pena, no caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, sentenciando o réu a 14 anos de prisão.

**1º de dezembro de 2014** – O Juízo de Recursos do TPI emite a sua primeira decisão de mérito, no caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, na qual manteve o veredito e a sentença de Lubanga.

**7 de março de 2014** – O TPI condena o seu segundo réu no caso *Procurador v. Germain Katanga*, por um crime contra a humanidade (homicídio) e quatro crimes de guerra (homicídio, ataques a uma população civil, destruição de propriedade e pilhagem) cometidos em 24 de fevereiro de 2003 durante o ataque à aldeia de Bogoro, na província de Ituri, na República Democrática do Congo. Katanga era o líder da Força de Resistência Patriótica em Ituri, um grupo armado não estatal.

**23 de maio de 2014** – O TPI sentencia Germain Katanga a 12 anos de prisão.

**27 de setembro de 2016** – O TPI condena o seu terceiro réu, no caso *Procurador v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, pelo crime de guerra de atacar monumentos históricos e edifícios religiosos, incluindo nove mausoléus e uma mesquita, em Timbuktu, no Mali, em junho e julho de 2012. Al Mahdi era um membro da Ansar Dine, uma milícia islâmica tuaregue atuante no Mali. Ele foi o primeiro (e até o momento o único) réu do TPI a confessar seus crimes. Al Mahdi foi sentenciado a nove anos de prisão.

**19 de outubro de 2016** – O TPI emite o seu julgamento no *caso sobre a Administração da Justiça*, envolvendo os réus Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé

Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu e Narcisse Arido.

**21 de março de 2016** – O Juízo de Julgamento em Primeira Instância do TPI emite sua decisão no caso *Procurador v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. O réu era o Presidente e Comandante Militar do Movimento de Libertação do Congo, um grupo armado não estatal da República Democrática do Congo que também atuou no cometimento de crimes na República Centro-Africana. Ele foi declarado culpado por dois crimes contra a humanidade (homicídio e estupro) e três crimes de guerra (homicídio, estupro e pilhagem).

**21 de junho de 2016** – No caso *Procurador v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância do TPI sentencia o réu a 18 anos de prisão.

**8 de junho de 2018** – No caso *Procurador v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, o Juízo de Recursos do TPI inocenta o réu de todas as acusações.

**8 de julho de 2019** – No caso *Procurador v. Bosco Ntaganda*, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância do TPI declara o réu culpado de diversos crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Ntaganda era o comandante das operações das Forças Patrióticas para a Libertação do Congo, um grupo armado não estatal da República Democrática do Congo.

**7 de novembro de 2019** – O TPI sentencia Bosco Ntaganda, em primeira instância, a 30 anos de prisão.

**4 de fevereiro de 2021** – No caso *Procurador v. Dominic Ongwen*, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância do TPI declara o réu culpado de diversos crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Ongwen era um dos comandantes militares do Exército de Resistência do Senhor, um grupo armado não estatal atuante no norte de Uganda.

**12 de fevereiro de 2021** – A Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma elege, por maioria, o britânico Karim Khan como o terceiro Procurador do TPI.

**30 de março de 2021** – No caso *Procurador v. Bosco Ntaganda*, o Juízo de Recursos do TPI confirma a condenação e a sentença emitidos pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

# AS CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS NAS CORTES DO CAMBOJA<sup>1</sup>

*<sup>1</sup>Henrique Choer Moraes  
Mariana Ferolla Vallandro do Valle*

(...) in their effort to prove that everything is possible, totalitarian regimes have discovered without knowing that there are crimes which men can neither punish nor forgive. When the impossible was made possible it became the unpunishable, unforgivable absolute evil which could no longer be understood and explained by the evil motives of self-interest, greed, covetousness, resentment, lust for power, and cowardice (...) (Hanna ARENDT. *The origins of totalitarianism*, Harvest Books, p. 459.)

## INTRODUÇÃO

I am firmly of the view that if the international standards of justice, fairness and the process of law are to be met in holding those who have committed such serious crimes accountable, the tribunal in question must be international in character. (...) The success of any international tribunal of whatever character, however, presupposes the full cooperation of the Government of Cambodia and its readiness to apprehend Khmer Rouge leaders situated in its territory and surrender them to the international tribunal upon request (...).<sup>2</sup>

Ao contrário do que vislumbrava o então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, a respeito do mecanismo para trazer justiça às vítimas do regime do Khmer Vermelho no Camboja, as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do

---

<sup>1</sup> As opiniões expressas no presente artigo não necessariamente refletem as posições do Governo brasileiro.

<sup>2</sup> Documento A/53/850 e S/1999/231, 16 de março de 1999, *Identical letters dated 15 March 1999 from the Secretary-General to the President of the General Assembly and the President of the Security Council*, página 3.

Camboja (CECC) *não* são um tribunal internacional. Ao contrário, como veremos, o modelo finalmente adotado após acordo firmado entre a ONU e o Governo do Camboja tem estrutura híbrida, que mescla elementos internacionais com domésticos.

As CECC foram concebidas para levar a julgamento pessoas responsáveis pelos crimes praticados pelo regime do Khmer Vermelho (17 de abril de 1975 a 7 de janeiro de 1979), durante o qual aproximadamente 1,7 milhões de pessoas pereceram no contexto de uma experiência surreal de engenharia social voltada a instalar uma sociedade rural e sem classes no território do Camboja. Embora nem todos os crimes praticados no período configurem genocídio, esse processo envolveu deslocamentos em massa de pessoas das cidades para o campo, além de – mais gravemente – uma política sistemática de eliminação de pessoas contrárias (de fato ou não) às orientações do regime.<sup>3</sup> Enquanto alguns dos principais líderes do regime (também chamado de “Kampuchea Democrático”), sobretudo Pol Pot, já morreram, outros ainda sobrevivem, embora em idade avançada.

O presente artigo objetiva examinar, 13 anos após o início do funcionamento das CECC, os resultados obtidos pelo órgão, em especial a efetividade em corresponder às expectativas que teriam sido geradas quando se optou por lançar mão da via jurisdicional para punir responsáveis pelos crimes que marcaram o período do Khmer Vermelho.

Esses resultados são mistos, como se procurará demonstrar: naqueles episódios em que puderam funcionar adequadamente, as CECC já produziram jurisprudência que mantém diálogo coerente com decisões de outros tribunais penais internacionais, além de produzir resultado satisfatório do ponto de vista da justiça às vítimas. Ademais, dos sete casos iniciados perante as CECC,<sup>4</sup> quatro já foram integralmente julgados. Dois deles (Casos 001 e 002/1) resultaram em condenações dos réus tanto em primeira quanto em segunda instâncias, sendo que o Caso 002/1 envolveu verdadeiros líderes do Khmer Vermelho. O terceiro caso já julgado (Caso 004/1) foi arquivado pelos

<sup>3</sup> O *Cambodian Genocide Program*, coordenado pela Universidade de Yale, contém fontes importantes de informações sobre o regime do Khmer Vermelho (<http://www.yale.edu/cgp/>).

<sup>4</sup> Inicialmente apenas quatro casos haviam sido levados às CECC, mas dois destes foram desmembrados. O Caso 002 deu origem aos Casos 002/1 e 002/2, enquanto o Caso 004 resultou nos Casos 004, 004/1 e 004/2. *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/TC, Decisão sobre a separação do Caso 002 após a decisão da Câmara da Corte Suprema de 8 de fevereiro de 2013, 26 de abril de 2013, página 70; *AO An, IM Chaen & YIM Tith*, Caso No. 004/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Ordem de separação de IM Chaem do Caso 004, 05 de fevereiro de 2016, parágrafo 7. A ordem de separação relativa ao réu Ao An, que deu origem ao Caso 004/2, não estava disponível ao público quando da elaboração deste artigo (agosto de 2020).



juízes co-investigadores, que concluíram que a acusada não estava submetida à competência *ratione personae* das CECC.<sup>5</sup> Por sua vez, o quarto caso julgado (Caso 004/2) foi arquivado em agosto de 2020 por decisão da Câmara da Corte Suprema, após uma série de controvérsias internas entre os juízes co-investigadores e os juízes da Câmara de Pré-Julgamento sobre o prosseguimento ou não do processo.<sup>6</sup> No Caso 002/2, envolvendo os mesmos réus condenados no Caso 002/1, foi proferida decisão condenatória em primeira instância em 2018, estando o processo atualmente em fase de apelação.

Ao mesmo tempo, constatam-se dificuldades para que avancem investigações contra pessoas que possuem algum grau de vinculação com o atual Governo do Camboja, fator que caracterizou o Caso 004/2 e continua como entrave ao prosseguimento dos Casos 003 e 004. Em outubro de 2011, o então juiz co-investigador internacional, Siegfried Blunk, renunciou ao cargo em razão de alegadas interferências do governo cambojano na condução dos casos.<sup>7</sup> Meses depois, seu substituto – o suíço Laurent Kasper-Ansermet – também apresentou sua renúncia, alegando “*constant and active opposition*” de seu colega, o outro juiz investigador, nacional cambojano, com relação à investigação de determinados suspeitos, pessoas que então eram generais no Exército do Camboja.<sup>8</sup> De igual maneira, conforme o advogado de um dos réus dos Casos 002/1 e 002/2, “[e]very time issues are raised relating to the

<sup>5</sup> *IM Chaem*, Caso No. 004/01/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Ordem de Encerramento (Fundamentos), 10 de julho de 2017. O co-promotor internacional interpôs recurso à Câmara de Pré-Julgamento em face dessa ordem. Embora a Câmara de Pré-Julgamento tenha encontrado falhas na análise dos juízes co-investigadores quanto às evidências do caso e quanto à jurisdição das cortes domésticas do Camboja sobre pessoas não cobertas pela jurisdição das CECC, não obteve a maioria de votos necessária (quatro votos afirmativos) para reformar a ordem, que foi, então, mantida. *IM Chaem*, Caso No. 004/01/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Considerações sobre o recurso do co-promotor internacional da ordem de encerramento (fundamentos), 28 de junho de 2018, parágrafos 46-58, 79-81.

<sup>6</sup> *AO An*, Caso No. 004/2/07-09 2009-ECCC/TC/SC, Decisão sobre o recurso imediato da co-promotora internacional da ordem efetiva de encerramento do Caso 004/2 pela Câmara de Julgamento, 10 de agosto de 2020, parágrafo 71; *AO An*, Caso No. 004/2/07-09 2009-ECCC-OCIJ, Ordem selando e arquivando os autos do Caso 004/2, 14 de agosto de 2020, parágrafo 10.

<sup>7</sup> “Judge Quits Tribunal in Khmer Rouge Inquiry”, *The New York Times*, 10 de outubro de 2011, disponível em: <<https://www.nytimes.com/2011/10/11/world/asia/judge-quits-cambodia-tribunal.html>>, acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>8</sup> “Judge Laurent Kasper-Ansermet’s authority to investigate cases 003 and 004 has been constantly contested by the National Co-Investigating Judge, You Bunleng (...). Judge You Bunleng’s active opposition to investigations into cases 003 and 004 has led to a dysfunctional situation within the ECCC (...).” Press Release from the International Reserve Co-Investigating Judge, 19 de março de 2012, disponível em <<http://www.eccc.gov.kh/en/articles/press-release-international-reserve-co-investigating-judge>>, acesso em: 16 jul. 2020. Ver também: Stéphanie Giry, “Necessary scapegoats? The making of the Khmer Rouge Tribunal”, *New York Review of Books*

*government's interference [sobre os procedimentos nas CECC] the microphones are turned off and the broadcast of the trial breaks*".<sup>9</sup>

Uma possível explicação, quando não um consolo, talvez esteja em aceitar que "[t]he tribunal has an impossible job", diante do complexo envolvimento da população no regime.<sup>10</sup> Seja como for, na qualidade de órgão que conta com apoio internacional, o desafio das CECC é o de gerar resultados com credibilidade embora atuando no marco de sistema judicial ainda em fase de amadurecimento, como é o caso do Judiciário cambojano.

O artigo inicia pelo exame do histórico do estabelecimento das CECC. A parte subsequente aborda os principais aspectos do funcionamento das Câmaras, em especial a sua jurisdição, para, logo após, apresentar o resultado produzido até o momento – i.e., o que já foi julgado, o que se encontra em julgamento e o que enfrenta dificuldades para avançar. Ao final, é analisada a experiência acumulada até o momento pelo órgão, o que permite algumas observações sobre a extensão do que se pode esperar das Câmaras no que toca às expectativas de trazer justiça aos crimes perpetrados pelo regime do Khmer Vermelho.

## 1. O ESTABELECIMENTO DAS CECC

As CECC são o resultado de pedido apresentado, em 1997, pelos então Primeiros-Ministros do Camboja à ONU, com o objetivo de "*bringing to justice those persons responsible for the genocide and crimes against humanity during the rule of the Khmer Rouge from 1975 to 1979*".<sup>11</sup> Pela Resolução 52/135, a Assembleia-Geral da ONU solicitou ao Secretário-Geral que examinasse o pedido das autoridades cambojanas e, em cumprimento à solicitação, o SGONU designou Grupo de Peritos para avaliar a existência de provas capazes de determinar a natureza dos crimes cometidos por líderes do Khmer Vermelho entre 1975-1979; considerar a viabilidade da apreensão de suspeitos; e explorar opções jurídicas para levá-los a julgamento perante órgão de jurisdição nacional ou internacional.<sup>12</sup>

---

blog, 23 de julho de 2012, disponível em <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2012/jul/23/necessary-scapegoats-khmer-rouge-tribunal/>>, acesso em: 2 fev. 2013.

<sup>9</sup> "Milestones in international criminal justice: mixed tribunals and devolved international justice – beyond the ICC", International Law Meeting Summary, Chatham House, 16 de outubro de 2012, intervenção de Michiel Pestman.

<sup>10</sup> "Tried and found wanting", *Economist*, edição de 26 de novembro de 2011.

<sup>11</sup> Documento A/51/930 e S/1997/488, 24 de junho de 1997, "*Identical letters dated 23 June 1997 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly and to the President of the Security Council*".

<sup>12</sup> Documento A/53/850 e S/1999/231, nota 2 acima.

Dentre as recomendações elaboradas pelo Grupo de Peritos, cabe destacar as seguintes:<sup>13</sup>

(i) We recommend that (...) the United Nations establish an ad hoc international tribunal to try Khmer Rouge officials for crimes against humanity and genocide committed from 17 April 1975 to 7 January 1979;

(ii) We recommend that, as a matter of prosecutorial policy, the independent prosecutor appointed by the United Nations limit his or her investigations to those persons most responsible for the most serious violations of international human rights law (...);

(iii) We recommend that the tribunal comprise two trial chambers and an appellate chamber and that the United Nations actively seek to include on the tribunal a Cambodian national whom it believes is qualified, impartial and appropriate.

A opção privilegiada pelo Grupo de Peritos, como se vê, foi a da jurisdição internacional. O Grupo descartou recomendar que os crimes cometidos por oficiais do Khmer fossem julgados por tribunais domésticos cambojanos, em função de características específicas à institucionalidade no Camboja. O Grupo não mediu palavras para esclarecer sua cautela com a opção por tribunais nacionais:

[I]n the light of what we heard during our mission to Cambodia, even from some high official sources, the level of corruption in the court system and the routine subjection of judicial decisions to political influence would make it nearly impossible for prosecutors, investigators and judges to be immune from such pressure in the course of what would undoubtedly be very politically charged trials.<sup>14</sup>

Nem todas as recomendações do Grupo foram acatadas. Talvez a mais notável dentre as recomendações deixadas de lado tenha sido justamente a de submeter os suspeitos a um tribunal internacional.

O relatório, entretanto, tem relevância por haver indicado que há provas suficientes para julgar ex-oficiais do Khmer Vermelho. Além disso, o escopo da jurisdição *ratione materiae* das CECC recebe inspiração do exame realizado pelo Grupo de Peritos sobre os crimes sob os quais poderiam ser tipificadas as condutas de líderes do Khmer Vermelho. Por conta disso,

<sup>13</sup> Ibid, Anexo, páginas 57-58.

<sup>14</sup> Ibid, página 38.

o relatório do Grupo de Peritos foi considerado, pela instância de apelação das CECC (a Câmara da Suprema Corte) como parte importante dos *travaux préparatoires* das normas que devem ser aplicadas pelas Câmaras.<sup>15</sup>

A recomendação de submeter líderes do Khmer Vermelho a um tribunal internacional não foi aceita pelo Governo do Camboja,<sup>16</sup> que considerava o Judiciário local em condições de dar encaminhamento aos julgamentos.

Em nova carta endereçada ao SGONU, o Primeiro-Ministro cambodiano Hun Sen (um dos que assinou a primeira carta e que segue, até hoje, na primatura do país) solicitou que a Organização designasse peritos para minutar legislação com vistas à conformação de tribunal especial dentro da estrutura do Judiciário local.<sup>17</sup>

A nova solicitação cambodiana foi aceita pela ONU. Conforme vislumbrado pela equipe negociadora da Organização, seria possível acomodar a proposta do Governo do Camboja de conceber tribunal sob o direito nacional, desde que houvesse prevalência de funcionários internacionais, a fim de garantir independência e imparcialidade do órgão.<sup>18</sup>

Entretanto, desconsiderando diversas sugestões de texto feitas pela equipe da ONU, em 2001 o parlamento do Camboja adotou legislação pela qual se estabelecia mecanismo jurisdicional com predomínio de elementos cambodianos – a Lei sobre o Estabelecimento das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja para o Julgamento dos Crimes Cometidos durante o período do Kampuchea Democrático (“Lei de 2001” ou “Lei”).<sup>19</sup>

<sup>15</sup> KAING Guek Eav alias Duch, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, 3 de fevereiro de 2012, parágrafo 68.

<sup>16</sup> A mudança de postura do Governo do Camboja com relação ao tratamento dos criminosos do Khmer Vermelho, pouco após a publicação do relatório do Grupo de Peritos, seria atribuída a rearranjo de forças no panorama político doméstico. Em especial, decorreria do êxito do Governo em desmantelar, no final da década de 1990, o que ainda restava do Khmer Vermelho. Essa vitória seria simbolizada pela saída de Nuon Chea e Khieu Samphan – dois líderes do Khmer que serão posteriormente investigados pelas CECC – do Khmer. Suzannah Linton, “Putting Cambodia’s Extraordinary Chambers into context”, *Singapore Yearbook of International Law*, vol. XI, 2007, página 218.

<sup>17</sup> Documento A/57/769, 31 de março de 2003, “*Report of the Secretary-General on Khmer Rouge trials*”, parágrafo 7.

<sup>18</sup> Craig Etcheson, “A ‘Fair and Public Trial’: A Political History of the Extraordinary Chambers”, Justice Initiatives, 2006, disponível em: <[http://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/cont/jinitiatives\\_200604.pdf](http://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/cont/jinitiatives_200604.pdf)>, acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>19</sup> *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006)*, 27 de outubro de 2004, disponível em: <[https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR\\_Law\\_as\\_amended\\_27\\_Oct\\_2004\\_Eng.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf)>, acesso em: 16 jul. 2020.

Ao mesmo tempo, estavam em curso negociações para o estabelecimento de instrumento internacional ONU-Camboja que se ocupasse, sobretudo, da cooperação prestada pela Organização ao funcionamento do órgão. Após longo processo de negociações voltadas a encontrar solução que acomodasse as preocupações do Governo cambojano e os interesses da comunidade internacional,<sup>20</sup> foi assinado, em 2003, o “Acordo entre a ONU e o Reino do Camboja sobre o julgamento sob o Direito do Camboja de Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático” (“Acordo”).<sup>21</sup> A assinatura do Acordo ensejou revisão da Lei de 2001.

O grau de delicadeza do equilíbrio alcançado entre a ONU e o Camboja é bem ilustrado pelo disposto no artigo 28 do Acordo:

Should the Royal Government of Cambodia change the structure or organization of the Extraordinary Chambers or otherwise cause them to function in a manner that does not conform with the terms of the present Agreement, the United Nations reserves the right to cease to provide assistance, financial or otherwise, pursuant to the present Agreement.

Atualmente, a Lei e o Acordo constituem o marco jurídico que regulam o funcionamento das CECC – juntamente com as Regras Internas adotadas pelo órgão em 2007.

## 2. ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DAS CECC

As CECC foram estabelecidas com o propósito de levar a julgamento, nos termos do art. 1º do Acordo, líderes sênior do Kampuchea Democrático e “*those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979*”.<sup>22</sup>

O artigo citado indica o escopo subjetivo e temporal das CECC, além do direito aplicável, temas que detalharemos a seguir, após descrevermos sua estrutura institucional.

<sup>20</sup> A medida das dificuldades enfrentadas pela ONU nas negociações com o lado cambojano pode ser inferida da declaração do SGONU que, em 2002, relatou aos membros da Organização que “I concluded that I was no longer in a position to continue them [as negociações]”. (Documento A/57/769, nota 18 acima).

<sup>21</sup> *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*, 06 de junho de 2003, disponível em: <[https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement\\_between\\_UN\\_and\\_RGC.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf)>, acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>22</sup> *Ibid*, artigo 1º. O artigo 1º. da Lei possui linguagem idêntica, na parte relevante.

Os órgãos que integram as CECC revelam maioria numérica de nacionais do Camboja:

- (i) *Câmara de Pré-Julgamento*, instância de julgamento de questões interlocutórias ao longo dos processos, composta por 5 juízes, sendo 3 cambojanos e 2 estrangeiros (Lei, artigo 20; Acordo, artigo 7);
- (ii) *Câmara de Julgamento*, instância de primeiro grau, composta por 5 juízes, sendo 3 cambojanos e 2 estrangeiros (Lei, artigo 9; Acordo, artigo 3.2(a));
- (iii) *Câmara da Corte Suprema*, instância de apelação, composta por 7 juízes, sendo 4 cambojanos e 3 estrangeiros (Lei, artigo 9; Acordo, artigo 3.2(b));
- (iv) dois *co-promotores*, sendo um cambojano e um estrangeiro (Lei, artigo 16; Acordo, artigo 6.1);
- (v) dois *juízes co-investigadores*, sendo um cambojano e um estrangeiro (Lei, artigo 23; Acordo, artigo 5.1).

*Compensações procedimentais à maioria de cambojanos nos órgãos decisórios:* A fim de compensar a maioria numérica dos cambojanos, a regra para a tomada de decisões é a da “super-maioria”, i.e., 4 votos no caso da Câmara de Pré-Julgamento e na Câmara de Julgamento; e 5 votos na Câmara da Corte Suprema.<sup>23</sup> Em outros termos, as decisões devem contar necessariamente com pelo menos o voto de um juiz estrangeiro. Vale destacar que essa regra não é sempre capaz de garantir um consenso mínimo entre os juízes nacionais e internacionais. Exemplo recente foi a decisão da Câmara de Pré-Julgamento no Caso *Im Chaem* (004/1).<sup>24</sup> Os juízes co-investigadores haviam decidido pelo encerramento do processo, por entenderem que a acusada não se enquadrava nas hipóteses de competência *ratione personae* das CECC, não sendo uma das pessoas mais responsáveis pelos crimes cometidos durante o Kampuchea Democrático. Os juízes nacionais da Câmara de Pré-Julgamento concordaram com tal conclusão,<sup>25</sup> enquanto os dois juízes internacionais a rechaçaram.<sup>26</sup> Diante da impossibilidade de se chegar à maioria de quatro

<sup>23</sup> A esse respeito, v. Robert Petit e Anees Ahmed, “A review of the jurisprudence of the Khmer Rouge tribunal”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 8, número 2, 2010, páginas. 172-3 (no sentido de que a regra da “super-maioria” foi crucial para a aceitação da natureza híbrida que possuem as CECC).

<sup>24</sup> *IM Chaem*, Caso No. 004/01/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Considerações sobre o recurso do co-promotor internacional da ordem de encerramento (fundamentos), nota 5 acima.

<sup>25</sup> *Ibid*, parágrafo 92.

