

A presente obra, cuidadosamente elaborada pela doutora Fernanda Florentino Fernandez Jankov, destacada penalista e internacionalista, é um importante passo nesse sentido. Nela, não só se apresenta, de forma clara, o estado atual dessa dogmática, como também são postas em discussão questões relevantes relacionadas à aplicação ao direito penal internacional de institutos já sedimentados pela doutrina jurídica. Com vivo interesse e detidas ponderações, a autora põe em evidência toda a problemática referente à competência dos tribunais nacionais e do Tribunal Penal Internacional a partir da idéia de uma jurisdição internacional, cuja construção está ligada, de forma estreita, ao conceito de crime internacional.

É certamente uma das principais obras, até o momento, publicadas sobre o tema no Brasil e de leitura valiosa para todos os que desejarem estudá-lo com maior rigor e profundidade.

*Juarez Tavares*

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Subprocurador-Geral da República.

ISBN 978-85-02-07490-3



9 788502 074903



**SAC** | 0800-0557688  
**Jur** | saraivajur@editorasaraiva.com.br  
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30



**Editora**  
**Saraiva**

Direito Internacional Penal

Fernanda Florentino Fernandez Jankov



Fernanda Florentino Fernandez Jankov

# Direito Internacional Penal

Mecanismo de implementação  
do Tribunal Penal Internacional

De acordo com CASSESE (2003), deve-se inicialmente buscar as regras dos tratados ou regras encontradas nesses instrumentos internacionais como resoluções (vinculantes) do Conselho de Segurança da ONU (como é o caso do TPII e do TPIR), na hipótese de essas regras dos tratados ou resoluções conferirem jurisdição à corte ou tribunal e delinarem seu procedimento. Para o caso de inexistência desse tipo de regras, deve-se empregar o direito consuetudinário ou os tratados implícita ou explicitamente referidos. Caso mesmo essa determinação não seja possível, buscam-se os princípios gerais do direito internacional criminal (aos quais se pode chegar por um processo de indução ou generalização, a partir das regras dos tratados e do direito consuetudinário), ou ainda dos princípios gerais do direito. Restando ainda dificuldade, recorre-se aos princípios gerais do direito criminal comuns às nações civilizadas (*nations of the world*)<sup>117</sup>.

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

Em segundo lugar na hierarquia estão os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados. Essa categoria corresponde, em geral, às fontes do direito internacional estabelecidas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Chama a atenção o fato de o direito

117 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, cit., p. 26.

118 SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 90.

119 "Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft Text of the Elements of Crimes", UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2; "Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft Text of the Rules of Procedures and Evidence", UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 3. In: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 90.

consuetudinário não ser mencionado, o qual poderia fazer parte do que se denominou "princípios e normas de direito internacional".

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

Em terceiro lugar está o direito interno. O artigo 21 prevê que a corte, diante da impossibilidade de resolver a questão aplicando as duas fontes primeiras, lance mão dos princípios gerais do direito provenientes do direito interno como fonte independente, mas subsidiária, e acrescenta ainda o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente sua jurisdição relativamente ao crime.

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

"1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá beneficiar-se.

2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações"<sup>120</sup>.

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

"Artigo 22 [*Nullum crimen sine lege*] – 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos

120 Adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992. Reproduzido em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Coletânea de Direito Internacional*, cit., p. 473-485.

que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto”<sup>121</sup>.

## 2.2 Problemas específicos do direito internacional penal

O direito convencional sofre o problema da ausência de um sistema coerente para a organização do direito internacional penal. Os instrumentos existentes são incompletos, por exemplo, o artigo VI da Convenção do Genocídio, que não estabelece com clareza uma jurisdição universal<sup>122</sup>, contentando-se em atribuir jurisdição territorial e competência a um tribunal internacional inexistente na época, que viria a existir apenas em 1º de julho de 2002, com a entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

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

121 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, reproduzido em MAZ-ZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Coletânea de Direito Internacional*, cit., p. 691-745.

122 Ver discussão sobre o tema nos Capítulos 5 e 6.

123 Ver ESER, Albin. *Common Goals and Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective*. Harvard International Law Journal, v. 31, 1990, p. 117-128. O autor aborda as diferenças entre os sistemas jurídicos de tradição *common law* e continental sob os aspectos material e processual. Para fins da pesquisa, citamos sua abordagem quanto ao processo penal na p. 120: “Following the common law tradition, United States criminal procedure – both state and federal – assumes the adversary system and is governed by certain rules of evidence. To Europeans, an American judge is not an investigator but an arbitrator between the prosecutor and the defendant. The search for ‘material justice’ and ‘material truth’ yields to compliance with procedural rules meant to ensure an area of freedom from state power. ...