<sup>26</sup> *Ibid*, parágrafos 339-340.

votos necessária para reverter a decisão dos juízes co-investigadores, a ordem de encerramento foi mantida.<sup>27</sup> Prevaleceu, assim, o entendimento dos membros cambojanos da Câmara.<sup>28</sup>

Outro mecanismo que procura assegurar certo “*checking and balancing*” na condução dos processos no âmbito das CECC é a regra aplicável às controvérsias entre os co-promotores e os juízes co-investigadores, por exemplo, em situações em que um co-investigador entende ser o caso de prosseguir com as investigações, mas o outro entende por arquivá-las. Decisão sobre esses casos é de competência da Câmara de Pré-Julgamento que, como assinalado, requer super-maioria para adotar suas deliberações, na ausência de consenso. Conforme a disciplina da Lei e do Acordo (artigos 20 e 7.4, respectivamente), se não for atingida a maioria requerida para uma decisão (i.e., os quatro votos), *o processo deve prosseguir* – ou seja, a norma privilegia a continuidade do caso. Vale notar, no entanto, que essa norma não foi aplicada no Caso 004/2, marcado por uma série de divergências entre as posições dos juízes co-investigadores quanto à continuidade do processo, como será discutido em maiores detalhes na seção IV abaixo.

*Pessoas sujeitas a julgamento*: a regulamentação das CECC incorpora a recomendação do Grupo de Peritos sobre o escopo de suspeitos que deveriam ser priorizados nos julgamentos das CECC e emprega a expressão “*senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible*” pelos crimes praticados no período em questão.

Com efeito, o Grupo de Peritos considerou que a delimitação dos suspeitos a serem levados a julgamento constituiria “*the critical preliminary issue*” na avaliação da viabilidade de punir os responsáveis pelos crimes do Khmer Vermelho (que “*were committed by thousands of individuals with varying levels of responsibility across the country*”).<sup>29</sup>

O valor jurídico da expressão foi examinado na apelação julgada pela Câmara da Corte Suprema no caso *Duch*. O acusado invocou que, sendo um funcionário que não pertencia ao alto escalão do regime, não se enquadrava como “*senior leader who was most responsible*”.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Ibid, parágrafo 81.

<sup>28</sup> Alertas para a possibilidade de divergências entre juízes internacionais e nacionais criarem impasses em determinados casos, deixando as CECC suscetíveis a pressões e influências políticas, foram abordados por Tomas Hamilton e Michael Ramsden, “The Politicisation of Hybrid Courts: Observations from the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”, *International Criminal Law Review*, vol. 14, 2014, página 137.

<sup>29</sup> Documento A/53/850, nota 2 acima, página 30.

<sup>30</sup> *KAING Guek Eav alias Duch*, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 15 acima, parágrafo 45.

A Câmara entendeu que a expressão:

- (i) encerraria duas categorias de sujeitos (os *senior leaders who were most responsible* e aqueles *non-senior leaders who were most responsible*),<sup>31</sup> e não apenas uma, como defendia o réu;
- (ii) não seria passível de revisão judicial (seria, portanto, *non-justiciable*), sobretudo em função da impossibilidade de determinar, com precisão, quem seriam os agentes *most responsible* pelos crimes (o que exigiria elaborar uma espécie de *ranking* de todos os possíveis suspeitos, como atividade prévia à determinação de quem seriam os mais e os menos responsáveis pelos crimes).<sup>32</sup> Da mesma forma, a referência a *senior leaders* não dá ao tribunal elementos suficientes para distinguir pessoas que se enquadrem nessa categoria daquelas que estão excluídas.<sup>33</sup> Em resumo, a expressão “*senior leaders*” não estabelece a jurisdição *ratione personae* das CECC;
- (iii) serviria, apenas, como *orientação de política de investigação e acusação* (dirigida aos juízes co-investigadores e aos co-promotores).<sup>34</sup> Inversamente, elemento passível de controle judicial, no entendimento da Câmara, seria a participação de um acusado no regime do Khmer Vermelho:<sup>35</sup> ou seja, o fato de um acusado não ter pertencido ao regime afastaria a jurisdição das CECC.

Exceção ao entendimento exposto acima quanto à impossibilidade de revisão judicial da expressão “*senior leaders who were most responsible*” foi apresentada pela Câmara de Pré-Julgamento ao decidir sobre a ordem de encerramento do Caso 004/01.<sup>36</sup> De acordo com a Câmara, embora a decisão a respeito de quais pessoas se enquadram nessa categoria conte com certa margem de discricionariedade dos juízes co-investigadores, ela não pode ser arbitrária.<sup>37</sup> Diante disso, a Câmara de Pré-Julgamento considerou que poderia rever tal decisão nas hipóteses de: (1) interpretação incorreta do direito aplicável; (2) conclusão patentemente incorreta quanto aos fatos, levando a uma “*miscarriage of justice*”; ou (3) uma decisão “*so unfair or unreasonable*

<sup>31</sup> Ibid, parágrafo 57.

<sup>32</sup> Ibid, parágrafo 62.

<sup>33</sup> Ibid., parágrafo 76.

<sup>34</sup> Ibid., parágrafo 79.

<sup>35</sup> Loc. cit.

<sup>36</sup> *IM Chaem*, Caso No. 004/01/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Considerações sobre o recurso do co-promotor internacional da ordem de encerramento (fundamentos), nota 5 acima, parágrafo 20.

<sup>37</sup> Loc. cit.



*as to constitute an abuse of the Co-Investigating Judges' discretion and to force the conclusion that they failed to exercise their discretion judiciously*".<sup>38</sup>

*Jurisdição* *ratione temporis*: Como vimos, os crimes sobre os quais as CECC possuem competência para julgar são aqueles cometidos no período de 17 de abril de 1975 a 6 de janeiro de 1979, o período em que durou o regime do Khmer Vermelho.

A delimitação temporal da jurisdição das CECC traz à tona a exigência de que o direito aplicável seja aquele em vigor – e acessível aos suspeitos – nesse mesmo intervalo. Assim, a título de exemplo, os crimes contra a humanidade que podem ser imputados a um suspeito em julgamento nas CECC são aqueles que tinham vigência, no Camboja, no período assinalado acima. O entendimento é um corolário do princípio da legalidade, que está incorporado ao marco jurídico das CECC pelo artigo 33 da Lei.<sup>39</sup>

Esse dimensionamento do direito aplicável no tempo faz com que as CECC tenham de se satisfazer não apenas de que os crimes imputados estejam previstos na Lei e no Acordo, mas também de que as normas que se pretendem aplicar a um suspeito em questão estivessem vigentes no momento da prática do crime.

No julgamento da apelação do caso *Duch*, a Câmara da Corte Suprema delineou o escopo da identificação do direito aplicável. Deliberando sobre a alegação de que a Corte de Julgamento havia errado ao considerar que o crime de estupro não constituía crime contra a humanidade de forma autônoma, a Câmara declarou:

The Supreme Court Chamber cannot uphold rape as a distinct crime against humanity on the basis of its gravity alone. Rather, this Chamber must also examine whether rape existed as a crime against humanity under international law, Cambodian municipal law, or general principles of law at the time of the alleged criminal conduct during the period 1975-1979.<sup>40</sup>

Após examinar a evolução histórica do direito convencional e costumeiro, a Câmara concluiu que *"a survey of custom and treaties before and during the ECCC's temporal jurisdiction indicates that rape was not a distinct crime against humanity under those sources of international law at the relevant time"*.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Loc. cit.

<sup>39</sup> Que está respaldado, igualmente, no relatório do Grupo de Peritos. Documento A/53/850 e S/1999/231, nota 2 acima, Anexo, parágrafo 124.

<sup>40</sup> *KAING Guek Eav alias Duch*, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 15, acima, parágrafo 174.

<sup>41</sup> *Ibid*, parágrafo 180.

A mesma conclusão foi alcançada no julgamento de apelação do Caso 002/1 com relação a desaparecimentos e transferências forçados enquanto categorias autônomas de crimes contra a humanidade. De acordo com a Câmara, “*enforced disappearances or forced transfer did not, in 1975, form discrete categories of crimes against humanity, nor did enforced disappearances and forced transfer have specific legal definitions and elements*”.<sup>42</sup>

Similarmente, a Câmara de Julgamento<sup>43</sup> e a Câmara da Corte Suprema,<sup>44</sup> ao julgarem o Caso 002/1, consideraram que a existência de um plano ou uma política organizacional do Estado não era elemento necessário para a caracterização de crimes contra a humanidade de acordo com as normas costumeiras existentes entre 1975 e 1979.

*Direito aplicável:* Além da composição mista, outro aspecto do funcionamento das CECC que lhe confere o caráter “híbrido” é o direito aplicável. Com efeito, as Câmaras Extraordinárias possuem competência para julgar suspeitos da prática de (i) crimes e sérias violações ao direito do Camboja; (ii) genocídio, conforme definido pela Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948; (iii) crimes contra a humanidade; (iv) graves violações das Convenções de Genebra de 1949; (v) violações à Convenção da Haia de 1954 sobre Proteção de Propriedade Cultural no evento de Conflito Armado; e (vi) crimes contra pessoas protegidas internacionalmente, conforme a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961.

Os únicos casos cujo mérito foi julgado até o momento – Caso 001 (caso *Duch*), Caso 002/01 e Caso 002/02, esse último ainda pendente de confirmação em apelação – detiveram-se unicamente em alegações de violações a normas internacionais, em particular, crimes contra a humanidade, genocídio e graves violações às Convenções de Genebra de 1949.

As CECC já tiveram oportunidade de se pronunciar sobre conflito entre normas internas do direito cambojano e o marco legal aplicável aos acusados perante as Câmaras Extraordinárias. No caso *Duch*, a Câmara da Corte Suprema deteve-se sobre a relação entre o Código Penal de 2009 (cuja pena

<sup>42</sup> *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, 23 de novembro de 2016, parágrafo 589.

<sup>43</sup> *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, 7 de agosto de 2014, parágrafo 181. O entendimento da Câmara de Julgamento foi reiterado em *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/02, 16 de novembro de 2018, parágrafo 304.

<sup>44</sup> *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 41 acima, parágrafo 732.

máxima é de 30 anos) e a Lei das CECC (que permite prisão perpétua).<sup>45</sup> Para a Câmara da Corte Suprema, a relação entre as normas deve ser vista sob o prisma da especialidade, de maneira que a prescrição da Lei prevaleceria sobre a legislação doméstica. Ao decidir nesse sentido, contudo, a Câmara da Corte Suprema buscou amparo igualmente em dispositivo do direito cambojano que abriria a possibilidade para a aplicação de norma diversa do Código Penal. Por essa razão, caso a questão se apresente novamente, não há clareza se o precedente de *Duch* seria aplicável como regra geral na relação direito interno-marco legal das CECC.

*Responsabilidade individual:* Quanto à responsabilidade individual dos suspeitos julgados pelas CECC, o marco normativo, inspirado nos tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda, contempla a regra da “responsabilidade superior”, inscrita no artigo 29 da Lei:

The fact that any of the acts referred to (...) were committed by a subordinate does not relieve the superior of personal criminal responsibility if the superior had effective command and control or authority over the subordinate, and the superior knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators.

A Câmara de Pré-Julgamento foi provocada a pronunciar-se a respeito da compatibilidade da regra do artigo 29 com o princípio da legalidade.<sup>46</sup> Em particular, suspeitos perante as CECC arguíram que, no período histórico para o qual as Câmaras possuem jurisdição, a regra da “responsabilidade superior” não estava estabelecida, especialmente no que concerne à responsabilidade de civis.

A Câmara de Pré-Julgamento afastou o argumento e estatuiu que a regra estaria vigente no Camboja no período 1975-1979. Na verdade, ainda segundo a Câmara, a regra integraria o direito costumeiro desde o período subsequente à II Guerra Mundial:

(...) it was only in the aftermath of World War II that international prosecutions based on the doctrine of superior responsibility were actually carried out. While

<sup>45</sup> KAING Guek Eav alias Duch, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 15 acima, parágrafos 342 e seguintes (“The Supreme Court Chamber finds, however, that the relationship between Article 39 of the ECCC Law and Article 46 of the 2009 Criminal Code needs to be considered, instead, in light of the principle of *lex specialis*” – parágrafo 348).

<sup>46</sup> IENG Sary, Caso 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC7S), Decisão sobre o recurso de Ieng Sary contra a Ordem de Encerramento, 11 de abril de 2011, parágrafos 418 e ss.

the doctrine was not expressly provided for under the Nuremberg (IMT) Charter, the Tokyo (IMTFE) Charter or in Control Council Law No. 10, a number of cases of German and Japanese superiors tried before the IMTFE and the Allied military commissions or tribunals articulated and applied the doctrine.<sup>47</sup>

Outra regra de responsabilização individual suscitada no âmbito das CECC é a da “*joint criminal enterprise*”, que ensejaria a responsabilidade de um acusado pela sua *participação* em um empreendimento criminoso – mesmo que o crime não tenha sido *praticado* por ele. Para tanto, os indivíduos devem perseguir um objetivo comum que seja em si um crime, ou que contemple a comissão de crimes como meio para atingi-lo.<sup>48</sup>

Embora o artigo 29 da Lei não faça menção expressa ao tema, a Câmara de Julgamento, no caso *Duch*, considerou-o incorporado ao marco normativo das CECC: “*The Chamber considers that the notion of commission through participation in a joint criminal enterprise is included in Article 29 (new) of the ECCC Law*”.<sup>49</sup>

Para determinar o início da participação do acusado nesse empreendimento criminoso comum, as CECC podem levar em consideração fatos ocorridos antes de 17 de abril de 1975, desde que a contribuição para o empreendimento tenha continuado após essa data.<sup>50</sup> Contudo, a limitação temporal à jurisdição das CECC permanece, de modo que atos praticados anteriormente a essa data não são crimes sob a competência das Câmaras.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Ibid, parágrafo 423. A decisão da Câmara de Pré-Julgamento em assentar no período imediatamente após a II GM a consolidação da norma costumeira da responsabilidade superior foi criticada por Rehan Abeyratne, “Superior responsibility and the principle of legality at the ECCC”, *The George Washington International Law Review*, v. 44, 2012, páginas 39-78, para quem argumento mais legítimo seria encontrado no Protocolo Adicional I, de 1977, às Convenções de Genebra. Não obstante, as conclusões da Câmara de Pré-Julgamento quanto ao status costumeiro dessa norma no período sob discussão foram corroboradas pela Câmara de Pré-Julgamento e pela Câmara de Julgamento. Ver: *IENG Sary, IENG Thirith, NUON Chea & KHIEU, Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/OCIJ, Decisão sobre os recursos de Nuon Chea e Ieng Thirith contra a ordem de encerramento, 15 de fevereiro de 2011, parágrafo 230-232; *NUON Chea & KHIEU, Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, nota 43 acima, parágrafos 718-719.

<sup>48</sup> *NUON Chea & KHIEU, Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, nota 43 acima, parágrafo 696; *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 42 acima, parágrafo 789.

<sup>49</sup> KAING Guek Eav alias Duch, Caso 001/18-07-2007/ECCC/TC, Julgamento, 26 de julho de 2010, parágrafo 511. Esse modo de responsabilidade também foi utilizado pela Câmara de Julgamento em *NUON Chea & KHIEU, Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, nota 43 acima, parágrafos 804, 806.

<sup>50</sup> *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 42 acima, parágrafos 214-215, 221.

<sup>51</sup> Ibid, 221.

Porém, o fato de um acusado não ter figurado no topo da cadeia de comando não lhe garante tratamento mais favorável. No julgamento da apelação de *Duch*, a Câmara da Corte Suprema determinou que a gravidade da sentença deve corresponder à seriedade dos crimes, e não ao nível hierárquico do acusado:

The fact that he [Duch] was not at the top of the chain of command in the DK [Kampuchea Democrático] regime does not justify a lighter sentence. Indeed, there is no rule that dictates reserving the highest penalty for perpetrators at the top of the chain of command. (...) Despite KAING Guek Eav's [nome de Duch] final plea of acquittal based on the fact that he was not a senior leader of the DK, his sentence must be proportionate to the crimes for which he was responsible, regardless of whether others may have committed more serious offenses.<sup>52</sup>

*Anistias e perdões prévios:* A fim de responder a circunstância específica do contexto do Camboja, o marco normativo das CECC estabelece (Lei, artigo 40) que “[t]he scope of any amnesty or pardon that may have been granted prior to the enactment of this Law is a matter to be decided by the Extraordinary Chambers”. Trata-se, aqui, de dispositivo “*which is in fact a direct reference to the case of Ieng Sary*”, como assinalaram os juízes co-investigadores na ordem de prisão provisória que emitiram em face do aludido acusado, originalmente imputado como réu no Caso 002 instaurado perante as CECC.<sup>53</sup>

Com efeito, Ieng Sary, ex-Ministro das Relações Exteriores do Governo do Khmer Vermelho, foi julgado em 1979, à revelia, e condenado por genocídio, por Tribunal Revolucionário em Phnom Penh. Como resultado, foi condenado às penas de morte e confisco de todas suas possessões. Em 1996, a pedido dos então dois Primeiros-Ministros do Camboja,<sup>54</sup> Ieng Sary recebeu perdão do Rei pelas penas às quais fora condenado, além de anistia que lhe preservaria de novos processos sob determinados ilícitos previstos na legislação local.<sup>55</sup>

Os juízes co-investigadores desconsideraram o perdão e a anistia real concedida ao acusado, para os fins da emissão da ordem de prisão provisória (sem, com isso, pretender vincular as instâncias julgadoras das CECC). Dentro do limite de sua autoridade, portanto, os juízes entenderam que: (i)

<sup>52</sup> KAING Guek Eav *alias* Duch, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 15 acima, parágrafo 377.

<sup>53</sup> Caso 002/14-08-2006, Investigação 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Escritório dos Juízes Co-investigadores, Ordem de prisão provisória, 14 de novembro de 2007.

<sup>54</sup> Suzannah Linton, nota 16 acima, página 216.

<sup>55</sup> IENG Sary, Caso 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC7S), Decisão sobre o recurso de Ieng Sary contra a Ordem de Encerramento, nota 46 acima, parágrafo 185.

o perdão concedido a Ieng Sary não impediria que se levasse a cabo processo criminal contra o acusado, apenas produziria efeitos sobre uma eventual condenação; e (ii) a anistia atribuída ao acusado não cobriria ilícitos que se encontram sob a jurisdição das CECC.<sup>56</sup> A Câmara de Pré-Julgamento foi posteriormente provocada pela defesa de Ieng Sary a se manifestar sobre a possibilidade de levar a julgamento o acusado, tendo em vista a anistia e o perdão. O órgão afastou a argumentação da defesa, invocando a natureza internacional dos crimes aos quais Ieng Sary estava sendo acusado – crimes que constituíam compromissos internacionais a respeito dos quais “*there is no indication that the King (and others involved) intended not to respect (...)*”.<sup>57</sup>

O falecimento de Ieng Sary, em 14 de março de 2013, torna a questão prejudicada.

*Participação das vítimas:* um dos traços distintivos das CECC é a previsão de participação das vítimas nos procedimentos criminais, em auxílio aos promotores. A Regra de Procedimento 23 estatui que:

The purpose of Civil Party action before the ECCC is to:

- a) Participate in criminal proceedings against those responsible for crimes within the jurisdiction of the ECCC by supporting the prosecution; and
- b) Seek collective and moral reparations (...)<sup>58</sup>

O marco jurídico que disciplina o funcionamento das CECC, contudo, não prevê pedido de reparação pecuniária a uma vítima individualizada.<sup>59</sup> Eventual receita coletada com confisco de bens de acusados, caso essa pena seja aplicada pelas CECC, é entregue ao Estado (Lei, artigo 39).

No caso *Duch*, a Câmara de Julgamento (confirmada pela Câmara da Corte Suprema) determinou que fossem compilados e colocados no site oficial das CECC “*all statements of apology and acknowledgements of responsibility made by KAING Guek Eav during the course of the trial*”.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Caso 002/14-08-2006, Investigação 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, nota 53 acima, parágrafos 12 e 13.

<sup>57</sup> *IENG Sary*, Caso 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC7S), Decisão sobre o recurso de Ieng Sary contra a Ordem de Encerramento, nota 46 acima, parágrafo 201.

<sup>58</sup> *Internal Rules as revised on 16 January 2015*, Regra de Procedimento 23, disponível em: <[https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Internal\\_Rules\\_Rev\\_9\\_Eng.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Internal_Rules_Rev_9_Eng.pdf)>, acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>59</sup> *Ibid*, Regra de Procedimento 23 *quinques*: “*If an Accused is convicted, the Chambers may award only collective and moral reparations to Civil Parties*”.

<sup>60</sup> Em cumprimento à decisão, o site das CECC apresenta atualmente, entre outros, um vídeo com os pedidos de desculpas formulados por Duch. Disponível em: <<http://www.eccc.gov.kh/en/video/apology>>, acesso em: 16 jul. 2020.

Após o julgamento do caso *Duch*, as regras de procedimento das CECC foram alteradas para abrir a possibilidade de que as partes civis que participaram do processo requeiram às Câmaras as medidas de reparação não-pecuniária que julguem apropriadas.<sup>61</sup> Se as CECC estiverem de acordo com tais pedidos, podem determinar ao réu que arque com o custeio das reparações.<sup>62</sup> Na impossibilidade de o réu fazê-lo, por não possuir recursos financeiros suficientes, resta às CECC apenas “*recognise that a specific project appropriately gives effect to the award sought by the Lead Co-Lawyers and may be implemented*”,<sup>63</sup> ficando as partes civis, com apoio da Seção das Câmaras de Apoio às Vítimas<sup>64</sup> e da sociedade civil, encarregadas de implementar o projeto de reparação.<sup>65</sup>

Foi essa a situação encontrada no Caso 002/1: uma vez que os réus estavam em situação de indigência, as partes civis tiveram de buscar fontes externas de recursos para os projetos propostos. Tais projetos foram os seguintes: (1) estabelecimento de um feriado em memória às vítimas do regime do Khmer Vermelho; (2) construção de memoriais em homenagem às vítimas; (3) condução de terapia testemunhal para as vítimas dos crimes julgados; (4) criação de grupos de auto-ajuda; (5) estabelecimento de exposições de fotos, documentos, gravações e outros tipos de mídia com o objetivo de educar o público sobre o regime do Khmer Vermelho; (6) inclusão de um capítulo sobre o movimento forçado de populações e execuções em Tuol Po Chrey no currículo escolar cambojano; (7) construção de um centro de ensino sobre os crimes do Khmer Vermelho; (8) elaboração de um livro explicando o funcionamento das CECC, com foco no Caso 002/1; (9) publicação de duas edições em khmer do julgamento do Caso 002/1; e (10) inclusão do nome das partes civis

<sup>61</sup> *Internal Rules as revised on 16 January 2015*, nota 58 acima, Regra de Procedimento 23 *quinques*: “2. Reparations shall be requested in a single submission, which may seek a limited number of awards. This submission shall provide:

- a) a description of the awards sought;
- b) reasoned argument as to how they address the harm suffered and specify, where applicable, the Civil Party group within the consolidated group to which they pertain; and
- c) in relation to each award, the single, specific mode of implementation described in Rule 23 *quinques* (3)(a)-(b) sought.”

<sup>62</sup> *Ibid*, Regra de Procedimento 23 *quinques* 3(a).

<sup>63</sup> *Ibid*, Regra de Procedimento 23 *quinques* 3(b).