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

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

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

Além disso, os tribunais internacionais, ao serem estabelecidos, determinaram sua competência *ratio materiae*, de forma a não constituir um Código Penal, ou seja, esta era apenas uma especificação do seu âmbito de jurisdição.

Quanto ao direito processual, apenas recentemente tem sido fortificado com a aprovação pelo Conselho de Segurança dos Estatutos do TPII, em 1993, e do TPIR, em 1994, tendo subseqüentemente os juizes desses tribunais adotado os Elementos dos Crimes e as Regras Processuais e Provas. Posteriormente, em 1998, os Estados acordaram o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. No entanto, afirma CASSESE (2003): “Independentemente disto, até mesmo o direito processual permanece em um certo subdesenvolvido estágio”<sup>125</sup>.

To the American observer, by comparison, continental criminal procedure retains the look of inquisition: the judge takes charge in the findings of facts and in the evaluation of evidence. Restraint on the search for material truth is virtually unknown. And prosecution is mandatory lest the aim of material justice be frustrated from the outset”.

124 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, cit., p. 17: “International criminal law is still a very *rudimentary* branch of law” (itálico original mantido).

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

### 2.3 O costume internacional

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

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

- 1) a “prática dos Estados” deve refletir a norma (requisito da generalidade);
- 2) os Estados devem seguir essa norma com a intenção de obedecer ao que é legalmente demandado (requisito da *opinio juris sive necessitatis*)<sup>127</sup>.

Anthony D’AMATO (1987), ao introduzir seu trabalho analisando a decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Nicaragua vs. United States*<sup>128</sup>, expressa a falta de clareza teórica da Corte Internacional de Justiça ao aplicar o direito consuetudinário: “A falta de clareza teórica da Corte significou apenas uma oportunidade na carreira de alguns observadores que, como eu, buscaram fornecer a teoria do costume faltante”<sup>129</sup>.

126 SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5. Apud ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (coord.). *Droit International Pénal*, cit., p. 60.

127 WEISBURD, Arthur M. Customary International Law: The Problem of Treaties. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 21 (1988), n. 1, 1- 46, p. 6: “... proving the existence of such rules require proof of two elements: first, the general practice of states must reflect the rule (the generality requirement); and second, states must follow the rule in the belief that such a rule is legally required (*the opinio juris sive necessitatis* requirement)” (citações omitidas).

128 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicar. V. U.S), Merits, 1986 ICJ Rep. 14 (Judgment of June 27). In: D’AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*, *American Journal of International Law*, v. 81, n. 1 (Jan., 1987), p. 101-105.

129 “The Court’s lack of theoretical explicitness simply meant that a career opportunity arose for some observers like me to attempt to supply the missing theory of custom”. In: D’AMATO. *Treaties as a Source of General Rules of International Law*. 3 *Harvard International Law Journal*, 1 (1962); D’AMATO. *The Concept of Custom in International Law* (1971). In: D’AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*. *American Journal of International Law*, v. 81, n. 1 (Jan., 1987), p. 101-105.

D’AMATO (1987) inicialmente analisa a relação entre a “prática dos Estados” e a “*opinio juris*”:

“O que confere ao costume força jurídica vinculante é o fato deste consistir no resultado de vetores divergentes (atos e contenções) e assim trazer o que os sistemas jurídicos consideram uma resolução para os interesses dos Estados em questão. O papel da *opinio juris* neste processo é simplesmente o de identificar quais dos atos possuem conseqüências jurídicas.

Primeiramente, a regra costumeira surge da prática dos Estados, não há necessidade que esteja presente em resoluções da ONU ou outros documentos jurídicos. Em segundo lugar, *opinio juris* não tem nenhuma relação com “aceitação” das regras destes documentos, ao contrário, *opinio juris* é um elemento psicológico associado à formação de uma regra costumeira como caracterização da prática do Estado. Finalmente, ao invés de começar com a prática do Estado, a Corte finaliza com esta”<sup>130</sup>.

Uma corte ou tribunal não pode aplicar uma regra costumeira para criminalizar conduta que não esteja em sua esfera jurisdicional.

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

Além disso, existem diferentes sistemas jurídicos nacionais nos Estados, daí a relevância do “direito do caso” (*case law*). Os juízes treinados no

130 D’AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*, cit., p. 102: “What makes international custom authoritative is that it consists of the resultants of divergent states vectors (acts, restrains) and thus brings out what the legal system considers a resolution of the underlying state interests. Although the acts of states on the real-world stage often clash, the resultant accommodations have an enduring and authoritative quality because they manifest the latent stability of the system. The role of opinion juris in this process is simply to identify which acts out of many have legal consequence. First, a customary rule arises out of state practice; it is not necessarily to be found in UN resolutions and other majoritarian political documents. Second, opinio juris has nothing to do with ‘acceptance’ of rules in such documents. Rather, opinio juris is a psychological element associated with the formation of a customary rule as a characterization of state practice. Finally, instead of beginning with state practice, the Court ends with it” (*itálico inserido à tradução*).

sistema da *common law* tendem a dar grande importância aos casos como “precedentes”, e estão mais inclinados a aplicá-los sem questionar se evidenciam ou consagram uma regra de direito consuetudinário ou se baseiam em determinado tratado. Importante lembrar que, para uma abordagem tipicamente de *common law*, os precedentes possuem força jurídica vinculante, não desempenhando o mero papel de auxiliares.

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

As regras costumeiras, no entanto, não são estáticas; modificam-se de acordo com a formação dos vetores (interesse dos Estados). Uma forma de nomear essa relação seria empregar os termos de Darwin (D’AMATO: 1987): as regras costumeiras que sobrevivem ao processo de evolução jurídica são aquelas que melhor se adaptam ao recíproco *self-interest* de todos os Estados<sup>131</sup>.

## 2.4 Processos de codificação (tratados e estatutos dos tribunais)

Os tratados representam o *noyau dur* do direito internacional penal<sup>132</sup>. Mesmo os não ratificados universalmente podem contribuir para esclarecer o direito existente, constituindo, portanto, um importante ponto de partida ou chegada para o desenvolvimento do costume internacional<sup>133</sup>. O Estatuto de Roma pode ser citado como exemplo desse papel, conforme dispõe seu artigo 10:

131 D’AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*, cit., p. 104: “...use of Darwinian terms: the customary rules that survive legal evolutionary process are those that are best adapted to serve the mutual self-interest of all states”.

132 SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5. Apud ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (coord.). *Droit International Pénal*, cit., p. 59: “Les traités représentent le ‘noyau dur’ du droit international pénal”.

133 SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5. Apud ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (coord.). *Droit International Pénal*, cit., p. 59.

“Artigo 10 – Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto”.

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

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

Para interpretação desses instrumentos, deve ser empregada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o que é possível verificar em um número de decisões da Câmara de Apelação do TPII<sup>134</sup>.

### 2.4.1 A relação entre os tratados e o costume internacional

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

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

135 SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5. Apud ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (coord.). *Droit International Pénal*, cit., p. 61: “...celuilà, en raison du traité maintenant existant, ne reste pas tel quell”.

Os tratados internacionais, por definição, são obrigatórios apenas aos Estados contratantes e em relação aos organismos internacionais que estabeleçam. No entanto, na medida em que representem a consagração de regras consuetudinárias, podem adquirir força perante Estados não contratantes.

Sobre esse aspecto, D'AMATO (1987) esclarece

“O processo pelo qual as regras de um tratado geram direito consuetudinário. Um tratado não é obviamente equivalente ao costume; ele (o tratado) obriga apenas as partes, e os obriga apenas conforme a executoriedade dos dispositivos contidos no tratado em si. Entretanto, as regras dos tratados se expandem para além das partes do tratado, pois o tratado em si mesmo constitui prática estatal. Para ilustrar este aspecto, consideremos dois casos hipotéticos: em (a) a regra surge por um processo de costume internacional e, em (b) a mesma regra surge em razão da incorporação desta a um tratado internacional.

Suponha que o Estado A tente apreender substâncias narcóticas a bordo de um navio do Estado B a X milhas da costa de B. O Estado B protesta com base no fato de que o Estado A não possui jurisdição. Se o Estado A, mesmo assim, apreende e confisca as substâncias narcóticas, e se o Estado B não toma qualquer medida retaliatória ou executória contra o Estado A, então um precedente de direito consuetudinário foi estabelecido, para a regra de que a apreensão de narcóticos é permitida a uma distância X milhas ou mais da costa do Estado da bandeira. Este ‘incidente’, assim, tem o efeito de precedente do costume internacional.

Suponha que os Estados A e B celebrem um tratado permitindo a apreensão de substância narcóticas a uma distância de X milhas ou mais da costa do Estado da bandeira. Tal tratado seria uma resultante dos vetores de A e B, como anteriormente descrito no incidente de apreensão sem retaliação. Os tratados foram realmente elaborados para harmonizar interesses contrapostos sem recorrer a ameaças ou uso da força, e nesta tendência, uma maneira muito mais civilizada de criar costume do que o processo descrito no exemplo (a). Por objetivos sistemáticos, o resultado é o mesmo nos casos (a) e (b); ou seja, a regra que caracteriza a resolução do incidente é o resultado de vetores divergentes; é a regra ‘costumeira’ da acomodação estatal<sup>136</sup>.

136 D'AMATO, Anthony. *Trashing Customary International Law*, cit., p. 103 e 104: “... the process by which treaty rules generate customary law. A treaty is obviously not

A relação entre os tratados e o costume internacional configura-se como problemática. O impacto das convenções multilaterais sobre o costume internacional pode variar, mas é inegável<sup>137</sup>.