<sup>64</sup> Maiores informações sobre a Seção de Apoio às Vítimas das CECC estão disponíveis em: <<https://www.eccc.gov.kh/en/organs/victims-support-section>>, acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>65</sup> Para uma análise mais profunda do modelo de reparações adotado pelas CECC e críticas a ele, ver: Rachel Killeen e Luke Moffett, “What’s in a Name? ‘Reparations’ at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 21, n. 1, 2020, disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3603179>>, acesso em: 16 jul. 2020.

no processo no site das CECC.<sup>66</sup> A Câmara de Julgamento expressou apoio a essas iniciativas.<sup>67</sup> Apenas duas delas – construção de 5 memoriais espalhados pelo Camboja e um memorial na França –, em relação às quais os representantes das partes civis não haviam fornecido maiores detalhes, incluindo de que forma seriam custeadas, não receberam apoio da Câmara.<sup>68</sup>

Essa abordagem mais ampla para a determinação de reparações também foi utilizada no julgamento do Caso 002/2. Na oportunidade, as partes civis propuseram 15 projetos relacionados aos fatos discutidos no caso, dos quais 14 receberam apoio da Câmara de Julgamento.<sup>69</sup> O único projeto que a Câmara deixou de apoiar foi a produção de documentários sobre as experiências de povos indígenas nas províncias de Ratanakiri e Mondulkiri durante o Kampuchea Democrático, uma vez que eventuais atos cometidos contra essas minorias não foram objeto das análises no Caso 002/2.<sup>70</sup>

### 3. OS INTEGRANTES DO KHMER VERMELHO PROCESSADOS NAS CECC – UM BALANÇO PARCIAL DA EXPERIÊNCIA DAS CÂMARAS

É razoável conjecturar que a expressão “*senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible*” traga à mente uma quantidade de potenciais suspeitos que se situa na casa das dezenas.<sup>71</sup>

Apesar dessa potencial magnitude – que deve levar em conta, evidentemente, o natural efeito da passagem dos anos –, há no momento 7 casos nas estantes das CECC, quatro dos quais já foram julgados definitivamente (Casos 001, 002/1, 004/1 e 004/2). O Caso 002/02 – no qual figuram como réus altos representantes do regime do Khmer Vermelho – está em fase de apelação. Os Casos 003 e 004 encontram-se em meio a disputas entre os promotores e juízes estrangeiros e cambojanos, por conta de diferentes posicionamentos sobre a existência de jurisdição das

<sup>66</sup> *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, nota 43 acima, parágrafos 1126-1140.

<sup>67</sup> *Ibid*, parágrafos 1152-1160.

<sup>68</sup> *Ibid*, parágrafos 1161-1164.

<sup>69</sup> *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/02, nota 43 acima, parágrafos 4456, 4460, 4462, 4465.

<sup>70</sup> *Ibid*, parágrafo 4466.

<sup>71</sup> É o que comenta, por exemplo, Suzannah Linton (nota 16 acima, página 227), ao mencionar autor de estudo independente para quem “(...) *the available evidence suggests that no more than 60 cases could be made (...)*”.



CECC para submeter a julgamento os suspeitos em questão, tal como ocorrido no Caso 004/2.

O Caso 001 envolveu o julgamento de Kaing Guek Eav, também conhecido como Duch. Ao longo do período do regime do Khmer Vermelho, Duch foi o principal responsável pela administração do centro de segurança chamado de S-21, que englobava o centro de detenção, tortura e execução Tuol Sleng (uma antiga escola reconvertida). Durante o período em que esteve à frente do S-21, Duch procurou constantemente o aprimoramento das técnicas empregadas na tortura dos detentos – que incluíam não apenas elementos da oposição ao Kampuchea Democrático, mas igualmente membros do próprio regime, inclusive alguns funcionários do próprio centro S-21. Uma prova do empenho de Duch em “profissionalizar” a gestão do centro de detenção está nos arquivos que mantinha, que dão conta de que cerca de 12 mil pessoas teriam sido mortas sob sua responsabilidade.

Após a derrocada do regime do Khmer Vermelho, Duch manteve-se em constante fuga até ser encontrado, em 1999, por jornalista investigativo norte-americano. Duch, que inicialmente manteve o disfarce de “*born-again Christian*”, acabou confessando sua verdadeira identidade e os crimes que cometera.<sup>72</sup>

Durante o julgamento nas CECC, Duch manteve a admissão de culpa pelos crimes que lhe foram imputados, além de ter reconhecido diversos fatos ocorridos durante o regime do Khmer Vermelho<sup>73</sup>– o que confere aos trechos factuais da decisão da Câmara de Julgamento no Caso 001 o caráter de reconhecimento da verdade. Conforme a decisão da Câmara, o sistema de repressão e assassinatos coordenados por Duch foi responsável pela morte de não menos de 12.272 vítimas.

Embora a Câmara de Julgamento tenha sentenciado Duch a 35 anos<sup>74</sup> pela prática de crimes contra a humanidade e graves violações às Convenções de Genebra de 1949, a Câmara da Corte Suprema reverteu a decisão e

<sup>72</sup> A reportagem, de Nate Thayer, para a *Far Eastern Economic Review*, está disponível em: <<http://natethayer.typepad.com/blog/2011/11/duch-confesses-he-was-the-chief-executioner-in-one-of-historys-most-murderous-regimes-now-hes-a-born.html>>, disponível em: 16 jul. 2020.

<sup>73</sup> *KAINING Guek Eav alias Duch*, Caso 001/18-07-2007/ECCC/TC, Julgamento, nota 49 acima, parágrafo 82.

<sup>74</sup> A Câmara de Julgamento reduziu a pena de *Duch* em 5 anos, por conta de detenção ilegal pela Corte Militar do Camboja (entre 10/5/1999 e 30/7/2007), além de ter reconhecido ao réu o direito a ser creditado pela integralidade do tempo que passou em detenção sob ordem da mencionada Corte Militar (o mesmo período indicado anteriormente, entre 1999 e 2007), bem como pelo intervalo entre 30/7/2007 e a data da decisão do recurso de apelação.

decretou sua prisão perpétua.<sup>75</sup> Duch cumpriu a pena até o seu falecimento em setembro de 2020.<sup>76</sup>

A reforma da sentença de primeira instância foi motivada em boa medida pela reconsideração do sopesamento das circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis a *Duch*. Mesmo reconhecendo a discricionariedade da Câmara de Julgamento para avaliar a relevância das atenuantes na determinação da pena aplicável,<sup>77</sup> a Câmara da Corte Suprema entendeu que o peso de tais fatores, no caso, deve ser “*limited, at best*” – sobretudo porque as circunstâncias agravantes e a “*exceptional magnitude of the crimes*” dos quais Duch foi responsável neutralizariam o efeito das atenuantes.<sup>78</sup>

A despeito da inegável crueldade dos atos praticados por ou sob a responsabilidade de Duch, sua posição no regime do Khmer Vermelho era de médio escalão.

No Caso 002, figuravam na posição de réus três altos representantes do regime: (i) Nuon Chea, também conhecido como “irmão número 2”, ex-braço direito de Pol Pot, que ocupava a Vice-direção do Partido Comunista do Kampuchea e a Presidência da Assembleia Nacional; (ii) Kieu Samphan, ex-Chefe de Estado do Kampuchea Democrático; e (iii) Ieng Sary, antigo Ministro das Relações Exteriores do regime. Ieng Sary faleceu em março de 2013, antes do julgamento, enquanto Nuon Chea faleceu em agosto de 2019, após sua condenação definitiva no Caso 002/1, mas antes da decisão da Câmara da Corte Suprema no Caso 002/2. A esposa de Ieng Sary, Ieng Thirith, também havia sido acusada no caso, mas foi considerada inimputável por conta de demência atestada por perícia. Ela veio a falecer em agosto de 2015.

Em razão da complexidade dos fatos sob análise e de questões de financiamento, o Caso 002 foi desmembrado em dois: Caso 002/1, tendo por objeto alegações de crimes contra humanidade relacionados a deslocamentos forçados de populações e à execução de soldados da República Khmer em Toul Po Chrey em 1975; e Caso 002/2, que discute alegações de genocídio contra membros da etnia cham e vietnamitas,<sup>79</sup> além de outros eventos clas-

<sup>75</sup> *KAINING Guek Eav alias Duch*, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 15 acima, parágrafo 383.

<sup>76</sup> “Duch, Prison Chief Who Slaughtered for the Khmer Rouge, Dies at 77”, *The New York Times*, 1º de setembro de 2020, disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/09/01/world/asia/duch-kaing-guek-eav-dead.html?action=click&module=News&pgtype=Homepage>>, acesso em: 02 set. 2020.

<sup>77</sup> *KAINING Guek Eav alias Duch*, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 15 acima, parágrafo 362.

<sup>78</sup> *Ibid*, parágrafo 371.

<sup>79</sup> A restrição das acusações a atos praticados por esses dois grupos foi criticada pelo juiz cambodiano You Ottara em seu voto separado no julgamento do Caso 002/2. Na oportunidade, o juiz expressou o entendimento de que seria possível conceber a existência de genocídio contra o

sificados pela acusação como crimes contra a humanidade e graves violações às Convenções de Genebra de 1949 em meio ao conflito armado internacional havido entre o Kampuchea Democrático e o Vietnã.

O Caso 002/1 foi julgado em 7 de agosto de 2014, culminando na condenação de Nuon Chea e Khieu Samphan por crimes contra a humanidade.<sup>80</sup> A Câmara de Julgamento estabeleceu que os réus haviam participado da formulação de políticas de deslocamento forçado da população civil,<sup>81</sup> bem como da disseminação de propaganda e doutrina em favor do regime,<sup>82</sup> sendo responsáveis pelos crimes cometidos.<sup>83</sup> Ambos foram condenados à prisão perpétua.<sup>84</sup> Em sede de apelação, a Câmara da Corte Suprema alterou a classificação jurídica de alguns dos fatos analisados na primeira instância,<sup>85</sup> mas manteve a condenação de forma geral por crimes contra a humanidade e a sentença de prisão perpétua.<sup>86</sup>

Nuon Chea e Khieu Samphan posteriormente foram condenados em primeira instância no Caso 002/2 por genocídio,<sup>87</sup> graves violações das Convenções de Genebra em relação a pessoas protegidas, notadamente civis e prisioneiros de guerra vietnamitas, e crimes contra a humanidade, dentre os quais extermínio e escravidão.<sup>88</sup> Levando em consideração a condenação já imposta no Caso 002/01, a Câmara de Julgamento fundiu ambas as sentenças e condenou os réus a um único termo de prisão per-

---

próprio grupo nacional do Camboja, na medida em que o regime do Khmer Vermelho buscou eliminar pessoas essenciais à sobrevivência desse grupo. Em especial, o juiz enfatizou que, para a caracterização do genocídio, não é necessário que se tenha a intenção de eliminar todo o grupo, desde que uma parte substancial do grupo seja alvo de tal intenção. *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/02, nota 43 acima, parágrafos 4468-4470, 4478, 4496, 4512, 4516-4517.

<sup>80</sup> *NUON Chea & KHIEU, Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, nota 43 acima, parágrafos 940-942, 1053-1054, 1105.

<sup>81</sup> *Ibid*, parágrafos 843-844, 948.

<sup>82</sup> *Ibid*, parágrafos 840, 845, 945.

<sup>83</sup> *Ibid*, parágrafos 940-941, 1053-1054.

<sup>84</sup> *Ibid*, parágrafos 1105-1107.

<sup>85</sup> Especificamente, a Câmara da Corte Suprema considerou que inexistiram atos de extermínio de responsabilidade dos réus, que determinados atos não poderiam ser qualificados como perseguição e que os réus não eram responsáveis pelos crimes contra a humanidade ocorridos em Tuol Po Chrey. *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 42 acima, parágrafos 537-541, 560, 705-706, 972, 1101.

<sup>86</sup> *Ibid*, parágrafo 1121.

<sup>87</sup> Apenas Nuon Chea foi condenado pela prática de genocídio contra ambos os cham e os vietnamitas. Khieu Samphan foi absolvido com relação ao genocídio dos cham.

<sup>88</sup> *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/02, nota 43 acima, parágrafos 4198-4200, 4326-4329.

pétua.<sup>89</sup> A decisão aguarda confirmação pela Câmara da Corte Suprema. No entanto, devido ao falecimento de Nuon Chea em 2019, apenas Khieu Samphan permanece como réu no processo.

Sem desmerecer a importância dos Casos 002/1 e 002/2, a atenção da comunidade internacional está igualmente voltada para os Casos 003, 004 e 004/2, especialmente porque a falta de avanço em seu processamento coloca em xeque a credibilidade das CECC em corresponder à expectativa de trazer justiça às vítimas do Khmer Vermelho. Com efeito, embora lançadas as investigações em 2008, os três processos vêm registrando incessantes divergências entre os co-promotores e entre os juízes co-investigadores – a ponto de, como indicado na introdução deste artigo, terem ensejado duas renúncias do cargo do juiz co-investigador estrangeiro.

O Caso 003 traz como réu Meas Muth, ex-comandante da marinha e ex-secretário<sup>90</sup> do Setor Autônomo de Kampong Som, cidade litorânea no Camboja, durante o regime do Khmer Vermelho. Já nos Casos 004 e 004/2, são réus, respectivamente, Yim Tith, que atuou como secretário de diferentes Setores durante o Kampuchea Democrático, e Ao An, ex-secretário do Setor 41 e ex-vice-secretário da Zona Central do Camboja. Com relação aos dois primeiros casos (003 e 004), o juiz co-investigador internacional compreendeu existirem elementos suficientes para indiciar os réus por genocídio, crimes contra a humanidade, graves violações das Convenções de Genebra e crimes sob o direito cambojano.<sup>91</sup> No Caso 004/2, o mesmo juiz concluiu pelo indiciamento de Ao An por genocídio contra membros da etnia cham, crimes contra a humanidade e crimes sob o direito cambojano.<sup>92</sup> No entanto, nos três casos, o juiz co-investigador nacional se posicionou de forma contrária, entendendo que os réus não estariam sujeitos à jurisdição *ratione personae* das CECC por não se enquadrarem como os mais responsáveis pelos crimes cometidos durante o regime.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> Ibid, parágrafos 4401-4402.

<sup>90</sup> No regime do Khmer Vermelho, secretários eram os membros do mais alto escalão que integravam os comitês designados para controlar determinada porção do território cambojano, então dividido entre zonas, setores, distritos, comunas e cooperativas. Esses tipos de comitês geralmente contavam com um secretário, um vice-secretário e ao menos um outro membro. Essa estrutura organizacional é detalhada pela Câmara de Julgamento em: *NUON Chea & KHIEU, Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, nota 43 acima, parágrafos 217-218.

<sup>91</sup> *MEAS Muth*, Caso 003 07 09 2009 ECCC OCII, Ordem de encerramento, 28 de novembro de 2018, páginas 256-264; *YIM Tith*, Caso 004/07-09-2009-ECCC-OCII, Ordem de encerramento, 28 de junho de 2019, páginas 475-487.

<sup>92</sup> *AO An*, Caso 004/2/07-09-2009-ECCC-OCII, Ordem de encerramento (indiciamento), 16 de agosto de 2018, páginas 409-415.

<sup>93</sup> *MEAS Muth*, Caso 003 07 09 2009 ECCC OCII, Ordem rejeitando o caso contra Meas Muth, 28 de novembro de 2018, parágrafos 428-430; *YIM Tith*, Caso 004/07-09-2009-ECCC-OCII, Or-

Até o momento, apenas o Caso 004/2 foi julgado definitivamente, embora extinto sem resolução do mérito. Em dezembro de 2019, a Câmara de Pré-Julgamento concluiu que a emissão de uma ordem por cada juiz co-investigador, uma determinando o prosseguimento do feito e outra o seu arquivamento, era ilegal.<sup>94</sup> Isso porque a Lei das CECC (artigo 23) e o Acordo (artigo 5(4)) estabelecem que, na hipótese de discordância entre os co-investigadores quanto à continuidade das investigações, há apenas duas opções: ou as investigações deverão prosseguir, ou a controvérsia será levada à Câmara de Pré-Julgamento para que decida sobre a questão.<sup>95</sup> Contudo, os juízes da Câmara discordaram quanto ao mérito. Enquanto os juízes nacionais votaram por anular a ordem do juiz co-investigador internacional e arquivar o processo,<sup>96</sup> os juízes internacionais votaram pelo prosseguimento deste.<sup>97</sup>

Curiosamente, os juízes não fizeram referência ao artigo 20 da Lei das CECC ou ao artigo 7(4) do Acordo, que estipulam que, na ausência de super-maioria nas decisões da Câmara de Pré-Julgamento, a investigação ou a prossecução prosseguirá.<sup>98</sup> As decisões proferidas nos autos não deixam claro o porquê de não ter sido considerada a aplicação desses dispositivos. Ao invés disso, chegou-se a uma situação anômala na qual os juízes nacionais determinaram a anulação da ordem do co-investigador internacional<sup>99</sup> e os juízes internacionais determinaram que os autos fossem remetidos para a Câmara de Julgamento para decisão sobre a matéria,<sup>100</sup> conforme a Regra de Procedimento 77(13)(b).<sup>101</sup>

---

dem rejeitando o caso contra Yim Tith, 28 de junho de 2019, parágrafos 685-687; *AO An*, Caso 004/2/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Ordem rejeitando o caso contra Ao An, 16 de agosto de 2018, parágrafos 552-555.

<sup>94</sup> *AO An*, Caso 004/2/07-09-2009-ECCC-OCIJ (PTC 60), Considerações sobre os recursos contra as ordens de encerramento, 19 de dezembro de 2019, parágrafos 98-124.

<sup>95</sup> *Ibid*, parágrafos 115-119.

<sup>96</sup> *Ibid*, parágrafo 302.

<sup>97</sup> *Ibid*, parágrafo 694.

<sup>98</sup> *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006)*, nota 20 acima, artigo 20; *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes committed during the Period of Democratic Kampuchea*, nota 21 acima, artigo 7(4).

<sup>99</sup> *AO An*, Caso 004/2/07-09-2009-ECCC-OCIJ (PTC 60), Considerações sobre os recursos contra as ordens de encerramento, nota 94 acima, parágrafo 302.

<sup>100</sup> *Ibid*, parágrafo 694.

<sup>101</sup> *Internal Rules as revised on 16 January 2015*, nota 58 acima, artigo 77(13)(b): “13. A decision of the Chamber requires the affirmative vote of at least 4 (four) judges. This decision is not subject to appeal. If the required majority is not attained, the default decision of the Chamber shall be as follows:

(...)

A falta de clareza quanto a se o processo teria continuidade e quais seriam os próximos passos foi observada pela Câmara de Julgamento em declaração emitida em 03 de abril de 2020.<sup>102</sup> A declaração expôs que, apesar da determinação dos juízes internacionais da Câmara de Pré-Julgamento, a Câmara de Julgamento “*has never been formally notified of the case and it has not received the case file*”, de modo que não poderia adotar qualquer decisão.<sup>103</sup> Além disso, a Câmara de Julgamento indicou divergências entre os seus próprios juízes sobre a situação: os juízes nacionais consideraram que o caso havia sido encerrado pela Câmara de Pré-Julgamento e “*they have stated there will not be a trial of AO An now or in the future*”.<sup>104</sup> Já os juízes internacionais da Câmara de Julgamento entenderam ter competência para tratar de algumas questões preliminares suscitadas pelas partes, mas dependeriam do encaminhamento dos autos.<sup>105</sup> Apesar de a declaração não possuir força vinculante, a Câmara de Julgamento expressou sua intenção de que ela fornecesse “*transparency and clarity to the public and the relevant parties of the case file*”.<sup>106</sup>

Entretanto, clareza e transparência continuaram manifestamente ausentes no caso. Em meio a todo esse contexto, a Câmara de Pré-Julgamento proferiu decisão em 30 de junho de 2020 a respeito da admissão de partes civis no caso.<sup>107</sup> Os juízes cambojanos indeferiram o pedido das partes civis, sob o fundamento da anulação da ordem do juiz co- investigador internacional e do conseqüente encerramento do processo.<sup>108</sup> Já os juízes internacionais reiteraram seu entendimento de que “*the National Co-Investigating Judge’s Closing Order (Dismissal) is ultra vires, void and without legal effect, and further that the Closing Order (Indictment) stands and has been legally forwarded to the Trial Chamber by virtue of Internal Rule 77(13)(b)*”.<sup>109</sup>

Diante desse impasse, a co-promotora internacional apresentou recurso à Câmara da Suprema Corte, requerendo que fosse determinada a continuidade

---

b) As regards appeals against indictments issued by the Co-Investigating Judges, that the Trial Chamber be seised on the basis of the Closing Order of the Co-Investigating Judges.

<sup>102</sup> Statement of the Judges of the Trial Chamber of the ECCC Regarding Case 004/2 Involving AO An, Câmara de Julgamento, 3 de abril de 2020, disponível em: <<https://www.eccc.gov.kh/en/articles/statement-judges-trial-chamber-eccc-regarding-case-0042-involving-ao>>, acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> AO An, Caso 004/2/07-09-2009-ECCC-OCIJ (PTC 58), Considerações sobre o recurso contra a ordem sobre a admissibilidade de requerentes partes civis, 30 de junho de 2020.

<sup>108</sup> Ibid, parágrafos 41-43.

<sup>109</sup> Ibid, parágrafo 114.

do processo perante a Câmara de Julgamento. A Câmara da Suprema Corte observou que os autos nunca haviam sido formalmente remetidos à Câmara de Julgamento<sup>110</sup> e que a Câmara de Pré-Julgamento não havia determinado tal remessa no dispositivo de sua decisão de dezembro de 2019.<sup>111</sup> Não houve, portanto, ilegalidade na conduta da Câmara de Julgamento em não dar continuidade ao processo.<sup>112</sup> A Câmara da Suprema Corte então concluiu que “*in the absence of a definitive and enforceable indictment against AO An, Case 004/2 against him should be terminated before the ECCC*”, rejeitando o recurso.<sup>113</sup> Os autos foram definitivamente arquivados em 14 de agosto de 2020.<sup>114</sup>

As disputas e incertezas que envolveram o Caso 004/2 provavelmente também serão refletidas nos Casos 003 e 004 e tornam-se ainda mais preocupantes quanto se consideram as alegações de interferência do atual governo cambiano nesses julgamentos,<sup>115</sup> avançadas já há muitos anos por organizações não-governamentais.<sup>116</sup> A impressão de que existe algum grau de interferência é reforçada por declarações do Primeiro-Ministro cambiano, Hun Sen, como a seguinte: “*Case 003 will not be allowed (...) [T]he court will*

<sup>110</sup> *AO An*, Caso No. 004/2/07-09 2009-ECCC/TC/SC, Decisão sobre o recurso imediato da co-promotora internacional da ordem efetiva de encerramento do Caso 004/2 pela Câmara de Julgamento, nota 6 acima, parágrafos 49-50.

<sup>111</sup> *Ibid*, parágrafo 51.

<sup>112</sup> *Ibid*, parágrafo 70.

<sup>113</sup> *Ibid*, parágrafos 69-71.

<sup>114</sup> *AO An*, Caso No. 004/2/07-09 2009-ECCC-OCIJ, Ordem selando e arquivando os autos do Caso 004/2, nota 6 acima, parágrafo 10.

<sup>115</sup> Open Society Justice Initiative, “Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Deadlock Continues in Ao An Case – January 2020”, disponível em: <<https://www.justiceinitiative.org/uploads/54dc3814-d6c0-49ea-976c-1d4be896418f/briefing-eccc-recent-developments-20200109.pdf>>, acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>116</sup> International Center for Transnational Justice, “Progress of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”, 2009, disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Cambodia-Commission-2009-English.pdf>>, acesso em: 17 jul. 2020; Human Rights Watch, “Cambodia: Judges Investigating Khmer Rouge Crimes Should Resign: UN Office of Legal Affairs Fails to Act Despite Judicial Misconduct”, 3 de outubro de 2011, disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2011/10/03/cambodia-judges-investigating-khmer-rouge-crimes-should-resign>>, acesso em: 16 jul. 2020; Open Society Justice Initiative, “Performance and Perception: The Impact of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”, 2016, disponível em: <<https://www.justiceinitiative.org/uploads/106d6a5a-c109-4952-a4e8-7097f8e0b452/performance-perception-eccc-20160211.pdf>>, acesso em: 17 jul. 2020. Para uma análise de diferentes alegações do tipo e da postura das CECC ao lidar com elas, ver: Tomas Hamilton e Michael Ramsden, nota 29 acima; Diane Orentlicher, “‘Worth the Effort’?: Assessing the Khmer Rouge Tribunal”, *Journal of International Criminal Justice*, 2020, disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/doi/10.1093/jicj/mqaa028/5857808?redirectedFrom=fulltext>>, acesso em: 16 jul. 2020.

*try the four senior leaders successfully and then finish with Case 002*".<sup>117</sup> Além disso, quando ocorreu a renúncia do juiz co-investigador Blunk em 2011, um porta-voz do Conselho de Ministros cambojano comentou: "*We still stand on our ground regarding the ECCC. There will be no case 003 or 004*".<sup>118</sup>

Não há elementos, na data de elaboração deste artigo, que permitam indicar de forma definitiva a direção em que marcharão os Casos 003 e 004. As dificuldades registradas para que avancem, contudo, não deixam de sugerir alguma influência política sobre a condução do trabalho das CECC.

#### 4. UMA AVALIAÇÃO DAS CECC ATÉ O MOMENTO ATUAL

Análise publicada em 2009 sobre os tribunais criminais "híbridos" constatava que o sucesso desse formato de mecanismo judicial estava vinculado ao fato de que "*the national government must want to be involved*".<sup>119</sup>

A experiência adquirida até o momento com as CECC revela o que pode existir de *ambíguo* na constatação acima: ao que parece indicar essa experiência, a colaboração entre os elementos cambojanos e estrangeiros no funcionamento das Câmaras tem sido produtiva em alguns casos, em particular no julgamento dos Casos 001 e 002/1 e, até o momento, nos procedimentos do Caso 002/2. Inversamente, nos demais casos, os avanços parecem ser poucos e confusos, sobretudo à luz das diversas controvérsias que levaram ao encerramento do Caso 004/2 sem julgamento do mérito. Até que ponto essas diferenças se devem ao grau de *envolvimento* do Governo nacional ainda é uma incógnita. Certo é que, como visto anteriormente, o grau de influência exercida pelo elemento local aumentou desde que foi abandonada a proposta de submeter os criminosos do Khmer Vermelho a uma instância internacional.

Ainda não é claro em que medida o projeto seguirá contando com o apoio da comunidade internacional – cuja contribuição financeira é fundamental para seu prosseguimento.<sup>120</sup> O andamento dos Casos 003 e 004 deverá ser, portanto, um termômetro sobre a medida da confiança dos de-

<sup>117</sup> Do relatório da ONG Open Society Foundations, "The Future of Cases 003/004 at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – October 2012", disponível em <[http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/eccc-report-cases3and4-100112\\_0.pdf](http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/eccc-report-cases3and4-100112_0.pdf)>, acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>118</sup> "Judge Resigns KR Court Over Gov't Pressure", *The Cambodia Daily*, 11 de outubro de 2011, disponível em: <<https://english.cambodiadaily.com/news/judge-resigns-kr-court-over-gov-t-pressure-104822/>>, acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>119</sup> Lindsey Raub, "Positioning hybrid tribunals in international criminal justice", *International Law and Politics*, vol. 41, 2009, página 1042.

<sup>120</sup> No início de março de 2013, os tradutores que atuam nas CECC entraram em greve por atraso no pagamento de seus salários. "Cambodian Khmer Rouge tribunal staff go on strike", *The*



mais países com relação ao processo de reconciliação do Camboja com seu passado recente. Mas, mesmo que os Casos 003 e 004 não atinjam a etapa de julgamento, como ocorrido no Caso 004/2, não se pode excluir o entendimento de que uma decisão definitiva nos demais casos seja recebida como o cumprimento da missão das CECC. Afinal de contas, não é evidente onde se situa o corte entre os “*senior leaders*” elegíveis para serem levados às CECC e os demais suspeitos pelos crimes do Khmer Vermelho.

Outro desafio que se apresenta às CECC é o fato de que a passagem do tempo tem produzido efeitos sobre a capacidade de levar a julgamento os principais acusados pelos crimes do Khmer Vermelho. Além da morte do líder do regime – Pol Pot –, a própria lista de réus que haviam sido indiciados pelas CECC tem diminuído em função de eventos diretamente ligados à idade avançada dos acusados: Ieng Sary, pelo seu falecimento em março de 2013; sua esposa, pela demência que lhe acometeu e seu falecimento em 2015; e Nuon Chea, falecido em agosto de 2019. Embora fortuitas e incontrolláveis, essas circunstâncias terão consequência sobre a percepção da capacidade das CECC de não deixar impunes os principais responsáveis pelas atrocidades cometidas pelo Khmer Vermelho.

Do lado dos resultados positivos, não se pode negar a importância das CECC na elucidação e reconhecimento oficial da verdade sobre os eventos ocorridos durante o Khmer Vermelho. Isso é atestado tanto pela ampla participação da população no acompanhamento dos processos quanto pelo *imprimatur* conferido pelas decisões judiciais aos fatos descritos nas decisões judiciais.

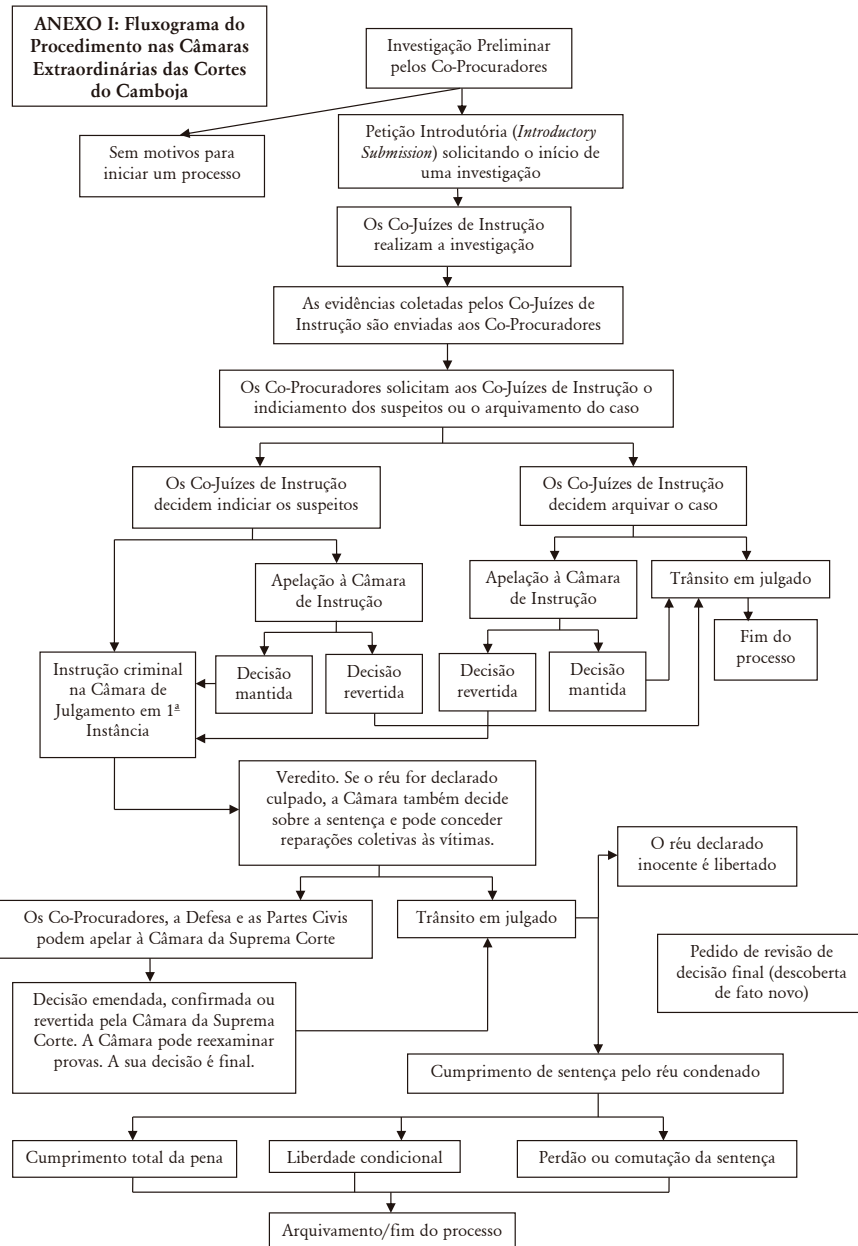
Finalmente, do ponto de vista estritamente jurídico, a jurisprudência produzida até o momento pelas CECC pode ser considerada satisfatória e parece dialogar bem com o acervo de decisões de tribunais internacionais penais e até mesmo de órgãos de direitos humanos, cujas decisões foram mencionadas em algumas ocasiões pela Câmara da Corte Suprema e pela Câmara de Julgamento.<sup>121</sup> As decisões no caso *Duch* e nos Casos 002/1 e 002/2, especialmente os julgamentos de apelação da Câmara da Suprema

---

Guardian, 4 de março de 2013, disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2013/mar/04/cambodian-khmer-rouge-tribunal-staff-strike>>, acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>121</sup> Ver, por exemplo: *KAING Guek Eav alias Duch*, Caso 001/18-07-2007/ECCC/TC, Julgamento, nota 49 acima, parágrafos 28, 31, 34, 292, 498, 625, 643, 662; *KAING Guek Eav alias Duch*, Caso No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 15 acima, parágrafos 417, 432, 439-444; *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/01, nota 43 acima, parágrafo 446; *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, Julgamento de apelação, nota 42 acima, parágrafo 203; *NUON Chea & KHIEU Samphan*, Caso 002/19-09-2007/ECCC/TC, Julgamento do Caso 002/02, nota 43 acima, parágrafos 29, 692-693, 703, 788, 1812, 1833-1834, 2561.

Corte, demonstram em geral respaldo a decisões de outros tribunais internacionais – especialmente o ICTY e o ICTR.



## ANEXO II

### LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DAS CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS NAS CORTES DO CAMBOJA<sup>122</sup>

**17 de abril de 1975** – O Khmer Vermelho e seu líder, Pol Pot, assumem o poder no Camboja.

**5 de janeiro de 1976** – O Khmer Vermelho adota uma nova constituição para o Camboja, alterando o seu nome oficial para Kampuchea Democrático.

**25 de outubro de 1976** – Pol Pot oficialmente se torna o Primeiro-Ministro do Camboja.

**25 de dezembro de 1978** – O Vietnã invade e ocupa o Camboja em resposta à posição política do Khmer Vermelho de alinhamento à China e antagonismo à União Soviética e ao Vietnã. Tem início a Guerra Cambojana-Vietnamita.

**7 de janeiro de 1979** – O Vietnã derruba o regime do Khmer Vermelho, substituindo-o por um governo comunista pró-vietnamita. Pol Pot e seus aliados fogem da capital do Camboja para as selvas na fronteira com a Tailândia.

**15 a 19 de agosto de 1979** – O Tribunal Revolucionário do Povo, criado pelo governo comunista instituído pelo Vietnã, realiza um julgamento e condena, à revelia, Pol Pot e Ieng Sary (Ministro dos Negócios Estrangeiros e Vice-Primeiro-Ministro do Camboja durante o regime do Khmer Vermelho) pelo crime de genocídio. Ambos são sentenciados a morte. Décadas depois, as Câmaras Extraordinárias irão decidir que este julgamento não respeitou os critérios de imparcialidade e independência exigidos pelos ditames do devido processo legal.

**26 de setembro de 1989** – Os últimos soldados vietnamitas se retiram do território do Camboja, encerrando a ocupação que já durava mais de dez anos.

**23 de outubro de 1991** – Os Acordos de Paz de Paris são assinados, marcando o fim oficial da Guerra Cambojana-Vietnamita.

**11 de abril de 1997** – A já extinta Comissão de Direitos Humanos da ONU adota a Resolução n. 1997/49, na qual solicita que o Secretário-Geral da

---

<sup>122</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.

ONU examine qualquer pedido de assistência pelo Camboja acerca das graves violações ao Direito Internacional cometidos pelo Khmer Vermelho, incluindo no tocante à responsabilidade individual das pessoas envolvidas nessas violações.

**21 de junho de 1997** – Os Primeiros-Ministros do Camboja, o Príncipe Norodom Ranariddh e Hun Sem, submetem uma carta conjunta ao Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, requerendo assistência para julgar os responsáveis por genocídio e crimes contra a humanidade durante o regime do Khmer Vermelho. A carta sugeria a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc*, similar aos da ex-Iugoslávia e de Ruanda. Logo em seguida, negociações se iniciam entre a ONU e o Camboja.

**5 de julho de 1997** – Hun Sen realiza um golpe de estado contra o Príncipe Norodom Ranariddh, expulsando-o do governo cambojano. O golpe motiva a ONU a suspender os diálogos com o Camboja sobre o julgamento dos crimes do Khmer Vermelho.

**27 de novembro de 1997** – Em resposta à resistência da ONU, Hun Sem encaminha uma carta aos Estados Unidos, solicitando apoio para criar um tribunal penal internacional para julgar os responsáveis pelos crimes do Khmer Vermelho.

**12 de dezembro de 1997** – A Assembleia-Geral da ONU adota a Resolução n. 52/135, na qual convida o Secretário-Geral a voltar a dialogar com o Camboja sobre o julgamento dos crimes do Khmer Vermelho e a criar um comitê de especialistas para coletar evidências e definir as melhores alternativas para a implementação dos processos penais. A Resolução é uma reação ao fato do governo de Hun Sem ter, no final de 1997, manifestado a intenção de realizar eleições gerais em maio de 1998.

**15 de abril de 1998** – Pol Pot morre em sua residência de causas naturais. Havia suspeitas de que ele tenha cometido suicídio.

**28 de abril de 1998** – Em resposta à carta de 27 de novembro de 1997, os Estados Unidos circulam um projeto de resolução no Conselho de Segurança na ONU, propondo a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc* para julgar os crimes do Khmer Vermelho. O tribunal compartilharia a Câmara de Recursos, a Secretaria e o Procurador do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

**31 de julho de 1998** – Atendendo a sugestão da Resolução da Assembleia-Geral n. 52/135 de 12 de dezembro de 1997, o Secretário-Geral comunica a criação de um comitê de especialistas para investigar os crimes cometidos

pelo Khmer Vermelho, bem como analisar a melhor alternativa para julgar os responsáveis. Debates sobre a resolução proposta pelos Estados Unidos foram suspensos até que o comitê concluísse sua avaliação.

**6 de março de 1999** - Ta Mok, um dos principais líderes militares do Khmer Vermelho, é capturado pelas autoridades do Camboja, criando urgência quanto à decisão relativa ao estabelecimento de um tribunal.

**16 de março de 1999** - O Secretário-Geral publica o relatório final do comitê de especialistas instituído para investigar e avaliar a melhor alternativa para julgar os crimes do Khmer Vermelho. Depois de indicar que o Poder Judiciário cambojano se mostrava insatisfatório, o relatório sugeriu a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc*, nos moldes dos tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda. O governo cambojano rejeitou a proposta, passando a defender o julgamento dos responsáveis pelos crimes do Khmer Vermelho internamente, no próprio Camboja, com o auxílio de juízes e procuradores internacionais. É abandonado o plano de criar um tribunal penal internacional, sendo substituído por uma corte híbrida.

**Setembro de 1999** - O Secretário-Geral recebe representantes do Camboja na sede da ONU, em Nova York, para negociar a criação de um tribunal híbrido para julgar os crimes do Khmer Vermelho. A negociação fracassa diante da exigência do governo cambojano de exercer significativo controle sobre os julgamentos. Em resposta, Kofi Annan suspende as negociações com o Camboja.

**15 de outubro de 1999** - Diante do fracasso das negociações com a ONU em setembro de 1999, o embaixador dos Estados Unidos no Camboja, Kent Wiedemann, apresenta uma nova proposta de corte híbrida ao governo cambojano. A proposta estadunidense consistia na adoção de uma lei interna pelo Poder Legislativo cambojano criando duas câmaras especiais no Poder Judiciário do Camboja (uma câmara de primeira instância e outra recursal) com competência para julgar os responsáveis pelos crimes cometidos pelo Khmer Vermelho. Parcela significativa dos procuradores e dos juízes de ambas as câmaras seria de estrangeiros selecionados pelo Secretário-Geral da ONU. O governo cambojano se mostrou favorável à proposta, mas exigiu que a maioria dos juízes fosse nacionais do Camboja.

**29 de dezembro de 1999** - O governo do Camboja, auxiliado por especialistas estadunidenses, encaminha uma versão preliminar da "Lei sobre o Estabelecimento das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja para o Julgamento dos Crimes Cometidos durante o período do Kampuchea

Democrático” (Lei sobre o Estabelecimento das CECC) ao Secretário-Geral da ONU para sua avaliação.

**5 de janeiro de 2000** – O Subsecretário-Geral para Assuntos Jurídicos da ONU, Hans Corell, publica o seu parecer sobre o projeto de lei encaminhado pelo Camboja em 29 de dezembro de 1999, apresentando duras críticas e exigindo maior participação e controle internacional sobre os julgamentos do Khmer Vermelho. Negociações seguem entre o Camboja e a ONU para criar o tribunal híbrido.

**2 de janeiro de 2001** – Enquanto as negociações com a ONU ainda estavam em andamento, a Assembleia Nacional do Camboja unilateralmente promulga a Lei sobre o Estabelecimento das CECC.

**15 de janeiro de 2001** – Por unanimidade, o Senado do Camboja confirma a Lei sobre o Estabelecimento das CECC.

**10 de agosto de 2001** – O Rei do Camboja, Norodom Sihanouk, sanciona e publica a Lei sobre o Estabelecimento das CECC, depois que o projeto foi emendado a pedido da Corte Constitucional cambojana para excluir a pena de morte.

**Fevereiro de 2002** – Kofi Annan decide retirar a ONU das negociações com o Camboja sobre o julgamento dos membros do Khmer Vermelho, diante da aprovação acelerada e unilateral da Lei sobre o Estabelecimento das CECC. Diversos aspectos problemáticos no conteúdo da lei e outros pontos de desacordo com o governo do Camboja também justificam a decisão do Secretário-Geral.

**Julho de 2002** – O governo do Camboja afirma estar disposto a modificar a Lei sobre o Estabelecimento das CECC, a fim de incorporar as demandas da ONU.

**18 de dezembro de 2002** – A Assembleia Geral da ONU adota a Resolução n. 57/228, na qual congratulou a promulgação da Lei sobre o Estabelecimento das CECC e solicitou que o Secretário-Geral retomasse, sem demora, as negociações com o Camboja para concluir um acordo sobre o julgamento dos membros do Khmer Vermelho. Kofi Annan acata a solicitação da Assembleia Geral.

**6 a 13 de janeiro de 2003** – Uma rodada de negociações é realizada em Nova York entre o governo do Camboja e o Secretário-Geral da ONU.

**13 a 17 de março de 2003** – Uma segunda rodada de negociações é conduzida em Phnom Penh entre o governo do Camboja e o Secretário-Geral da ONU.

**31 de março de 2003** – O Secretário-Geral da ONU publica o seu relatório sobre as negociações com o Camboja, no qual atesta que as suas principais demandas foram aceitas: o acordo entre a ONU e a Camboja sobre o julgamento dos membros do Khmer Vermelho teria força de lei na jurisdição interna cambojana e as CECC garantiriam níveis minimamente satisfatórios de devido processo legal. Contudo, o Secretário-Geral também alertou que o estado precário do Poder Judiciário do Camboja ainda gerava dúvida quanto à credibilidade das Câmaras Extraordinárias. Em anexo ao relatório constava o texto do referido acordo.

**13 de maio de 2003** – A Assembleia Geral da ONU adota a Resolução n. 57/228B, por meio da qual aprovou o “Acordo entre as Nações Unidas e o Governo Real do Camboja relativo ao Julgamento sob a Lei Cambojana dos Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático” (Acordo sobre o Estabelecimento das CECC). Também solicitou que o Secretário-Geral e o Camboja tomem as medidas necessárias para garantir a entrada em vigor e a plena implementação do Acordo.

**6 de junho de 2003** – A ONU, representada pelo seu Secretário-Geral, e o Camboja assinam o Acordo sobre o Estabelecimento das CECC.

**4 de outubro de 2004** – A Assembleia Nacional do Camboja aprova o Acordo sobre o Estabelecimento das CECC.

**19 de outubro de 2004** – O Rei do Camboja promulga o Acordo sobre o Estabelecimento das CECC.

**27 de outubro de 2004** – Uma lei emendando a Lei sobre o Estabelecimento das CECC, dando-lhe conformidade com o Acordo com a ONU, é promulgada no Camboja. As CECC operam segundo esta lei emendada.

**29 de abril de 2005** – O Acordo sobre o Estabelecimento das CECC entra em vigor.

**3 de julho de 2006** – Os primeiros juízes e co-procuradores cambojanos e internacionais das CECC são empossados.

**12 de junho de 2007** – Depois de intensos impasses entre os juízes cambojanos e os internacionais, as Regras Internas de Procedimento das CECC são aprovadas.

**18 de julho de 2007** – As atividades das CECC formalmente se iniciam, quando os Co-Procuradores apresentam uma Petição Introdutória (*Introductory Submission*) contra Nuon Chea (Secretário Adjunto do Partido Comunista Cambojano), Ieng Sary (Ministro dos Negócios Estrangeiros e Vice-Primeiro-

-Ministro do Kampuchea Democrático), Khieu Samphan (Chefe de Estado do Kampuchea Democrático), Ieng Thirith (Ministra dos Assuntos Sociais) e Kaing Guek Eav (Diretor da Prisão de Segurança S-21 em Phnom Penh).

**30 de março de 2009** – O primeiro julgamento das CECC se inicia, no caso *Procurador v. Kaing Guek Eav* (Caso 001).

**26 de julho de 2010** – As CECC emitem seu primeiro julgamento de mérito, no caso *Procurador v. Kaing Guek Eav* (Caso 001), no qual condenou o réu por crimes contra a humanidade e graves violações das Convenções de Genebra de 1949 e o sentenciou a 35 anos de prisão. Kaing Guek Eav e os Co-Procuradores apelaram da decisão.

**3 de fevereiro de 2012** – A Câmara da Suprema Corte emite o seu primeiro acórdão, no caso *Procurador v. Kaing Guek Eav* (Caso 001), no qual modificou a sentença do réu, condenando-o a uma pena de prisão perpétua.

**7 de agosto de 2014** – No Caso 002/01, Nuon Chea e Khieu Samphan são declarados culpados de crimes contra a humanidade e condenados à prisão perpétua em primeira instância.

**23 de novembro de 2016** – No Caso 002/01, a Câmara da Suprema Corte confirma o veredito e as sentenças de Nuon Chea e Khieu Samphan.

**16 de novembro de 2018** – No Caso 002/02, Nuon Chea e Khieu Samphan são condenados por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade e são sentenciados à prisão perpétua em primeira instância.



# DIREITO INTERNACIONAL E POLÍTICA: TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS E JULGAMENTOS – O CASO DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO

*Salem H. Nasser*

## INTRODUÇÃO

Por toda parte, política e direito se entrelaçam. Esse fato não só é óbvio, como é também necessário; não há como fugir dessa inter-relação. Os caminhos nos quais política e direito interagem impactam a qualidade do sistema legal operante em qualquer sociedade. E a qualidade do sistema legal também depende da operação e da estrutura interna do próprio sistema. A avaliação dessa qualidade é elemento central à noção de *rule of law*.

O presente artigo examina a emergência de tribunais penais internacionais – e outros traços do regime do direito penal internacional – como instâncias problemáticas nas quais condicionantes políticas se sobrepõem a ferramentas ou instituições jurídicas. Esse fenômeno de sobreposição é possível tanto por causa das características internas do direito internacional quanto pela dinâmica da política internacional. Em qualquer caso, o resultado afeta o impacto potencial e real do *rule of law* no direito internacional.

A seção I discute brevemente a possibilidade de se estabelecer uma relação entre *rule of law* e direito internacional. A seção II faz uma avaliação ampla das escolhas políticas que são realizadas em relação à criação e ao funcionamento dos tribunais internacionais. Finalmente, a seção III apresenta uma análise mais concreta no caso do Tribunal Especial para o Líbano.

## 1. *RULE OF LAW* E O DIREITO INTERNACIONAL

O espaço necessário para apresentar uma teoria abrangente sobre a relação entre *rule of law* e direito internacional está além do escopo deste artigo.

Nós podemos, entretanto, nos satisfazer com um bom ponto de partida e algumas funções básicas da noção.

O ponto de partida é este: a noção de *rule of law* está relacionada com a qualidade de um sistema jurídico e a possibilidade de medir tal qualidade, conquanto funcione para reduzir incertezas e limitar o uso arbitrário do poder. Esses elementos são comuns a todas as concepções de *rule of law*<sup>1</sup>, usualmente construídas para uso interno, em sistemas jurídicos domésticos.

A busca pelo *rule of law* entre Estados é vista por Martti Koskenniemi como “outra reformulação do impulso liberal de fugir da política” – uma tarefa impossível ou exercício fútil<sup>2</sup>. Em outro lugar, entretanto, o próprio Koskenniemi recusa o uso instrumental do direito por certa tradição de relações internacionais e aponta para a tarefa específica de que se devem incumbir o direito e os juristas – uma tarefa que não pode ser realizada pela sociologia ou pela ética: aquela de responder à questão da “validade do direito”<sup>3</sup>.

Se aceitamos que o direito internacional é direito e constitui um sistema jurídico, podemos então indagar sobre sua qualidade e perguntar em que medida ele realiza as funções que são as suas. Nós poderíamos tentar transportar e adaptar um leque de critérios usado em concepções formais de *rule of law*, como aquela, clássica, de Joseph Raz, e perquirir sobre as características das normas e das instituições de direito internacional<sup>4</sup>. Ou, nós poderíamos tentar uma concepção mais substancial e olhar para o conteúdo das normas. Para os propósitos deste artigo, todavia, nós podemos nos satisfazer com um traço mais genérico do direito internacional; não obstante, um traço fundamental.

Independentemente de lidarmos com direito consuetudinário ou com direito decorrente dos tratados – e deixando de lado as normas do direito internacional geral e possíveis normas de *jus cogens* – o fato é que, diante de cada norma desse ordenamento, deve-se perguntar, em relação a cada Estado, se ela é vinculante ou não. Em outras palavras, uma norma de direito internacional não vinculará um Estado a menos que se possa estabelecer que a prática e a convicção amarradas à norma atingem esse mesmo Estado, pela via

<sup>1</sup> V. KRYGIER, Martin. The Rule of Law: legality, theology, sociology. In: PALOMBELLA, Gianluigi; WALKER, Neil (Eds.). *Relocating the rule of law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

<sup>2</sup> KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, n. 1, p. 4, 6, 1990.

<sup>3</sup> KOSKENNIEMI, Martti. M. Carl Schmitt, Hans Morgenthau and the image of law in international relations. In: BYERS, Michael (ed.). *The Rule of Law in international politics*. Oxford, Oxford University Press, p. 17, 31, 2009.

<sup>4</sup> RAZ, Joseph. The Rule of Law and its virtue. *Law Quarterly Review*, n. 93, p.195, 210, 1997.

do costume internacional, ou que se possa demonstrar que o Estado aceitou vincular-se por um tratado.

A possibilidade permanente dessa questão sobre a vinculação de cada Estado a cada norma se relaciona com o atual e muito discutido tema da fragmentação do direito internacional – a proliferação de conjuntos específicos ou especializados de normas que obrigam grupos de Estados, grupos que podem variar e variam na sua composição<sup>5</sup>. A fragmentação cria um obstáculo suplementar para a possibilidade de estabelecer com clareza o conteúdo das normas e o alcance dos direitos e obrigações jurídicas em relação a cada componente da sociedade internacional<sup>6</sup>. A fragmentação também ajuda a explicar a ausência de um verdadeiro judiciário internacional, enquanto um sistema integrado de instituições e de poder jurisdicional apto a solucionar as controvérsias e aplicar o direito entre todos os Estados. Por conta da natureza fragmentada do direito internacional não se pode ir além dos tribunais internacionais temáticos e ou dotados de jurisdição sempre dependente da vontade dos Estados que a eles se submetem<sup>7</sup>. Isto é assim porque, em princípio, um tribunal internacional só pode vir a existir sob o direito internacional se ele emerge da vontade dos Estados que expressaram tal vontade por meio de um tratado internacional.

Na medida em que os temas ao redor dos quais os Estados produzem direito internacional cresceram e se expandiram, novos instrumentos e instituições surgiram para lidar com questões acessórias. Um dos novos temas é o direito penal internacional. Os Estados progressivamente construíram um corpo de regras definindo os crimes que não deveriam, segundo o direito internacional, permanecer impunes. Esses crimes deveriam ser julgados, quer pelas cortes nacionais, quer pelos tribunais internacionais<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Relatórios da Comissão de Direito Internacional, 58ª seção, 1º de maio a 9 de junho de 2006. U.N. Doc. A/CN.4/L.682, paras. 15. Vide, e.g., KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Paivi. Fragmentation of International Law?. *Leiden Journal of International Law*, 15, p. 553, 554, 2002. HAFNER, Gerhard, Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law. *Michigan Journal of International Law*, n. 25, p. 849, 854-55, 2003-4. SIMMA, Bruno, Fragmentation in a Positive Light. *Michigan Journal of International Law*, n. 25, p.845, 846, 2003-4. FISHCER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, n. 25, p. 999, 1038, p.2003-4.

<sup>6</sup> Vide FISHER-LESCANO & TEUBNER, *supra* nota 5, p.1038-9.

<sup>7</sup> Id.

<sup>8</sup> Vide, e.g., RABKIN, Jeremy. No substitute for sovereignty: why international criminal justice has a bleak future – and deserves it. In: HUGHES, Edel; SCHABAS, William A; THAKUR, Ramesh (eds.). *Atrocities and international accountability: beyond transnational justice*. United Nations University Press, p. 98,99, 2007.

## 2. TRIBUNAIS E JULGAMENTOS PENAIS INTERNACIONAIS

### 2.1. Por que ou para que os tribunais penais?

Podem ser concebidas ao menos duas razões para a existência de tribunais penais. Primeiramente, eles assegurariam que certas ações, definidas pela ordem jurídica, não permaneceriam impunes; eles evitariam a impunidade<sup>9</sup>. Em seguida, os tribunais deveriam garantir que qualquer acusado de um crime será julgado com justiça, nos termos da lei, e será protegido de decisões arbitrárias<sup>10</sup>. Esses dois papéis dos tribunais penais representam ideais políticos e jurídicos que podem, ou não, ser verdadeiramente valorados em certa sociedade.

Parece evidente que essas mesmas ideias e ideais básicos presentes na operação de tribunais penais, de modo geral, podem também ter se desenvolvido em direito internacional. A ordem jurídica internacional gradualmente incorporou a condenação de certos comportamentos que julgou necessário punir<sup>11</sup>, e também reconheceu que tal punição necessária deve ser resultado de um processo justo e legal<sup>12</sup>. Ambos os objetivos também têm constituído a *rationale* para a criação e funcionamento dos tribunais penais internacionais<sup>13</sup>.

Tendo em vista que tribunais penais internacionais geralmente operariam em relação a contextos de violência em massa, nos quais estabelecer a culpabilidade individual é importante para assegurar processos de reconstrução do tecido social e reconciliação, eles têm a função adicional de remover a culpabilidade coletiva e estabelecer a individual<sup>14</sup>. Os tribunais, portanto, podem funcionar como ferramentas da comunidade internacional para assegurar punição, prevenção e reconciliação – aceita a ressalva de que os tribunais não são a única maneira de promover justiça pós-conflito<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> CASSESE, Antonio. Reflexões sobre a justiça internacional penal. *Modern Law Review*, n. 61, p. 1, 8, 1998.

<sup>10</sup> Vide IBA/ICC Programme, Fairness at the International Crime Court. *B.A.Hum.Rts.Inst. Resp.*, p. 8, 9, disponível em <[http://webcourses.lexisnexis.com/bbcswebdav/internal/courses/Legal\\_132508/wikis/course/af1235017da942ecbf9c8c58a1f90dcf/0b0ba8a7ed2647b8a-33dc8320793c650/FN%208.pdf](http://webcourses.lexisnexis.com/bbcswebdav/internal/courses/Legal_132508/wikis/course/af1235017da942ecbf9c8c58a1f90dcf/0b0ba8a7ed2647b8a-33dc8320793c650/FN%208.pdf)>.

<sup>11</sup> SADAT, Leila Nadya. Redefining Universal Jurisdiction. *New England Law Review*, n.35, p.241, 2000-1.

<sup>12</sup> IBA/ICC Programme, *supra* nota 10, p. 9.

<sup>13</sup> Idem, SADAT, *supra* nota 11, p.241.

<sup>14</sup> Vide DRUMBL, Mark A. Toward a Criminology of International Crimes. *Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Papers*, n.1, p. 8-11, 2003.

<sup>15</sup> CASSESE, Antonio. Reflections on International Criminal Justice. *Modern Law Review*, n.61, v. 1, p. 3, 8 (1998).

Talvez por causa dessa especificidade, tribunais penais internacionais podem dar maior ênfase ao propósito de estabelecer responsabilidade e de garantir a punição do que àquele de assegurar um julgamento justo. Um exemplo da ênfase na punição como objetivo primário, em detrimento da consideração de justiça, é a decisão do caso Tadic na Corte de Apelações do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY, na sigla em inglês)<sup>16</sup>.

Muitos dos atores internacionais esperavam que o Tribunal Penal Internacional (TPI ou ICC, em inglês), por ser permanente, viesse a lidar de modo mais equilibrado com os dois imperativos, punição e justiça, esta no sentido de devido processo<sup>17</sup>. Um sinal de progresso nessa direção viria do caso Dyilo, no qual a Câmara de Julgamentos decidiu libertar o acusado com base na omissão do promotor em divulgar provas secretas que levariam à absolvição para os juízes e para a defesa<sup>18</sup>. No entanto, em 2012, Thomas Lubanga foi sentenciado a 14 anos de prisão pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância do TPI. O Juízo de Recursos, por sua vez, manteve a sentença em decisão ocorrida em 2014. Atualmente, Lubanga cumpre pena na República Democrática do Congo.

## **2.2. Julgamentos e tribunais penais internacionais, ou internacionalmente relevantes, diferem radicalmente de cortes e julgamentos domésticos**

O fato de que as mesmas ideias básicas existam tanto em tribunais domésticos como em internacionais, a despeito das diferenças mencionadas,

<sup>16</sup> Vide *Prosecutor v. Tadic*, caso n. IT-9-4-1-A (Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, 15 de julho de 1999), disponível em < <https://www.icty.org/case/tadic/4,2016-6-9> >. (Dusko Tadic foi acusado e considerado inocente perante a Câmara de Julgamentos pela morte de cinco pessoas (ele foi, entretanto, considerado culpado em outras alegações) dada a falta de evidência que revelasse sua autoria direta, ou participação, nos crimes; tudo que foi conhecido e que Tadic tomou parte na retirada forçada das mesmas pessoas. Se a interpretação literal do TPI fosse respeitada, Tadic não poderia ser condenado para o crime de homicídio. Entretanto, a Câmara de Apelações decidiu excluir a interpretação literal, que protegeria os direitos do acusado, e deu preferência a assegurar os objetivos do tribunal, no sentido de responsabilização e punição). Para uma análise considerando a justiça do direito penal internacional no caso de instituições *ad hoc* estabelecidas para a ex-Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa, em comparação aos tribunais penais internacionais, vide SCHABAS, William A. *Independence and Impartiality of the International Judiciary: some lessons learned, and some ignored*. In: HUGHES, Edel; SCHABAS, William A; THAKUR, Ramesh (eds.). *Atrocities and international accountability: beyond transnational justice*. United Nations University Press, p. 182, 2007.

<sup>17</sup> FERENCZ, Benjamim B. *Enabling the International Criminal Court to Punish Aggression*. *Washington University Global Studies Law Review*, n. 6, p.551, 560, 563, 2007.

<sup>18</sup> *Prosecutor v. Dyilo*, caso n; ICC-01/04-01/06. Disponível em <<https://www.iccpi.int/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf>>.

não garante uma similaridade maior entre as ordens jurídicas domésticas e a internacional, nem torna fácil a comparação no que se respeita ao funcionamento dos tribunais nessas duas esferas.

Na ordem jurídica doméstica, tribunais penais são parte de um arranjo institucional preestabelecido. Juízes são designados para suas funções, diferentes níveis de jurisdição são organizados e a competência é dividida entre os vários tribunais de acordo com regras conhecidas<sup>19</sup>. Mais, as decisões de tribunais penais em ordens jurídicas domésticas ocorrem no seio do que se pode chamar de um conjunto institucional que opera sob a exclusividade do poder de jurisdição dentro de um território; isto é, dentro de um Estado. Portanto, se as instituições funcionam adequadamente, todos os crimes – na medida em que eles se situam sob a jurisdição da ordem jurídica dos tribunais domésticos – acabarão perante as cortes e todos os criminosos serão julgados e punidos. Em ordens jurídicas domésticas, os tribunais penais já têm conhecimento prévio dos tipos penais e das suas correspondentes penas. Assim, os tribunais penais e as normas que organizam o seu funcionamento ao punir ou condenar certos comportamentos, pertencem a uma ordem jurídica coesa e, quiçá, coerente<sup>20</sup>.

Já quando se trata de tribunais penais internacionais, algumas dificuldades emergem e estão relacionadas com características específicas do direito internacional. O traço essencial da ordem jurídica internacional é que ela funciona primordialmente para regular as relações entre Estados soberanos independentes<sup>21</sup>. Em outras palavras, a ordem jurídica internacional existe para organizar e regular o comportamento social em uma sociedade de Estados. Nessa ordem jurídica – na qual não existe autoridade central responsável pela criação e pela aplicação das normas, e na qual os Estados criam normas jurídicas para regular a conduta dos próprios Estados – a ideia de que certos crimes, que são necessariamente a ação de indivíduos, e sua punição deve ser matéria de preocupação e regulação é um novo, ainda que compreensível, desenvolvimento<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Vide, e.g., KADISH, Sanford D.; SCHULHOFER, Stephen J. & STEIKER, Carlos. *Criminal Law and its processes: cases and materials*. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 1-3, 11.

<sup>20</sup> NASSER, Salem H. *Fontes e Normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 38.

<sup>21</sup> Idem, p. 52 (reconhecendo como o direito internacional vê a si mesmo, ao invés de fazer um julgamento pessoal sobre se os estados são de fato independentes ou se eles são os únicos sujeitos de direito no direito internacional).

<sup>22</sup> Idem, p. 98 (reconhecer a novidade desse desenvolvimento pode ser assunto controverso; existem, é claro, os precedentes dos tribunais criados *ex post facto* – como Tóquio e Nuremberg – e seus julgamentos que ajudaram a desenvolver o direito material, especialmente no que concerne a definição de crimes).

A primeira de duas dificuldades engendradas por essa inovação é que agora, além de se preocupar com o comportamento dos Estados, o direito internacional precisa se preocupar com – e, em certa medida, regular – o comportamento dos indivíduos. O problema é que essa preocupação e regulação devem operar indiretamente, porque o direito internacional somente pode *diretamente* regular o comportamento dos Estados, não dos indivíduos<sup>23</sup>. Crimes ocorrem dentro de Estados e indivíduos – conquanto vítimas ou criminosos – sempre estão localizados dentro de território nacional. A fim de alcançar os criminosos e punir o fato, tudo que o direito internacional pode fazer é declarar que os Estados podem, ou devem, ou não podem fazer em relação aos crimes, aos indivíduos e às possibilidades de julgamento em tribunais internacionais<sup>24</sup>.

A segunda grande dificuldade diz respeito à maneira pela qual o direito internacional é criado. Fundamentalmente, normas jurídicas internacionais são ou o resultado de práticas generalizadas tidas como legais – direito consuetudinário – ou o resultado de acordos sobre direitos e obrigações entre Estados, e sobre normas que se pretendem vinculantes – direito convencional. Ainda que este autor reconheça o papel dos princípios gerais de direito extraído das ordens jurídicas domésticas, o fato é que as decisões tomadas por tribunais internacionais como base nesses servem ao preenchimento de lacunas do direito consuetudinário e do convencional. De outro modo, referência é muitas vezes feita a princípios gerais no sentido de normas gerais decorrentes dos próprios costumes ou dos tratados. Finalmente, como se sabe, doutrina e jurisprudência são consultadas como meios auxiliares de identificação das normas costumeiras. Portanto, em princípio, todo o direito internacional que emana das duas principais fontes – costumes e tratados – surge ou do comportamento ou da vontade dos Estados.

Com a exceção provável de certas normas de direito consuetudinário que são pensadas como aptas a vincular todos os Estados, independentemente de seu comportamento ou expressão de vontade (*i.e. jus cogens*, direito internacional geral e normas *erga omnes*), a maior parte das normas internacionais são vinculantes apenas para alguns Estados e não a outros. No direito internacional, uma questão que raramente é posta dentro da esfera doméstica, deve, ao contrário, ser permanentemente levantada, e é esta: a quem a regra ou norma se aplica?

<sup>23</sup> Vide WERLE, Gerhard. *Principles of international criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p.67-8.

<sup>24</sup> RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S; BISHOFF, James L.. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 368-69.

Ainda que alguém pudesse justificavelmente argumentar que do desenvolvimento consuetudinário de certos princípios de direito humanitário decorreria o surgimento do direito penal internacional, qualquer regime jurídico que descreva crimes, prescreva sanções, institua tribunais e organize os procedimentos para investigação e julgamento deveria necessariamente ser criado por convenção, pelo encontro de vontades, nos tratados. Essa realidade é vital para se atingir algum grau de clareza e certeza – elementos essenciais para o direito penal e pedras fundamentais para a justiça nos procedimentos penais<sup>25</sup>. Todavia, num movimento que contraria esse princípio, o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou alguns tribunais e o fez com base em decisões imperativas que resultaram de processos políticos<sup>26</sup>.

O traço essencial do direito dos tratados é que as normas, direitos e obrigações sobre as quais se convencionam são vinculantes somente para os Estados que manifestaram seu consentimento inequívoco<sup>27</sup>. Consequentemente, um tratado não vinculará um Estado que não é parte em um tratado<sup>28</sup>. Qualquer tratado que cria um tribunal e estabelece as regras e provisões apropriadas – quer digam respeito à nomeação dos juízes, os procedimentos aplicáveis na corte, ou os crimes e as penalidades – muito provavelmente não conhecerá a universalidade que caracteriza o aparato institucional de ordens jurídicas e tribunais penais domésticos<sup>29</sup>. Essa falta de universalidade ocorre precisamente porque nenhum Estado é obrigado a dar seu consentimento para qualquer tratado.

Os Estados podem escolher se querem participar de um regime jurídico penal internacional<sup>30</sup>. Como mencionado, o direito internacional só pode

<sup>25</sup> GLENNON, Michal J. The Blank-prose crime of aggression. *Yale Journal of International Law*, n. 35, p.71, 85, 2010. VYVER, Johan D van der. Prosecuting terrorism in International Tribunals. *Emory International Law Review*, p. 527, 2010.

<sup>26</sup> Vide, e.g., BRICHAMBAUT, Marc Perrin. The Role of the United Nations Security Council in the International legal System. In: BYERS, Michael (ed.) *The Role of law in international politics*, p.269, 270, 271, 2000. GOWLAND-DEBBAS, The functions of the United Nations Security Council in the International Legal System. In: BYERS, Michael (ed.) *The Role of law in international politics*, p. 277, 295 et seq., 2000.

<sup>27</sup> MILANOVIC, Marko. Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why Should We Care). *Journal of International Criminal Justice*, n. 9, p. 25, 26, 2011.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> Vide ABBOTT, Kenneth W. Interantional Relations Theory, International Law and the Regime Governing Atrocities in Internal Conflicts. *American Journal of International Law*, n. 93, p.361, 373, 1999 (“os tratados relevantes criam obrigações jurídicas vinculantes; eles claramente definem a conduta proscribita; e eles delegam a sua implementação para instituições judiciais – primariamente cortes nacionais (com jurisdição universal e requerimentos para processar ou extraditar para limitar decisões que favoreçam a própria corte), mas, crescentemente, para tribunais internacionais também”).

<sup>30</sup> Vide, e.g., Report of the International Law Commission, seção n. 58 (de 1º de maio a 9 de junho, de 3 de julho a 11 de agosto), 2006, U.N.Doc.A/CN.4/L.682, para. 15, 2006 (notando que



agir indiretamente, através do Estado, em relação aos crimes individuais e às punições subsequentes. Esses dois fatores explicam a falta de universalidade, ou homogeneidade, das respostas institucionalizadas à conduta criminoso no direito internacional. Esses fatores também explicam a propensão à redução de eficácia de uma resposta institucionalizada.

Diferentemente do que ocorre em sistemas domésticos, tribunais penais internacionais não operam dentro de uma ordem jurídica coesa e centralizada. Isso não é o mesmo que dizer que o direito internacional não seja uma ordem jurídica coerente e unificada, mas sim que sua lógica interna de funcionamento e sua estrutura incorporam e naturalizam a fragmentação normativa e institucional. Faltam ao direito penal internacional instituições e procedimentos preestabelecidos, bem como crimes e punições predefinidos. Em ordens jurídicas domésticas, as normas podem mudar e instituições se reformarem, mas as mudanças ocorrem de tal forma a evitar quebrar a coesão, coerência e, mais importante, para evitar destruir a aplicabilidade universal da ordem dentro de um dado Estado.

### 2.3. No processo de criar tribunais e normas, escolhas são feitas

#### 2.3.1. Os crimes

O regime internacional ao qual tribunais penais internacionais e seus julgamentos pertencem tem evoluído ao redor de um certo conjunto de crimes: crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio<sup>31</sup>. Aquilo que se costuma chamar comunidade internacional mantém um discurso de que não deve haver impunidade para esses crimes<sup>32</sup>. Conhecidos como “*core crimes*”, eles diferem grandemente da maior parte dos crimes definidos pelas ordens jurídicas domésticas<sup>33</sup>. Esses *core crimes* acontecem em contextos de violência generalizada ou em massa<sup>34</sup>. Geralmente, por uma ou outra razão,

---

um regime jurídico dentro do direito internacional, por vezes também referido como regime autocontido, pode ser entendido de diferentes maneiras, algumas mais inclusivas, algumas mais restritivas. Para propósitos instantâneos, pode-se falar, por exemplo, de um regime que abarca todos os tribunais penais e todas as normas materiais, ou falar em um regime que inclua somente o Tribunal Penal Internacional e suas normas).

<sup>31</sup> Vide WERLE, *supra* nota 23, p.26.

<sup>32</sup> Vide *idem*, p. 28.

<sup>33</sup> Vide, *idem*, p. 26. BROWN, Bartram S.. The Evolving Concept of Universal Jurisdiction. *New England Law Review*, n.35, p. 383, 385, 2001.

<sup>34</sup> Vide WERLE, *supra* nota 23, p. 269.

o Estado é incapaz de punir tais crimes ou não quer fazê-lo<sup>35</sup>. Os Estados podem se ver limitados porque os crimes são cometidos por militares ou grupos rebeldes, ou porque o próprio aparato estatal está envolvido<sup>36</sup>.

Por exemplo, crimes de guerra pressupõem a existência de um conflito armado, quer entre Estados ou entre grupos suficientemente coesos e poderosos ao ponto de desafiar a autoridade do Estado existente<sup>37</sup>. No caso de crimes contra a humanidade, uma política de ataque a civis deve existir<sup>38</sup>. Crimes contra a humanidade só podem ocorrer em um contexto de abusos em massa cometidos ou tolerados pelo Estado ou entidade que exerce as funções de Estado<sup>39</sup>. E, de modo similar, o crime de genocídio necessariamente envolve a existência de um plano ou política para a destruição de um grupo<sup>40</sup>. O tipo de organização necessária para colocar tal plano em prática somente é possível se o Estado administra ou permite sua criação e funcionamento<sup>41</sup>. Requerer um Estado ou uma organização de larga escala para caracterizar uma atrocidade como crime contra a humanidade deriva da ideia de que os atores que cometem tais crimes – máfias, terroristas, gangues ou *serial killers* – podem em geral ser punidos pelo Estado, com o direito internacional servindo meramente para prover assistência<sup>42</sup>.

Entretanto, tudo isso foi deixado de lado quando o Conselho de Segurança aprovou a criação de um tribunal internacional, o Tribunal Especial para o Líbano (STL, na sigla em inglês)<sup>43</sup>. O STL investiga e julga um número de homicídios e tentativas de homicídio que este autor não considera

<sup>35</sup> Art. 17 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 17 de julho de 1998. U.N.Doc A/CONF.183/9 [doravante, Estatuto de Roma].

<sup>36</sup> Vide idem, art. 17 (afirmando a incapacidade do estado de processar e punir ou seu fracasso em fazê-lo é a *rationale* do dispositivo, no estatuto da Corte, que estabelece uma jurisdição subsidiária).

<sup>37</sup> Vide WERLE, *supra* nota 23, p. 269.

<sup>38</sup> Vide idem.

<sup>39</sup> Vide CASSESE, Antonio. Crimes Against Humanity. In CASSESE, Antonio et al. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 356. BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against humanity in international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

<sup>40</sup> Vide Prosecutor v. Kayishema caso n. ICTR 95-1-T, julgamento para. 94, maio de 21 de 1999.

<sup>41</sup> Vide idem; Vide SCHABAS, William A. *Crimes Against Humanity: The State Plano f Policy Element*. In: SCHARF, Michael P. *The Theory and practice of international criminal law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 347-64.

<sup>42</sup> Vide também SCHABAS, *supra* nota 41, pp. 347-64.

<sup>43</sup> Resolução do Conselho de Segurança 1757, art.1, U.N. Doc. S/RES/1757 (30 de maio de 2007). Disponível em <<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Chap%20VII%20SRES%201757.pdf>>.

caracterizarem crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou genocídio. Mais sobre ele adiante.

### 2.3.2. Criando (ou não) um tribunal internacional

A decisão de criar, ou não, um tribunal internacional para julgar os crimes acima listados é uma escolha crucial. Alguns Estados se juntaram para criar o Tribunal Penal Internacional (TPI), que foi instituído pelo tratado conhecido como Estatuto de Roma<sup>44</sup>. Nem todos os Estados são parte desse tratado, mas todos os Estados poderiam ser, no sentido de que o TPI é um tribunal permanente e universal<sup>45</sup>. Ele também tem vocação universal no que tange à sua jurisdição, uma vez que, em princípio, pode julgar crimes definidos por seu Estatuto onde quer que eles ocorram<sup>46</sup>.

Como se sabe, antes de finalmente vingar a ideia de um tribunal penal permanente, deu-se uma longa história de criação de tribunais *ad hoc* para julgar crimes que ocorreram durante certos conflitos; os exemplos sempre lembrados são os de Nuremberg e o de Tóquio<sup>47</sup>. Entretanto, com o desenvolvimento do direito internacional na segunda metade do século XX, a criação de tribunais *ad hoc* pelas partes vitoriosas em conflitos se tornou uma escolha menos sofisticada. A nova prática passou a ser, nos anos 1990, a criação por iniciativa do Conselho de Segurança das Nações Unidas de tribunais *ad hoc* em alguma medida diferentes daqueles – tais como o ICTY e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, na sigla em inglês)<sup>48</sup>. Intensas negociações políticas e controvérsias precederam a criação tanto do ICTY quanto do ICTR<sup>49</sup>. As histórias detalhadas de ambos os tribunais e as questões que dividiram os Estados sobre sua criação, e os seus escopos espaciais e temporais de ação, fogem aos objetivos do presente artigo. Basta por hora dizer que um órgão político, o Conselho de Segurança, criou ambos como resultado de uma barganha entre seus quinze membros: cinco membros permanentes e outros dez membros que tinham assento no conselho quando as decisões foram tomadas<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> CASSESE, A. et al. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary – Materials* 3. Oxford: OUP, 2002 [doravante *Materiais*]; V. Estatuto de Roma, *supra* nota 35.

<sup>45</sup> Vide BROWN, *supra* nota 33, pp. 384-87; Carta das Nações Unidas, arts. 92-3.

<sup>46</sup> *Materiais*, *supra* nota 44, p. 5.

<sup>47</sup> WERLE, *supra* nota 23, pp. 6-7.

<sup>48</sup> WERLE, *supra* nota 23, p. 15.

<sup>49</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>50</sup> *Idem*, p.18.

Mais, as Nações Unidas ajudaram na criação de outros tribunais cujo propósito era funcionar dentro da jurisdição de alguns Estados<sup>51</sup>. São conhecidos como tribunais mistos ou híbridos que se baseiam na participação de juízes e pessoal nacionais para processar e julgar crimes internacionais<sup>52</sup>. Os exemplos incluem o Tribunal Especial para o Camboja (ECCC, na sigla em inglês) e o Tribunal Especial para a Serra Leoa<sup>53</sup>(SCSL, na sigla em inglês). Considerações e barganhas políticas também são identificáveis na criação de tribunais híbridos. Este artigo irá examinar e discutir em detalhadamente o processo político que dominou a criação do Tribunal Especial para Líbano (STL), e que a nosso ver domina também seu funcionamento, abaixo<sup>54</sup>.

Algumas vezes, no entanto, apesar da inegável existência de crimes internacionais, nenhum Tribunal Internacional surge. Esse foi o caso no julgamento de Saddam Hussein, que se deu diante de um tribunal doméstico especial, que será discutido em mais detalhes abaixo, e que também decorre de considerações políticas.

A decisão de criar um Tribunal Internacional inclui uma série de outras escolhas, que inclui a indicação de juízes e equipe, os procedimentos necessários, o funcionamento da corte, assim como a relação entre tribunais internacionais e ordens e instituições jurídicas domésticas.

## 2.4. Os casos

Uma vez que um tribunal existe, quer seja permanente ou *ad hoc*, a próxima decisão fundamental diz respeito aos fatos e às condutas a serem examinadas, e os indivíduos a serem julgados<sup>55</sup>. Em outras palavras, o tribunal deve decidir sobre quais casos apreciar. No caso de tribunais *ad hoc*, tal decisão é facilitada pelo fato de que esses tribunais são criados para julgar crimes específicos que ocorreram em determinados locais ou circunstâncias; mas, mesmo assim, algumas perguntas podem ser feitas. Considere-se, por

<sup>51</sup> Vide WETZEL, Erik; MITRI, Yvonne. The Special Tribunal for Lebanon: a Court “Off the Shelf” for a Divided Country. *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, p.81, 88-93 (explicando a competência do Conselho de Segurança para criar Tribunais), 2008.

<sup>52</sup> Idem, p. 86.

<sup>53</sup> Idem, p. 87.

<sup>54</sup> Idem; vide também *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, disponível em <<https://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>>.

<sup>55</sup> Vide RASTAN, Rod. Comment on Victor’s Justice & the Viability of the Ex Ante Standards, *The John Marshall Law Review*, vol. 43, p.569, 590-593, 2010.

exemplo, a questão relativa à possibilidade de as tropas da OTAN serem julgadas, ou deverem ser julgadas, pelo ICTY<sup>56</sup>.

Entretanto, quando um tribunal tem jurisdição para julgar um número qualquer de crimes que podem ocorrer em qualquer lugar do mundo, o Tribunal deve ser seletivo sobre quais casos irá ouvir<sup>57</sup>. Por exemplo, desde que passou a funcionar, o Tribunal Penal Internacional (TPI ou ICC) decidiu dar início a procedimentos sobre o Congo, Uganda, Sudão, República Centro-Africana, Quênia, Líbia, Venezuela, Ucrânia, Filipinas, Geórgia, Palestina, Iraque/ Reino Unido, Myanmar/ Bangladesh, Mali, dentre outros<sup>58</sup>.

A decisão de processar alguns casos e não outros decorre do princípio da seletividade<sup>59</sup>. Em geral, o promotor de cada tribunal, quer seja um *ad hoc* ou o TPI, decide se deve ou não dar início ao processo<sup>60</sup>. O Estatuto de Roma, entretanto, permite que os Estados-parte do TPI e membros do Conselho de Segurança remetam casos para investigação e acusação<sup>61</sup>. Uma vez que, novamente, o processo de tomada de decisão no Conselho de Segurança é político, os casos só são remetidos para o promotor do TPI após intensa barganha<sup>62</sup>.

Uma ilustração desse processo de politização da atuação do TPI e da barganha no Conselho de Segurança, ó o caso da Síria, em que houve tentativa de submeter a situação do país ao TPI, pelo Conselho de Segurança, mas esta fracassou em 2014 com vetos de dois membros permanentes - China e Rússia<sup>63</sup>. Não se deu a criação de um tribunal *ad hoc* para a Síria (como

<sup>56</sup> Vide, e.g., LAURSEN, Andreas. NATO, the War over Kosovo and the ICTY Investigation. *American University International Law Review*, vol. 17, p. 765, 768 (2002).

<sup>57</sup> Vide, em termos gerais, Estatuto de Roma, *supra* nota 35; Estatuto do Tribunal Internacional para o Julgamento de Pessoas Responsáveis por Sérias Violações de Direito Humanitário Internacionais Cometidas no Território da ex-Iugoslávia desde 1991, U.N. Doc. S/25704, p. 36, anexo, 1993 e S/25704/Add.1, 1993, adotado pelo Conselho de Segurança em 25 de maio de 1993, U.N.Doc. S/RES/827, 1993 [doravante o Estatuto do ICTY]; Vide RASTAN, *supra* nota 55, p.590-3.

<sup>58</sup> Vide, e.g., ICC, *Situations and cases* (24 de abril de 2020), disponível em <<https://www.icc-cpi.int/#>>.

<sup>59</sup> Vide também VON BRAUN, Leonie; MICUS, Annelen. Agression: after Kampala. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, p. 111, 128-129, 2012 (discutindo o princípio de seletividade utilizado por tribunais internacionais).

<sup>60</sup> Vide, em termos gerais, Estatuto de Roma, *supra* nota 35; Estatuto do ICTY, *supra* nota 57.

<sup>61</sup> Estatuto de Roma, *supra* nota 35, no art. 13.

<sup>62</sup> Vide, FLETCHER, Major Kari M. Defining the Crime of Aggression: is there answer to the international criminal court's dilemma. *The Air Force Law Review*, vol. 65, p. 229, 244-5, 2010.

<sup>63</sup> Vide Referral of Syria to International Criminal Court Fails as Negative Votes Prevent Security Council from Adopting Draft Resolution by the Security Council, disponível em <<https://www.un.org/press/en/2014/sc11407.doc.htm>>.

ocorreu no caso da ex-Iugoslávia e Ruanda) e tampouco se referiu o caso ao TPI, ainda que muitos o quisessem fazer, por conta das condições políticas dentro do Conselho. Que fique claro, referir o caso teria sido ato dominado pela política e seria ato tocado pelo arbítrio desse jogo. Nas circunstâncias, a não referência do caso é também decorrência do jogo político, mas de natureza menos arbitrária. Na falta disso, tem-se focado no estabelecimento de mecanismos investigativos, tais como o International, Impartial and Independent Mechanism<sup>64</sup>, criado em 2016 pela Assembleia Geral, e o OPCW-UM Joint Investigative Mechanism<sup>65</sup>, criado em 2015 pelo Conselho de Segurança.

E ainda, outra evidência da instrumentalização política do TPI está nos Estados que não tomaram parte no Estatuto do TPI, mas que, ainda assim, são poderosos dentro do Conselho de Segurança – principalmente os Estados Unidos –, o que os faz capazes de influenciar a agenda do tribunal, como se tentou fazer no caso da Síria, e ao mesmo tempo tomando todas as medidas possíveis para evitar que o TPI aprecie julgamento sobre seus próprios cidadãos<sup>66</sup>.

O fato de ter o Estatuto do TPI criado um juízo de instrução para acompanhar as investigações e indiciamentos do TPI pode assegurar algum grau de controle sobre as decisões da promotoria de investigar e indiciar criminosos<sup>67</sup>. Todavia, a despeito da existência das questões relativas à admissibilidade<sup>68</sup>, não parece haver nenhum mecanismo de controle, judicial ou não, sobre a decisão de não investigar ou indiciar.

Uma vez que o princípio de seletividade garante que alguns casos serão investigados e outros não serão – e isso é verdade tanto para o TPI quanto para os tribunais *ad hoc* – a possibilidade de se referir um caso pode ser utilizada pelo Conselho de Segurança ou por qualquer Estado como uma ferramenta política de pressão para o ganho de vantagens políticas<sup>69</sup>. Um exemplo do uso da acusação como ferramenta é evidente nos casos de autodenúncia, nos quais

<sup>64</sup> Vide website International, Impartial and Independent Mechanism, disponível em <<https://iiim.un.org>>.

<sup>65</sup> Vide Security Council Unanimously Adopts Resolution 2235 (2015), Establishing Mechanism to Identify Perpetrators Using Chemical Weapons in Syria, by Security Council, disponível em <<https://www.un.org/press/en/2015/sc12001.doc.htm>>.

<sup>66</sup> Vide MINOGUE, Elizabeth C. Note: Increasing the Effectiveness of the Security Council's Chapter VII Authority in the Current Situations Before the International Criminal Court. *Vanderbilt Law Review*, vol. 61, p. 647, 676, 2008.

<sup>67</sup> Estatuto de Roma, *supra* nota 35, art. 15.

<sup>68</sup> Estatuto de Roma, *supra* nota 35, art. 17 (1)(d); SÁCOUTO, Susana; CLEARY, Katherine. The Gravity Treshold of the International Criminal Court. *American University International Law Review*, vol. 23, p. 807, 808-11, 2008.

<sup>69</sup> MCGOLDRICK, Dominic. *The Permanent International Criminal Court*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 461.

o governo de um Estado-parte do Estatuto de Roma denuncia um caso que ocorreu dentro de seu próprio território ao TPI, baseado na própria incapacidade de investigar e punir os criminosos que são insurgentes ou oponentes políticos<sup>70</sup>. Outros exemplos relevantes podem ser encontrados nos recentes eventos de revolta popular e insurgências armadas que desafiaram regimes e governos no mundo árabe e o uso de uma denúncia potencial dos líderes ao TPI como poderosa ferramenta política<sup>71</sup>.

Mais recentemente, a mera possibilidade de o TPI vir a investigar a julgar crimes denunciados como ocorridos na Palestina levou os Estados Unidos a mudar totalmente sua postura em relação ao tribunal, passando de seu uso como instrumento de pressão sobre inimigos para as ameaças de destruição da instituição, ironicamente, por ter se transformado em um instrumento político de pressão contra o país e seus aliados. Como auxiliar nessa mudança de curso está também a possibilidade de o tribunal vir a analisar o caso do Afeganistão.

Sob circunstâncias bem diferentes, o tribunal especial formado para julgar Saddam Hussein por atos que supostamente constituiriam crimes internacionais – genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – poderia ter feito muita diferença na escolha sobre a ordem em que se conheceria e julgaria os casos, as diversas ofensas<sup>72</sup>. Alegava-se que Hussein teria cometido diversos crimes, todos na fila para apreciação pelo tribunal. Este decidiu julgá-lo primeiro por um crime específico que, apesar de grave, não era o mais relevante<sup>73</sup>. Entretanto, esse crime era passível de pena de morte, de acordo com a lei aplicável<sup>74</sup>. Quando, como esperado, o tribunal especial condenou Hussein, as regras impunham que a penalidade fosse aplicada em um curto período de tempo<sup>75</sup>. A consequência dessa escolha era que, após a condenação

<sup>70</sup> Estatuto de Roma, *supra* nota 35, art. 14; vide também *Situations and Cases*, *supra* nota 58 (até a presente data, seis Estados-parte ao Estatuto de Roma – Uganda, A Democrática República do Congo, República Centro-Africana, Ucrânia, Mali e Costa do Marfim – denunciaram situações que ocorriam dentro de seus territórios para o tribunal).

<sup>71</sup> Vide, e.g., ICC, *Libya* (24 de abril de 2020), disponível em <<https://www.icc-cpi.int/libya>>.

<sup>72</sup> Human Rights Watch, *Iraq: Saddam Hussein Put to Death* (02 de junho de 2020), disponível em <<http://www.hrw.org/en/news/2006/12/29/iraq-saddam-hussein-put-death>>.

<sup>73</sup> Idem; vide KELLY, Michael J. The Anfal Trial Against Saddam Hussein. *Journal of Genocide Research*, vol. 9, p. 235, 235, 2007.

<sup>74</sup> Código Penal do Iraque n. 111 de 1969, capítulo 5, seção 1, §85-86, disponível em <<https://www.refworld.org/docid/452524304.html>>; Lei do Superior Tribunal Penal, Lei nº, 10 de 2005, art. 24. Vide BASSIOUNIT, M. Cherif. Post-Conflict Justice in Iraq: Appraisal of the Iraq Special Tribunal. *Cornell International Law Journal*, vol. 38, p.327, 344, 2005.

<sup>75</sup> Código Penal do Iraque n. 111 de 1969, capítulo 5, §406, disponível em <<https://www.refworld.org/docid/452524304.html>>.

e execução, o tribunal já não poderia julgar Saddam Hussein por qualquer de seus outros crimes; e eles foram mais ou menos esquecidos<sup>76</sup>.

### 3. O TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO

Para que o argumento geral sobre a relação entre política e direito possa ser identificado no caso do Tribunal Especial para o Líbano, é necessário entender primeiro certos aspectos da política doméstica libanesa e o papel que este país desempenha no Oriente Médio e no mundo. Ainda que tal conhecimento não precise ser exaustivo, este artigo se esforçará em apresentar as circunstâncias específicas sob as quais o STL surgiu e continuou a funcionar.

#### 3.1. O caminho para o Tribunal Especial para o Líbano

Em 2 de setembro de 2004, o Conselho de Segurança aprovou uma resolução<sup>77</sup> que ordenava a retirada de forças estrangeiras do Líbano, a desarticulação e desarmamento de todas as milícias, quer libanesas ou não, e que pregava a necessidade do controle pelo governo libanês de todo o território do país e chamava a um processo eleitoral justo nas eleições presidenciais vindouras<sup>78</sup>. Quem quer que conheça minimamente a política libanesa e os jogos de poder regionais, entendeu que a Resolução tinha por alvos a presença síria no Líbano e o Hezbollah, contra quem o governo libanês era convocado a agir, desarmando-o e substituindo-o no sul do país.

Em 14 de fevereiro de 2005, o ex-primeiro-ministro do Líbano, Rafic Hariri – que abandonara o cargo alguns dias antes – foi assassinado junto com outras 22 pessoas em uma explosão em Beirute<sup>79</sup>. No dia seguinte, o presidente do Conselho de Segurança requereu que o Secretário Geral investigasse a situação<sup>80</sup> e “se reportasse com urgência sobre as circunstâncias, causas e consequências deste ato terrorista”<sup>81</sup>. Em 18 de fevereiro, o Secretário Geral anunciou o envio de uma missão ao Líbano para apuração dos fatos<sup>82</sup>. A mis-

<sup>76</sup> KELLY, *supra* nota 70, p. 235.

<sup>77</sup> Vide S.C. Res. 155, U.N.Doc. S/RES/1559 (2 de setembro de 2004).

<sup>78</sup> *Idem*, ¶¶2-7.

<sup>79</sup> Press Release, Security Council, Security Council Condemns Terrorist Bombing that Kills Former Lebanese Prime Minister, Calls on Government to Bring Perpetrators to Justice, U.N. Press Release SC/8310 (15 de fevereiro de 2005).

<sup>80</sup> *Idem*.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> U.N. Spokesman for the Secretary-General. Statement on Dispatch of Investigative Team to Beirut (18 de fevereiro de 2005), disponível em <<http://www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=1314>>.



são, liderada por Peter Fitzgerald, chegou em Beirute no dia 25 de fevereiro<sup>83</sup>. Os investigadores concluíram sua missão em 16 de março, apresentando o relatório na semana seguinte<sup>84</sup>.

Pouco depois, o Conselho de Segurança recebeu uma carta do representante do Líbano junto às Nações Unidas, que expressava a aquiescência do governo libanês com a ideia de uma Comissão Internacional Independente de Investigação (*International Independent Investigation Commission*, doravante Comissão)<sup>85</sup>. Em 7 de abril de 2005, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1595, que estabeleceu tal Comissão<sup>86</sup>; o mesmo órgão encarregou o Secretário Geral com a tarefa de montar a Comissão<sup>87</sup>. A Resolução 1595, por sua vez, estipulou que a Comissão completasse suas atividades dentro de três meses a partir do começo da investigação<sup>88</sup>. Entretanto, o Conselho de Segurança autorizou o Secretário Geral a prolongar o prazo em três meses adicionais<sup>89</sup>.

Em seguida a um memorando de entendimento adotado entre o governo do Líbano e a Comissão em 13 de junho, a Comissão começou a investigação em 16 de junho de 2005<sup>90</sup>. Durante o mês de outubro, a Comissão entregou seu primeiro relatório<sup>91</sup>. O Conselho de Segurança recebeu o relatório de outubro junto a uma carta do Secretário Geral afirmando que ele prorrogaria o prazo para o mandato da Comissão até 15 de dezembro de 2005, considerando a solicitação do Primeiro Ministro libanês Fuad Siniora de 13 de outubro<sup>92</sup>.

<sup>83</sup> U.N. Secretary-General, *The Fact-finding Mission to Lebanon Inquiring into the Causes, Circumstances and Consequences of the Assassination of Former Prime Minister Rafik Hariri*: Rep. of the Secretary-General, U.N. Doc. S/2005/203 (24 de março de 2005).

<sup>84</sup> *Idem*, nos ¶¶1-2.

<sup>85</sup> Vide S.C.Res. 1595, preâmbulo, U.N.Doc S/RES/1595 (7 de abril de 2005).

<sup>86</sup> *Idem*.

<sup>87</sup> *Idem*, nos ¶¶4-5.

<sup>88</sup> *Idem*, no ¶8.

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> Relatório da Comissão Independente de Investigação Internacional estabelecida conforme Resolução 1595 (2005), carta datada de 20 de outubro de 2005 do Secretário Geral destinada ao presidente do Conselho de Segurança, §1, 5-6. U.N.Doc. S/2005/662 (20 de outubro de 2005).

<sup>91</sup> Vide Relatório da Comissão Independente de Investigação Internacional estabelecida conforme Resolução 1595 (2005), carta datada de 20 de outubro de 2005 do Secretário Geral destinada ao presidente do Conselho de Segurança. U.N.Doc. S/2005/662 (20 de outubro de 2005).

<sup>92</sup> Encarregado de negócios *ad interim*, carta datada de 14 de outubro de 2005 do encarregado de negócios a.i. da Missão Permanente do Líbano às Nações Unidas destinada ao Secretário Geral, U.N. Doc. S/2005/ 651 (14 de outubro de 2005); Relatório da Comissão Independente de Investigação Internacional estabelecida conforme Resolução 1595 (2005), carta datada de 20 de outubro de 2005 do Secretário Geral destinada ao presidente do Conselho de Segurança, §5, U.N.Doc. S/2005/662 (20 de outubro de 2005).

De acordo com a Resolução 1636, adotada em 31 de outubro de 2005, o Conselho de Segurança, atuando sob o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, tomou conhecimento das conclusões da Comissão<sup>93</sup>. A Comissão indicou a possibilidade do envolvimento de oficiais sírios e libaneses no crime e elogiou as autoridades libanesas pela prisão dos seus antigos oficiais de segurança conforme recomendação da Comissão<sup>94</sup>. A resolução autorizava a extensão do mandato da Comissão se assim fosse solicitada pelo governo libanês<sup>95</sup>.

Em uma carta de 5 de dezembro, o primeiro-ministro libanês requereu uma extensão de seis meses no prazo<sup>96</sup>. Uma segunda carta do primeiro-ministro, em 13 de dezembro, solicitou a criação de um tribunal internacional e a expansão do mandato da Comissão para abarcar outros ataques e assassinatos<sup>97</sup>. Pela Resolução 1644, adotada em 15 de dezembro de 2005, o Conselho de Segurança agia sob o Capítulo VII para: reconhecer tais pedidos; estender o mandato da Comissão até 15 de junho de 2006; autorizar a Comissão a cooperar com as autoridades libanesas na investigação de outros ataques; e instruir o Secretário Geral para prover ao Líbano a assistência necessária para estabelecer um “tribunal de feição internacional”<sup>98</sup>.

Após o envio de relatório do Secretário Geral ao Conselho de Segurança sobre as questões tratadas sobre a matéria com o governo libanês de 21 de março de 2006<sup>99</sup>, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 1664 para requerer que o Secretário geral negociasse um acordo com o governo libanês para a criação do tribunal<sup>100</sup>.

A Resolução 1686, adotada em 15 de junho de 2006, estendeu o mandato da Comissão e aumentou a assistência técnica em relação a 14 outros ataques que as autoridades libanesas estavam investigando<sup>101</sup>. Depois de outra carta do primeiro-ministro do Líbano e um pedido pela Comissão, a Resolução do Conselho de Segurança 1748 estendeu o mandato da Comissão até junho de 2008<sup>102</sup>. Em 17 de dezembro de 2008, a Resolução 1852 estendeu novamente o mandato da Comissão – dessa vez até 28 de fevereiro de 2009<sup>103</sup>.

<sup>93</sup> Vide S.C.Res. 1636, U.N. Doc. S/RES/1636 (31 de outubro de 2005).

<sup>94</sup> Idem, no §I, ¶ 2 e §II, ¶ 9.

<sup>95</sup> Idem, no §II, ¶ 8.

<sup>96</sup> Vide S.C. Res. 1644, U.N.Doc. S/RES/1644 (15 de dezembro de 2005).

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> S.C.Res. 1644, ¶ 10, U.N. Doc.S/RES/1644 (15 de dezembro de 2005).

<sup>99</sup> U.N. Secretary General, Report Pursuant to Paragraph 6 of Resolution 1644 (2005), ¶ 3, U.N. Doc. S/1006/176 (21 de março de 2006).

<sup>100</sup> S.C.Res. 1664, ¶ 7, U.N. Doc. S/RES/1664 (29 de março de 2006).

<sup>101</sup> S.C.Res. 1686, ¶ 7.2, U.N.Doc. S/RES/1686 (15 de junho de 2006).

<sup>102</sup> S.C. Res. 1748, ¶¶ 5, 6, 7.2, U.N.Doc. S/RES/1748 (27 de março de 2007).

<sup>103</sup> S.C. Res. 1852, ¶ 8.2, U.N.Doc. S/RES/1852 (17 de dezembro de 2008).

Um relatório de novembro de 2006 indicava para o Conselho de Segurança que o Secretário Geral havia proposto um detalhado acordo entre as Nações Unidas e o Líbano para o estabelecimento do tribunal internacional e anexado uma proposta de estatuto para o mesmo<sup>104</sup>. Em seguida ao relatório, o presidente do Conselho de Segurança instruiu o Secretário Geral a começar o acordo em conformidade com a constituição libanesa<sup>105</sup>. No começo de 2007, o governo do Líbano e as Nações Unidas assinaram o acordo<sup>106</sup>.

Poucos meses depois, o primeiro-ministro do Líbano informou o Secretário Geral que as “opções domésticas de ratificação” do acordo entre o governo libanês e as Nações Unidas haviam chegado a um beco sem saída por causa de uma recusa do presidente do parlamento em convocar sessão para votar a matéria<sup>107</sup>. Ele também pediu que o Conselho de Segurança e as Nações Unidas adotassem uma decisão vinculante sobre a criação do tribunal<sup>108</sup>. Na Resolução 1757, o Conselho de Segurança se referiu à carta ao afirmar que o primeiro-ministro havia “relembrado que a maioria do parlamento tinha expressado seu apoio ao tribunal”<sup>109</sup>. O Secretário Geral, ao informar o Assessor Jurídico das Nações Unidas (*United Nations Office of Legal Affairs*), “notou que o estabelecimento do tribunal por meio de processo constitucional encontra sérios obstáculos” e que, nos termos anteriormente definidos, o acordo e o estatuto do tribunal deveriam entrar em vigor em 10 de junho de 2007, a menos que o Líbano se manifestasse no sentido contrário até a data<sup>110</sup>. Não havendo objeção no prazo, o acordo e o estatuto passaram a vigorar e o Secretário Geral deu início à constituição do tribunal<sup>111</sup>. O Secretário Geral enviou quatro relatórios relativos à Resolução 1757 e sobre os seus progressos<sup>112</sup> e informou ao

<sup>104</sup> U. N. Secretary General, Report on the Establishment of a Special Tribunal for Lebanon, ¶¶ 6-10, U.N.Doc. S/2006/893 (15 de novembro de 2006).

<sup>105</sup> U.N. President of the S.C., carta datada de 21 de novembro para o Secretário Geral, ¶ 5, U.N.Doc. S/2006/911 (24 de novembro de 2006).

<sup>106</sup> Vide S.C. Res. 1757, anexo, U.N.Doc. S/RES/1757 (30 de maio de 2007). Ilustrando que este acordo foi eventualmente anexado à Resolução 1757 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

<sup>107</sup> U.N. Secretary-General, carta datada de 15 de maio de 2007 do Secretário geral para o presidente do Conselho de Segurança, anexo, U.N.Doc. S/2007/281 (16 de maio de 2007).

<sup>108</sup> Idem.

<sup>109</sup> S.C. Res. 1757, 8-15, U.N.Doc. S/RES/1757 (30 de maio de 2007).

<sup>110</sup> Idem.

<sup>111</sup> Vide FASSBENDER, Bardo. Reflections on the Legality of the Special Tribunal for Lebanon. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, p. 1091, 1092-3 (contemplando a legalidade da criação do tribunal), 2007.

<sup>112</sup> U.N. Secretary-General. First Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2007/525 (4 de setembro de 2007); U.N. Secretary-General, Second Report Sub-

Conselho de Segurança que o tribunal começaria suas atividades em 1º de março de 2009<sup>113</sup>.

Por volta de março de 2009, a Comissão já havia apresentado 11 relatórios próprios<sup>114</sup> e continuava a investigar o assassinato de Hariri, seguindo o pedido do Conselho de Segurança, auxiliando as autoridades libanesas na investigação de outros 20 ataques que ocorreram entre outubro de 2004 e março de 2008<sup>115</sup>.

### 3.2. A batalha pelo Líbano

Mesmo antes da morte de Hariri, o Líbano era um país dividido. As divisões eram muitas e complexas demais para serem detalhadas aqui, mas algumas das divisões fundamentais podem ser exploradas. Em relação ao assassinato de Hariri, parece que o mundo se acostumou a ver uma divisão, no seio da população e dos políticos libaneses, entre os pró-Occidente e os pró-Síria como a explicação única ou fundamental para todas as questões libanesas. Sob essa luz, determinar onde Hariri se situava em termos da relação Líbano-Síria imediatamente antes de sua morte é crucial para explicar os motivos de sua morte e quem estava por trás do crime<sup>116</sup>.

Pelo menos desde 1976, quando a presença militar síria no Líbano começou, a Síria tem tido enorme influência na política e nos assuntos libaneses<sup>117</sup>. O relatório da missão de investigação e os primeiros relatórios da Comissão descrevem conversas e encontros entre autoridades libanesas e sírias que não deixariam dúvidas quanto à primazia das últimas<sup>118</sup>.

---

mitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2008/173 (12 de março de 2008); U.N. Secretary-General, Third Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2008/734 (26 de novembro de 2008); U.N. Secretary-General, Fourth Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2009/106 (24 de fevereiro de 2009).

<sup>113</sup> U.N. Secretary-General, Fourth Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, ¶ 3, U.N.Doc. S/2009/106 (24 de fevereiro de 2009);

<sup>114</sup> Vide Relatórios da Comissão, Tribunal Especial para o Líbano, disponível em <<https://www.stl-tsl.org/en/documents/annual-reports>>, visitado em 24 de abril de 2020, com a lista de todos os relatórios da Comissão.

<sup>115</sup> U.N. Secretary-General, Carta datada de 28 de março de 2008, do Secretário-Geral, dirigida ao presidente do Conselho de Segurança, U.N.Doc. S/2008/210 (28 de março de 2008).

<sup>116</sup> U.N. Secretary-General, The Fact-finding mission to Lebanon Inquiring into the Causes, Circumstances and Consequences of the Assassination of Former Prime Minister Rafik Hariri: Rep. of the Secretary-General, ¶¶ 6-15, U.N.Doc S/2005/203 (24 de março de 2005).

<sup>117</sup> Idem, no ¶ 6.

<sup>118</sup> Vide idem, nos ¶¶ 9-10; Relatório da Comissão Internacional Independente de Investigação estabelecida conforme Resolução 1595 (2005), carta datada de 20 de outubro de 2005 do Secretário

O acordo de 1990, que pôs termo à guerra civil no Líbano, previa uma retirada gradual das tropas sírias<sup>119</sup>. Quando a presença militar síria parecia tender a se perpetuar, vozes libanesas começaram a surgir em oposição a essa permanência. Essas vozes se tornaram mais altas depois que os israelenses se retiraram do sul do Líbano em 2000<sup>120</sup>. O povo queria um Líbano livre e soberano, segundo essas vozes, ainda que houvesse diferenças importantes sobre o que garantiria essa soberania<sup>121</sup>.

Uma parte importante da população e das forças políticas libanesas considerou a situação à luz do contexto geral da política no Oriente Médio e do lugar do Líbano entre os projetos que disputam a primazia na região. Para eles, Líbano e Síria eram (e ainda são) aliados na luta vital contra Israel<sup>122</sup>. Este grupo pensou que o enfraquecimento da Síria levaria necessariamente ao enfraquecimento da resistência libanesa, em grande medida dependente do apoio que esse país lhe garantia<sup>123</sup>.

A presença, influência e *status* sírios se tornaram imediatamente o tema que levou à radicalização da divisão política entre os libaneses<sup>124</sup>. A enorme dimensão dessa divisão radicalizada ficou evidenciada por duas demonstrações de quase um milhão de pessoas cada (em um país com menos de quatro milhões de habitantes) em março de 2005 em apoio a cada um dos dois campos<sup>125</sup>.

Conquanto, na superfície, esta agitação pareceu ser uma disputa sobre a presença síria, de fato a turbulência foi fortemente influenciada por um sectarismo histórico, de divisões sociais e políticas que marcaram a existência do Líbano desde o Império Otomano<sup>126</sup>. A despeito de se distinguirem

---

Geral destinada ao presidente do Conselho de Segurança. U.N.Doc. S/2005/662 (20 de outubro de 2005).

<sup>119</sup> U.N. Secretary General, The Fact-finding Mission to Lebanon Inquiring into the Causes, Circumstances and Consequences of the Assassination of Former Prime Minister Rafik Hariri: Rep. of the Secretary-General, ¶ 7, U.N. Doc. S/2005/203 (24 de março de 2005).

<sup>120</sup> Vide *idem*.

<sup>121</sup> Vide *idem*, no ¶ 11.

<sup>122</sup> Vide *idem*, no ¶ 55.

<sup>123</sup> *Idem*; vide HARIK, Judith Palmer. Hisbollah and Today's Battle for Beirut. *Fletcher Forum of World Affairs Journal*, vol. 31, p. 111, 114-6, 2007.

<sup>124</sup> U.N. Secretary General, The Fact-finding Mission to Lebanon Inquiring into the Causes, Circumstances and Consequences of the Assassination of Former Prime Minister Rafik Hariri: Rep. of the Secretary-General, ¶ 56, U.N. Doc. S/2005/203 (24 de março de 2005).

<sup>125</sup> Vide *idem*, nos ¶¶ 56-58.

<sup>126</sup> Vide Relatório da Comissão Internacional Independente de Investigação estabelecida conforme Resolução 1595 (2005), carta datada de 20 de outubro de 2005 do Secretário Geral destinada ao presidente do Conselho de Segurança, ¶ 23, U.N.Doc. S/2005/662 (20 de outubro de 2005).

no que diz respeito à relação com a Síria, muitos libaneses estavam, de acordo com sua prática comum, agindo com base na sua fidelidade a seus grupos religiosos ou líderes políticos.

O que parece ser mais importante é que eles, sabendo ou não, tomaram parte na luta entre projetos opostos para o Oriente Médio e para a política internacional. Um desses projetos via o Líbano normalizando suas relações com Israel e, portanto, adentrando na esfera de influência americana. Para que isso acontecesse, era necessário a quebra do vínculo sírio com o Líbano. O outro projeto via o Líbano como um bastião de resistência para as ambições americanas e israelenses.

Após a retirada israelense do sul do Líbano, o argumento de alguns no sentido de que não haveria mais necessidade da presença síria e também no sentido de que já não cabia a manutenção de forças de resistência armada ganhou alguma força dentro do Líbano, e foi intensamente alimentado por forças externas<sup>127</sup>.

Rafic Hariri, por mais que tivesse sido Primeiro-Ministro por muitos anos durante a “hegemonia síria”, ao final parece ter passado a favorecer a retirada das forças sírias e do recuo da influência síria na política libanesa<sup>128</sup>. A despeito das controvérsias sobre seu posicionamento no assunto, ele também pareceu a alguns ter se tornado favorável ao desarmamento da resistência (basicamente representada pelo Hezbollah), senão por outra razão, por ter sido apontado como favorável à aprovação da Resolução 1559 e talvez um de seus articuladores<sup>129</sup>.

Os termos da Resolução 1559 basicamente demandam a retirada das tropas sírias e requerem que os palestinos e, mais importante, o Hezbollah, se desarmem<sup>130</sup>. Para um dos campos, isso visava assegurar a independência e soberania libanesas; para o outro, era uma tentativa de conseguir por outros meios o que a ocupação israelense não conseguira militarmente: colocar o Líbano sob a “tutela do ocidente”<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> YUN, Janice. Special tribunal for Lebanon: a Tribunal of an International Character Devoid of International Law. *Santa Clara International Law Journal*, vol. 7, p.181, 184, 2004.

<sup>128</sup> Former PM killed in Beirut blast. *The Guardian*, Beirute, 14 de fevereiro de 2005, disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2005/feb/14/lebanon>>.

<sup>129</sup> Vide Recent background on Syria’s presence in Lebanon, *CBC News*, disponível em <[https://www.cbc.ca/news2/background/lebanon/lebanon\\_syria.html](https://www.cbc.ca/news2/background/lebanon/lebanon_syria.html)>

<sup>130</sup> Vide Press Release, Security Council, Security Council Declares Support for Free, Fair Presidential Election in Lebanon; Call for Withdrawal of Foreign Forces There, U.N. Press Release SC/8181 (9 de fevereiro de 2004).

<sup>131</sup> Berry: Our problem is not in court, but to achieve unity, *Islammeno.cc* (Google trans. 2007). “A declaração das Nações Unidas para o início das consultas no projeto de resolução para impor a

Entre a aprovação da Resolução e o começo das atividades do tribunal, Hariri foi morto e 20 outros ataques foram cometidos<sup>132</sup>. A maior parte das pessoas que foram alvo eram vistas como anti-Síria e a suspeita recaiu gravemente sobre o governo e forças de segurança sírias<sup>133</sup>.

Durante todo o período, a aguda divisão no Líbano jogou o país em uma crise política contínua. Como resultado do assassinato, as eleições parlamentares ocorreram e deram ao grupo dito de oposição à Síria a maioria das cadeiras, ainda que, por conta da natureza das divisões libanesas e do delicado equilíbrio sectário que poderia ter então implodido, tais resultados tenham decorrido de um acordo deste campo com partidos essenciais do campo da resistência<sup>134</sup>. Entretanto, essa maioria, de 2005 ao final de 2007, conviveu com um presidente que era grande aliado da Síria e pró-resistência, e um presidente do parlamento que era da oposição<sup>135</sup>. Depois de 2007, tendo as condições que haviam levado ao acordo de 2005, em grande parte por conta dos desenvolvimentos posteriores à agressão israelense contra o Líbano, um impasse entre os campos se estabeleceu e se aprofundou. Nesse momento, houve vacância da Presidência da República e vários meses se passaram antes que um acordo fosse feito para a eleição de um novo presidente<sup>136</sup>. Por muito tempo o Hezbollah e o Amal se recusaram a tomar parte no governo, que à época não tinha ministros xiitas e, assim, era, do seu ponto de vista, ilegítimo<sup>137</sup>. No final, a conclusão inevitável era que o Líbano não poderia ser governado se não por acordo, dentro do qual cada um dos grupos continuaria a perseguir sua própria agenda.

---

criação de um tribunal internacional levou ao ressentimento da oposição libanesa liderada pelo Hezbollah, que viu nele uma conspiração para trazer o Líbano para a tutela do ocidente”.

<sup>132</sup> Vide *supra* nota 125.

<sup>133</sup> The U.N. Just Release a Report That Could Make Lebanon Explode. *The Business Insider*, New York, 17 de agosto de 2011, disponível em <<https://www.businessinsider.com/the-un-just-released-a-report-that-could-make-lebanon-explode-2011-8>>.”O grupo militante shiita do Hezbollah, aliado sírio, é suspeito de ter assassinado Hariri. E, depois da revolução, tal suspeita se tornou um conhecido desconhecido”.

<sup>134</sup> Vide, e.g., GHATTAS, Sam. Key Lebanese leaders meet for first time in first step to end political crisis. *AP Worldstream*, Beirute, 10 de março de 2007, disponível em <.>.

<sup>135</sup> Idem. “Uma reconciliação entre os dois lados poderia amenizar as tensões sectaristas. Hariri é um muçulmano sunita e sua comunidade apoia o governo pró-ocidente do primeiro ministro Fuad Saniora. Berri é um muçulmano xiita e seu partido Amal e seu aliado Hezbollah extraem seu apoio da comunidade xiita”).

<sup>136</sup> Editorial, Spark in Lebanon: conflict over presidency could explode a political stalemate. *Washington Post*, Washington D.C., 22 de novembro de 2007, disponível em <.>.

<sup>137</sup> BOUHABIB, Melia Amal. Power and perception: the Special Tribunal for Lebanon. *Berkley Journal for Middle East and Islamic Law*, vol. 3, p. 173, 187, 2010.

Todavia, a criação do Tribunal aconteceu no pico da divisão. O pedido feito pelo primeiro ministro libanês para o estabelecimento de um tribunal de caráter internacional não representou certamente um consenso político interno<sup>138</sup>. Mais importante, quando surgiu o momento para a ratificação do acordo entre as Nações Unidas e o Líbano, estava claro para todos que o “caminho constitucional” estava bloqueado, que o Parlamento não tinha aprovado o acordo e que o Presidente era contrário a sua adoção, tinha enviado mensagem ao Conselho de Segurança nesse sentido<sup>139</sup>.

O Conselho de Segurança, ainda que tenha decidido que o Acordo e o Estatuto entrariam em vigor a despeito das divisões internas e do não cumprimento dos requisitos legais internos no Líbano, tomou partido no que tange aos conflitos internos e efetivamente se posicionou no sentido de apoiar e fazer avançar o projeto de um dos campos que se digladiavam no cenário libanês, e regional, como já fizera com a aprovação da Resolução 1559<sup>140</sup>.

### 3.3. As escolhas feitas e os fundamentos políticos

A primeira e mais importante escolha foi a criação do tribunal. A escolha, em si, teve motivação política e seu processo foi dominado por limitações e oportunidades políticas. Tanto a motivação quanto o processo mencionados foram descritos na parte acima. Penso, todavia, que a fim de ser claro, a história pode ser contada da seguinte maneira.

A criação de um tribunal foi vista como uma oportunidade para golpear tanto os sírios quanto seus aliados libaneses<sup>141</sup>. Se não fosse pela intenção de usar o tribunal como instrumento de pressão e de acusação contra Síria ou ao Hezbollah, tanto no quadro político libanês quanto no

<sup>138</sup> Vide S.C.Res. 1757, ¶¶ 1-8, U.N.Doc. S/RES/1757 (30 de março de 2007).

<sup>139</sup> Idem.

<sup>140</sup> Vide em termos gerais U.N. Secretary-General, carta de 15 de maio de 2007 do Secretário Geral para o presidente do Conselho de Segurança, anexo, U.N. Doc. S/2007/281; U.N. Secretary-General, First Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2007/525 (4 de setembro de 2007); U.N. Secretary-General, Second Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2008/173 (12 de março de 2008); U.N. Secretary-General, Third Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2008/734 (26 de novembro de 2008); U.N. Secretary-General, Fourth Report Submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N.Doc. S/2009/106 (24 de fevereiro de 2009).

<sup>141</sup> The U.N. Just Release a Report That Could Make Lebanon Explode, *supra* nota 130, 2 (“O conhecido desconhecido tomou a dianteira da política nacional e dividiu o país em dois campos: aqueles que acreditavam que o tribunal era um esquema contra o Hezbollah conduzido por Israel e pelos Estados Unidos e aqueles que queriam que os assassinos de Hariri fossem levados a julgamento”).



regional, ele jamais teria vindo a existir<sup>142</sup>. Se essa premissa é verdadeira, então, logicamente, ou já se teria que saber com certeza que a Síria e seus aliados teriam matado Hariri, ou se teria que aceitar que saber quem tinha cometido o crime não era o objetivo buscado.

Um dos campos da política libanesa, aquele da situação, ou seja, o do Gabinete de Ministros, apoiava a criação do tribunal; o outro, que contava com o Presidente da República, o recusava<sup>143</sup>. O primeiro argumentava a necessidade de saber a verdade, mas sempre supôs que a verdade apontaria na direção da Síria<sup>144</sup>. O segundo sustentava que era sim necessário descobrir a verdade, mas denunciava o tribunal como uma ferramenta política<sup>145</sup>. Uma vez que essa cisão não podia ser superada, a meta de um acordo entre o Líbano e as Nações Unidas se tornou um acordo putativo que entrou em vigor por meio de uma decisão mandatória do Conselho de Segurança<sup>146</sup>. De fato, todo o processo de negociação do tribunal foi uma manobra de um campo, com seus apoiadores externos, contra o outro<sup>147</sup>.

Conforme a decisão sobre a criação do tribunal aconteceu, outra decisão fundamental quebrou com toda a tradição que diz respeito a criação de tribunais penais internacionais. Os crimes para os quais o tribunal foi criado para julgar não eram parte dos chamados *core crimes* do direito penal internacional: eles incluíam um assassinato, um ato de violência política e outros crimes similares<sup>148</sup>.

Essa decisão ímpar, que foge tão claramente do desenvolvimento dos tribunais penais internacionais e do desenvolvimento de um regime ao qual pertenceriam, precisava de um impulso político muito forte<sup>149</sup>. A justificativa da criação de um tribunal para julgar um crime que não figurava dentre

<sup>142</sup> Idem.

<sup>143</sup> Vide em termos gerais, USA urges “credible” Al-Hariri probe, *supra* nota 126.

<sup>144</sup> KAROUNY, Mariam. Hariri Tribunal Indictments to Widen Political Strife. *Reuters News*, 1º de julho de 2011, disponível em <[http://af.reuters.com/article/worldNews/idAF-TRE7604WH20110701?feedType=RSS&feedName=worldNews&utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+reuters%2FAFRICAWorldNews+%28News+%2F+AFRICA+%2F+World+News%29](http://af.reuters.com/article/worldNews/idAF-TRE7604WH20110701?feedType=RSS&feedName=worldNews&utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+reuters%2FAFRICAWorldNews+%28News+%2F+AFRICA+%2F+World+News%29)>.

<sup>145</sup> Lebanon Political Parties Gridlocked, *VOA*, 02 de junho de 2020, disponível em <<http://www.eurasiareview.com/15012011-lebanon-political-parties-gridlocked/>>.

<sup>146</sup> Vide Reports of the UNIIC, *supra* nota 111.

<sup>147</sup> Vide, em termos gerais, GHATTAS, *supra* nota 111.

<sup>148</sup> Vide Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano, S.C.Res. 1757, art. 1, U.N. Doc. S/RES/1757, anexo (30 de maio de 2007); vide também SHCABAS, William A., The Special Tribunal for Lebanon: is a ‘tribunal of an international character’ equivalent to an ‘international criminal court’? *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, p.513, 521, 2008.

<sup>149</sup> Vide, e.g., WERLE, *supra* nota 23, p.26.

os *core crimes*, e que não ocorrera em um contexto generalizado de violência em massa, e quando não estava dado que o próprio Estado libanês não seria capaz de julgar, requeria uma quantidade massiva de energia e apoio<sup>150</sup>.

A decisão que diz respeito a quais crimes investigar e julgar tem tido consequências para a investigação e para as possibilidades de descobrir a verdade. Em verdade, esse tipo de crime é difícil de elucidar, porque, diferentemente da violência generalizada, a cadeia de comando é perdida na névoa de um assassinato bem planejado<sup>151</sup>. As dificuldades ensejam altos custos. O STL é de longe o mais caro dos tribunais penais internacionais, especialmente quando se considera o fato de que existe basicamente para investigar um único crime<sup>152</sup>. Conforme o acordo que cria o tribunal, o Líbano tem que prover metade dos recursos<sup>153</sup>.

A terceira decisão fundamental foi aceitar a possibilidade de realizar os julgamentos *in absentia*<sup>154</sup>; os acusados atualmente sendo julgados *in absentia* são: Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi e Assad Hassan Sabra<sup>155</sup>. O STL é o único tribunal penal internacional que abarcou essa possibilidade<sup>156</sup>. Essa decisão também terá graves implicações políticas. Uma vez que o tribunal foi criado para julgar somente um crime e

<sup>150</sup> Vide SCHABAS, *supra* nota 145, p.519.

<sup>151</sup> Vide, e.g., SCHIMIDT, Micheal S.; GHAZI, Yasir. As Baghdad violence evolves, officials grapple with new scourge: assassinations. *New York Times*, A12, 5 de maio de 2011, disponível em <<https://www.nytimes.com/2011/05/05/world/middleeast/05iraq.html>>.

<sup>152</sup> Presidente do Tribunal Especial para o Líbano, Second Annual Report 2010-11.

<sup>153</sup> U.N. Secretary-General, Second Report submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N. Doc. S/2008/173 (12 de março de 2008).

<sup>154</sup> Vide o Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano, *supra* nota 145, art. 22. Para outras inovações do estatuto, vide APTEL, Cécile. Some innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 1107 (2007); vide também WETZEL; MITRI, *supra* nota 51, p. 95-8, 106-8. Para análise detalhada da possibilidade de julgamentos na ausência do acusado, vide geralmente JORDASH, Wayne; PARKER, Tim. Trials in absentia at the Special Tribunal for Lebanon. *International Journal of Criminal Justice*, vol. 8, p.487, 2010; JENKS, Chris, Notice Otherwise Given: Will In Absentia Trials at the Special Tribunal for Lebanon Violate Human Rights?. *Fordham International Law Journal*, vol. 33, p. 57, 2009; PONS, Niccolò. Some Remarks on in Absentia Proceedings Before the Special Tribunal for Lebanon in Case of a State's Failure or Refusal to Hand over the Accused. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, p.1307, 2010; GARDNER, Maggie. Reconsidering Trials in Absentia at the Special Tribunal for: An Application of the Tribunal's Early Jurisprudence. *George Washington International Law Review*, vol. 43, p. 91, 2011.

<sup>155</sup> Vide Caso Ayyash et al. (STL-11-01), disponível em < <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01>>.

<sup>156</sup> CHETMAN, Alejandro. *The philosophical foundations of extraterritorial punishment*. Oxford: OUP, p.164, 2010.

uma vez que já se esperava que os suspeitos ou acusados viriam a ser parte do aparato de inteligência ou segurança do Estado e, portanto, de difícil prisão, havia um perigo claro de inutilidade do tribunal para além de sua instrumentalização política. Para alguns, isso significava um risco à missão do tribunal de apurar a verdade e assegurar justiça<sup>157</sup>. Para outros, isso significava que um grupo estava buscando ter certeza de que o tribunal continuaria a constituir uma ferramenta permanente de pressão política<sup>158</sup>.

Todas essas escolhas ocorreram antes que o tribunal existisse e enquanto a decisão de criá-lo ainda estava sendo implementada<sup>159</sup>. Essas decisões contribuíram para determinar o funcionamento do tribunal e o comportamento de todos aqueles que trabalharam ou trabalham para ou perante ele, tal como juízes e procuradores. Tendo em vista que todos esses atores estão vinculados pelas regras que criaram e orientaram o tribunal, conforme eles desempenharem suas funções, eles estarão cumprindo as metas problemáticas para as quais o tribunal foi criado. Nesse sentido, mesmo se, uma vez o tribunal funcionando, o STL cumprir com os imperativos de justiça e imparcialidade, eventualmente cumprindo parte de suas funções de distribuir alguma justiça e punir os perpetradores, ele não poderá escapar do fato de que ele é uma ferramenta dos poderosos para perseguir objetivos arbitrários.

### 3.4. O funcionamento do tribunal e seus problemas

O trabalho do tribunal está em funcionamento e o conjunto de decisões e documentos é mais extenso do que cabe discutir para nossos propósitos, mas alguns desenvolvimentos justificam a discussão para ter uma melhor percepção de como o STL é ainda objeto de jogos políticos.

Na medida em que o tribunal continuou o trabalho investigativo da Comissão, e antes de ter levantado quaisquer suspeitas, ele teve que lidar com um ponto espinhoso. Como previsto em seu estatuto, uma vez instaurado, o tribunal requereu que as autoridades libanesas cedessem toda informação e todos os dossiês que tinham quaisquer conexões com o caso que está sob sua jurisdição<sup>160</sup>. Como já mencionado, quatro membros do aparato de segurança libanês à época do assassinato foram aprisionados

<sup>157</sup> Vide o Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano, *supra* nota 145, art. 1.

<sup>158</sup> Vide Lebanon Political Parties Gridlocked, *supra* nota 142.

<sup>159</sup> Vide U.N. Secretary-General, Fourth Report submitted pursuant Security Council Resolution 1757, U.N. Doc. S/2009/106 (24 de fevereiro de 2009).

<sup>160</sup> No mérito do caso El Sayed, caso n. CH/PRES/2010/01, Ordem Designando Mérito para o Pré-julgamento, ¶ 3 (Tribunal Especial para o Líbano de 14 de abril de 2010); vide também Tribunal Especial para o Líbano, Regras de procedimento e prova, r.17, STL/BD/2009/01/

no Líbano, seguindo recomendação da Comissão<sup>161</sup>. Quando o tribunal foi estabelecido, o procurador, Daniel Bellemare – que foi o chefe da Comissão durante o último ano do seu mandato – foi forçado a admitir que não tinha provas contra aqueles detidos que estavam agora sob a autoridade do STL e recomendou sua libertação<sup>162</sup>. O encarceramento deles foi feito com base em declarações de testemunhas que se revelaram falsas – coletadas pela Comissão – que implicavam autoridades Sírias e Libanesas<sup>163</sup>.

Um daqueles quatro detidos, Jamil El Sayed, fez uma série de graves acusações sobre a manipulação de provas contra a primeira pessoa que liderou a Comissão; a fim de dar início aos procedimentos jurídicos contra ele e outros em tribunais civis nacionais, El Sayed requereu acesso às provas que o tribunal possuía<sup>164</sup>. Em 8 de outubro de 2012, o Pre-Trial Judge determinou a verificação constante, pela Procuradoria, da possibilidade de liberar novos documentos. Desde então, a Procuradoria apresenta um relatório anual avaliando o nível de segurança dos documentos relativos a nove testemunhas. No mais recente relatório<sup>165</sup>, publicado em 3 de outubro de 2019, a Procuradoria concluiu ser inviável publicar os nomes das referidas testemunhas por motivos de segurança. Com isso, El Sayed continua sem acesso aos documentos requeridos.

Desde o primeiro momento, o STL deixou claro que ele não lidaria com a questão de falsas testemunhas, e que tal questão seria assunto para o governo Libanês e para as Nações Unidas resolverem<sup>166</sup>. Tecnicamente, isso poderia parecer ou soar como uma decisão aceitável, mas ela esconde o fato de que, se não fosse pelos falsos testemunhos e pela contínua acusação da Síria e de autoridades sírias na apuração dos relatórios, o tribunal poderia não ter vindo à luz.

Depois de algum tempo, a acusação de autoridades sírias começou a parecer menos provável e houve um desvio das suspeitas para agora atingirem

---

Rev. 3/Corr. 1 (29 de novembro de 2010), disponível em <<https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/rules-of-procedure-and-evidence>>.

<sup>161</sup> El Sayed, *supra* nota 156, no ¶ 4.

<sup>162</sup> Idem, no ¶ 5.

<sup>163</sup> Vide no mérito do caso El Sayed, caso n. CH/AC/2011/02, Ordem permitindo em parte e liberando em parte o apelo do promotor contra a decisão pré-julgamento de 2 de setembro de 2001 e ordenando a abertura de documentos, ¶¶ 3 (Tribunal Especial para o Líbano de 7 de outubro de 2011).

<sup>164</sup> Vide no mérito do caso El Sayed, caso n. CH/AC/2011/02, Ordem relativo à Jurisdição do Tribunal, 1, 10 (Tribunal Especial para o Líbano de 17 de setembro de 2010).

<sup>165</sup> Vide Relatório STL-El Sayed/PTJ, disponível em <<https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20191003-F0176-PUBLIC-PRV-OTP-Subm-Compl-PTJ-Dec-8Oct2012-EN-Web.pdf>>

<sup>166</sup> Idem, nos ¶¶ 40-3; vide também Media Advisory – STL Frequently Asked Questions on Videos, Special Tribunal for Lebanon (20 de abril de 2020), disponível em <<https://www.stl-tsl.org/en/frequently-asked-questions/videos>>.

membros do Hezbollah<sup>167</sup>. Isso coincidiu com um momento no qual o papel sírio como importante interlocutor na política libanesa e regional ganhou reconhecimento novamente pelo campo opositor dentro e fora do Líbano.

Esses indícios do futuro desenvolvimento do trabalho do tribunal começaram a aparecer na imprensa como objeto de debate público e especulação, e o Hezbollah começou a responder e desafiar a integridade da operação do tribunal, suplementando as acusações originais direcionadas à criação e motivação do tribunal<sup>168</sup>.

A crítica foi primeiramente dirigida sobre o fato de que a informação, que era para ser sigilosa, estava sendo acessada pela imprensa e, quando as acusações vieram, elas estavam acompanhadas pela confirmação que a imprensa tinha acesso pelo direito de informação<sup>169</sup>. Uma segunda série de críticas foi direcionada para a investigação, a qual, de acordo com o Hezbollah, falhou ao não considerar quaisquer outras possibilidades além da Síria ou do Hezbollah<sup>170</sup>. Também foi corretamente antecipado que as acusações estariam baseadas em informações de telecomunicações, com a finalidade de atacar a credibilidade da investigação<sup>171</sup>. De fato, a natureza circunstancial da evidência que foi levada perante a corte acabou sendo um dos maiores desafios do tribunal<sup>172</sup>.

Em contrapartida, em visível contraste com os vazamentos acima mencionados, após a confirmação de acusação pelo procurador no caso Ayyash et.al, em 28 de junho de 2011, o Pre-Trial Judge determinou sigilo dos materiais relacionados à acusação, por motivos de segurança das testemunhas e proteção às investigações correntes à época. Em janeiro de 2014, dois indivíduos e duas empresas midiáticas libanesas – Al Jadeed S.A.L e Akhbar

<sup>167</sup> FOLLAH, Eric. New Evidence Points to Hezbollah in Hariri Murder. *Der Spiegel Online International Journal* (23 de maio de 2009), disponível em <<https://www.spiegel.de/content-a-?targetUrl=https%3A%2F%2Fwww.spiegel.de%2Finternational%2Fworld%2Fbreakthrough-in-tribunal-investigation-new-evidence-points-to-hezbollah-in-hariri-murder-a-626412.html&ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com>>.

<sup>168</sup> Vide BLANFORD, Nicholas. Hezbollah Denies Responsibility for Truck Bombing Blast that Killed Hariri. *The Christian Science Monitor* (02 de junho de 2020), disponível em <<http://www.csmonitor.com/World/Middle-East/2010/0331/Hezbollah-denies-responsibility-for-truck-bomb-blast-that-killed-Hariri>>.

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> Vide Hezbollah: STL Covers up Real Criminal, PressTV (05 de julho de 2011) disponível em> (notando que o líder do Hezbollah Hassan Nasrallah disse que Israel, ao invés da Síria ou do Hezbollah, estava por trás do assassinato do primeiro ministro Hariri).

<sup>171</sup> Vide STL Unseals Indictment, Hezbollah Dismissed Evidence, *Now Lebanon* (18 de agosto de 2011), disponível em <>.

<sup>172</sup> Vide Prosecutor v. Badreddine, caso n°. STL-11-01/I/PTJ, acusação (versão redigida para o público), ¶ 3, (Tribunal Especial para o Líbano, 10 de Junho de 2011), disponível em <[https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20110816\\_F0007\\_PUBLIC\\_A01\\_Indictment\\_Filed\\_ENpdf.pdf](https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20110816_F0007_PUBLIC_A01_Indictment_Filed_ENpdf.pdf)>.

Beirut S.A.L - foram multadas por desrespeitar e obstruir a justiça frente o STL, por conta de reportagens que conteriam informações confidenciais das testemunhas do caso. As multas foram impostas de acordo com a norma 60 bis (A) das Normas de Procedimento e Evidência.

É claro, não se pode, desde fora, substituir o próprio julgamento ao do STL ou de qualquer outro tribunal, pronunciando culpado ou inocente este ou aquele acusado. Ainda assim, posso expressar minha convicção de que os acusados no caso do assassinato de Hariri não são os responsáveis pela sua morte. Isso não elimina, evidentemente, a possibilidade de que a decisão que o STL proferirá venha a revelar a verdade ou a fazer justiça. Pode até ser que se nos revele a autoria de um crime importante pode ser que nada aconteça no sentido de mudar a percepção das pessoas, e dos campos em disputa, sobre a identidade dos perpetradores e sobre as motivações do crime.

E, justamente em relação à sentença em relação aos acusados mencionados acima, no momento em que se escreve estas linhas, a decisão já deveria ter sido pronunciada. Contudo, entre todos os tribunais internacionais cujo ritmo de trabalho verificamos, o STL foi o único que adiou o evento, em princípio por conta da pandemia do Covid-19 que atingiu o mundo nos primeiros meses do ano de 2020. Uma hipótese para isso é a provável ausência de impacto da notícia, especialmente considerando que o julgamento se deu *in absentia*, não há ninguém preso e ninguém virá a sê-lo. Não haveria, portanto, oportunidade para a capitalização política da decisão, e a inutilidade do tribunal mais caro entre os tribunais penais ficaria evidente.

Levando tudo em consideração - o modo como o tribunal foi criado, suas características, o crime que foi incumbido de investigar e julgar; seus custos e sua recusa em lidar com a questão do falso testemunho; sua incapacidade em preservar a confidencialidade em primeiro momento e logo sua condenação de veículos de imprensa libanesa por circular informações, e o seu efeito de aprofundamento da divisão na sociedade e na política libanesa - é legítimo dizer e pensar que o tribunal deixa a desejar. O próprio STL pode mesmo se representar um retrocesso potencial para todo o processo de evolução do regime do direito penal internacional, na medida em que atinge novas alturas na submissão de instituições jurídicas a jogos políticos.

Finalmente, enquanto qualquer pessoa dotada de senso crítico e de capacidade de leitura política puder saber, com razoável chance de acerto, quando o nascimento de um tribunal internacional é possível e quando um tribunal internacional não viria a existir (ou deixaria de existir) se ele viesse a julgar pessoas de outras nacionalidades ou alianças, é preciso se perguntar se os tribunais penais internacionais representam de fato um avanço no sentido de um *rule of law* no direito internacional ou se são apenas um instrumento do exercício do arbítrio.



## ANEXO II: LINHA DO TEMPO DA CRIAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO<sup>173</sup>

**14 de fevereiro de 2005** – Às 12:55, Rafik Hariri, ex-Primeiro-Ministro do Líbano, é assassinado em uma grande explosão criminoso que matou 21 outras pessoas e feriu mais 226 no centro de Beirute, a capital libanesa.

**15 de fevereiro de 2005** – O Presidente do Conselho de Segurança da ONU emite um comunicado classificando a explosão que matou Rafik Hariri como um atentado terrorista e solicita ao Líbano que tome medidas para julgar os responsáveis.

**25 de fevereiro de 2005** – Chega ao Líbano a missão de averiguação (*fact-finding mission*) criada pelo Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, para investigar as circunstâncias, causas e consequências da explosão que matou Rafik Hariri.

**24 de março de 2005** – O Secretário-Geral encaminha ao Conselho de Segurança o relatório final da missão de averiguação, o qual recomendou a realização de uma investigação internacional independente sobre a explosão.

**7 de abril de 2005** – O Conselho de Segurança adota a Resolução n. 1595, estabelecendo a Comissão de Investigação Independente Internacional da ONU. Seu mandato consistia em reunir provas e auxiliar as autoridades libanesas na investigação da explosão de 14 de fevereiro de 2005.

**2 de junho de 2005** – O jornalista cristão anti-Síria, Samir Kassir, é morto em um ataque com carro-bomba no bairro cristão de Achrafieh, em Beirute.

**21 de junho de 2005** – O ex-Secretário-Geral do Partido Comunista Libanês, George Hawi, é morto na explosão de um carro-bomba no bairro residencial de Wata Moussaytbeh, em Beirute.

**12 de julho de 2005** – O Ministro da Defesa, Elias Murr, um cristão, é ferido na explosão de um carro-bomba nos subúrbios do norte de Beirute.

**25 de setembro de 2005** – A jornalista May Chidiac é gravemente ferida após a explosão de uma bomba em seu carro em Jounieh, uma cidade ao norte de Beirute.

**12 de dezembro de 2005** – O político e jornalista Gebran Tueni morre em um atentado com carro-bomba em Mkalles, um subúrbio industrial de Beirute.

---

<sup>173</sup> Anexos I e II elaborados por Bruno de Oliveira Biazatti.



**13 de dezembro de 2005** – Em resposta às seguidas explosões no Líbano em 2005, o Primeiro-Ministro libanês, Fuad Siniora, envia uma carta ao Secretário-Geral da ONU solicitando a criação de um tribunal de caráter internacional para julgar os responsáveis pela morte de Rafiq Hariri, bem como a expansão do mandato da Comissão de Investigação Independente Internacional ou a criação de uma nova comissão para investigar os homicídios, tentativas de homicídios e explosões que ocorriam no Líbano desde 1º de outubro de 2004.

**15 de dezembro de 2005** – O Conselho de Segurança da ONU aprova a Resolução n. 1644, por meio da qual solicita ao Secretário-Geral que ajude o governo libanês a identificar a natureza e o escopo da assistência internacional necessária para o julgamento internacional dos responsáveis pela morte de Rafiq Hariri.

**21 de março de 2006** – Depois de dialogar com o governo libanês, o Secretário-Geral da ONU publica um relatório no qual indica que a melhor alternativa para realizar o julgamento dos responsáveis pela morte de Rafiq Hariri seria o Conselho de Segurança adotar uma resolução solicitando o Secretário-Geral a iniciar negociações com o governo libanês voltadas a estabelecer um tribunal internacional.

**29 de março de 2006** – Acatando a recomendação do Secretário-Geral, o Conselho de Segurança da ONU aprova a Resolução n. 1664, por meio da qual solicitou ao Secretário-Geral que negocie um acordo com o governo do Líbano, com a finalidade de estabelecer um tribunal internacional para julgar os responsáveis pela morte de Rafiq Hariri.

**Maio, junho, julho e setembro de 2006** – Negociações são conduzidas em Nova York, Haia e Beirute entre o Subsecretário-Geral para Assuntos Jurídicos da ONU, Nicolas Michel, e representantes do Líbano, com o objetivo de adotar um acordo para estabelecer um tribunal internacional para julgar os responsáveis pela morte de Rafiq Hariri e o respectivo estatuto.

**10 de novembro de 2006** – O Secretário-Geral da ONU transmite ao Primeiro-Ministro do Líbano, Fouad Siniora, para sua consideração, o projeto de acordo finalizado para estabelecer um tribunal internacional para julgar os responsáveis pela morte de Rafiq Hariri, bem como o proposto estatuto.

**13 de novembro de 2006** – O Primeiro-Ministro do Líbano envia uma carta ao Secretário-Geral da ONU informando que o Conselho de Ministros libanês aprovou e autorizou a conclusão do acordo para estabelecer o tribunal internacional.

**14 de novembro de 2006** – A Missão Permanente do Líbano junto às Nações Unidas encaminha uma nota verbal ao Secretário-Geral da ONU, contendo

uma objeção formal do Presidente libanês, Émile Lahoud (de origem católica maronita), à decisão do Conselho de Ministros do Líbano no sentido de criar o tribunal internacional. Segundo o Presidente, a decisão do Conselho de Ministros era inconstitucional.

**15 de novembro de 2006** - Apesar da objeção do Presidente do Líbano, o Secretário-Geral da ONU transmite ao Conselho de Segurança, para sua consideração, o projeto de acordo para estabelecer o tribunal internacional para julgar os responsáveis pela morte de Rafiq Hariri e o respectivo estatuto.

**21 de novembro de 2006** - O Presidente do Conselho de Segurança da ONU encaminha uma carta ao Secretário-Geral solicitando que, em conjunto com o governo do Líbano e em conformidade com a Constituição libanesa, fossem implementadas as etapas finais necessárias para a conclusão do acordo. A carta também informava que nenhum dos membros do Conselho de Segurança apresentou qualquer objeção ao acordo e ao estatuto anexo.

**1º de janeiro de 2007** - Ban Ki-moon se torna o oitavo Secretário-Geral da ONU, sucedendo Kofi Annan.

**27 de janeiro de 2007** - O Líbano assina o Acordo entre as Nações Unidas e a República Libanesa sobre o Estabelecimento de um Tribunal Especial para o Líbano. Em seguida, conforme exigido pela Constituição, o tratado foi encaminhado para a ratificação do Parlamento libanês.

**6 de fevereiro de 2007** - A ONU assina o Acordo sobre o Estabelecimento de um Tribunal Especial para o Líbano.

**4 de abril de 2007** - Um memorando assinado pela maioria dos membros do Parlamento libanês é enviado ao Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, solicitando uma resolução do Conselho de Segurança sob o Capítulo VII da Carta da ONU, a fim de estabelecer o Tribunal Especial para o Líbano. O memorando foi uma reação à persistente recusa do Presidente do Parlamento do Líbano, Nabih Berri (de origem xiita), de convocar uma sessão para ratificar o Acordo e o Estatuto do Tribunal.

**17 de abril de 2007** - O Subsecretário-Geral para Assuntos Jurídicos da ONU viaja a Beirute, a fim de resolver o impasse que impedia a ratificação do Acordo sobre o Estabelecimento do Tribunal Especial para o Líbano. Seus esforços não foram bem-sucedidos.

**14 de maio de 2007** - O Primeiro-Ministro do Líbano encaminha uma carta ao Secretário-Geral da ONU requerendo que a questão relativa à criação do

Tribunal Especial para o Líbano fosse apresentada com urgência perante o Conselho de Segurança, a fim de que uma resolução sob o Capítulo VII da Carta da ONU fosse adotada, determinando a estabelecimento do Tribunal.

**15 de maio de 2007** - Em resposta ao pedido do Primeiro-Ministro do Líbano, o Secretário-Geral da ONU encaminha uma carta ao Presidente do Conselho de Segurança, solicitando uma decisão pelo Conselho ante a impossibilidade da regular ratificação do Acordo.

**30 de maio de 2007** - O Conselho de Segurança aprova a Resolução n. 1757, com fundamento no Capítulo VII da Carta da ONU, determinando que o Acordo sobre o Estabelecimento do Tribunal Especial para o Líbano, bem como o estatuto anexo, entraria em vigor em 10 de junho de 2007, exceto se o Líbano o ratificasse antes dessa data.

**10 de junho de 2007** - O Acordo sobre o Estabelecimento do Tribunal Especial para o Líbano entra em vigor, nos termos da Resolução do Conselho de Segurança n. 1757.

**17 de agosto de 2007** - O Secretário-Geral da ONU anuncia que os Países Baixos concordaram em sediar o Tribunal.

**20 de março de 2009** - Os juízes do Tribunal adotam as Regras de Procedimento e Prova.

**17 de janeiro de 2011** - O Procurador do Tribunal emite o primeiro indiciamento, no qual acusa Messrs Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Baddredine, Hussein Hassan Oneissi e Assad Hassan Sabra pela explosão de 14 de fevereiro de 2005 (caso *Ayyash et al.*).

**28 de junho de 2011** - O Juiz de Instrução do Tribunal Especial para o Líbano confirma o indiciamento de 17 de janeiro de 2011, emitido no âmbito do caso *Ayyash et al.*

**1º de fevereiro de 2012** - A Câmara de Julgamento responsável pelo caso *Ayyash et al.* decide realizar os procedimentos à revelia já que os réus não foram localizados.

**16 de janeiro de 2014** - Tem início o primeiro julgamento do Tribunal Especial para o Líbano (caso *Ayyash et al.*).

**18 de agosto de 2020** - O Tribunal Especial para o Líbano emite o seu primeiro julgamento de mérito (caso *Ayyash et al.*), no qual condenou Salim Jamil Ayyah e declarou Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi e Assad Hassan Sabra inocentes de todas as acusações.