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

equivalent to custom; it binds only the parties, and binds them only according to the enforcement provisions contained in the treaty itself. However, rules in treaties reach beyond the parties because a treaty itself constitutes state practice. To illustrate this point, let us consider two hypothetical cases: in (a) a rule arises by the pure process of international custom, and in (b) the same rule arises by virtue of its incorporation into a treaty. (a) Suppose state A attempts to seize narcotics on board a vessel of state B within X miles of B's coast. State B protests on the ground that state A lacks jurisdiction. If state A nevertheless seizes and confiscates the narcotics, and if B takes no retaliatory or enforcement action against state A, then a customary law precedent will be established for the rule that narcotics seizures are permissible at a distance X or more miles from the coast of the flag state. This 'incident' thus has a precedential effect upon international custom. (b) Suppose states A and B enter into a treaty allowing the seizure of narcotics at a distance of X or more miles off the coast of the flag state. Such a treaty would be as much a resultant of the A and B 'vectors' as was the previously described seizure-plus-no-retaliation incident. Treaties were indeed invented to harmonize competing interests without recourse to threats or forcible measures, and in this fashion are a much more civilized way of creation custom than the normal process described in example (a). For systemic purposes, the outcome is the same in the (a) and (b) cases; namely, the rule characterizing the resolution of the incident is the resultant of the divergent vectors; it is 'customary' rule of state accommodation”.

137 BROWNLIE, Ian. *General Course on Public International Law*, cit., Tome 255 de la collection. Martinus Nijhoff Publishers (1996), p. 44: “A recurring problem is the relationship of multilateral conventions and customary international law. The impact of multilateral treaties on the content of customary law, varies but is undeniable”.

138 SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. *Le Role Relatif des Différentes Sources du Droit International Pénal: Dont Les Principes Généraux de Droit*. Chapitre 5. Apud ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (coord.). *Droit International Pénal*, cit., p. 61.

139 Disponível em: <http://www.icj-ij.org/icjwww/idecisions/isummaries/icsummary690220.htm>.

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

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

1. Consagração do direito consuetudinário internacional, tornando inquestionável a incriminação internacional para os tipos penais presentes;

2. Na medida em que o direito consuetudinário é consagrado, reforça-se seu pressuposto de aplicação aos Estados Não-Partes, permitindo que essas regras internacionais penais tenham caráter de *jus cogens*<sup>140</sup>, sujeitas à aplicação *erga omnes*.

## 2.5 A aplicação dos princípios gerais do direito internacional penal e os princípios gerais do direito internacional

Seguindo a abordagem do artigo 21 do Estatuto do TPI, os princípios gerais do direito internacional penal são uma fonte subsidiária, que deve ser empregada apenas na hipótese de impossibilidade de aplicação dos tratados, costumes, princípios gerais do direito internacional e regras produzidas por instrumentos secundários. Assim, a utilização desse recurso é considerada *extrema ratio* para o TPI<sup>141</sup>.

Os princípios gerais do direito internacional penal são aqueles derivados do direito penal, como o princípio da legalidade, da presunção de inocência, da igualdade das armas (*equality of arms*). A aplicação desses princípios em nível internacional geralmente resulta da gradual transposição dos sistemas jurídicos nacionais para a ordem internacional, estando hoje consagrados no sistema internacional. A determinação destes se baseia no estudo comparativo dos principais sistemas legais do mundo.

140 Sobre *jus cogens*, ver item 2.7.

141 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, cit., p. 32 e 33.

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

## 2.6 O papel das decisões judiciais

As decisões judiciais de per se não constituem uma fonte do direito internacional penal. Elas são consideradas “meios subsidiários para a determinação de regras internacionais de direito”<sup>143</sup>.

Merece destaque para o proposto estudo, o papel das decisões judiciais (artigo 38 (1)(d)) como fontes do direito internacional. Conforme esclarece o aclamado Professor da Universidade de Oxford, Ian BROWNLIE (1998);

“O Artigo 38(1)(d) do Estatuto de Corte Internacional de Justiça não está limitado às decisões internacionais, as decisões dos tribunais nacionais têm valor evidente”<sup>144</sup>.

142 *Furundžija*, ICTY, Trial Chamber II, judgment of 10 December 1998 (case n. IT-95-17/1-T).

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

144 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 1998, p. 23: “(c) Decisions of national courts. Article 38(1)(d) of the Statute of the International Court is not confined to international decisions and the decisions of national tribunals have evidential value”.

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

“As declarações sobre o Direito Internacional nestas decisões poderiam ser consideradas “fontes subsidiárias” para a determinação do direito consuetudinário aplicável à questão; entretanto, foram apresentadas como provas da prática dos Estados, e, assim, a Corte as tratou como tais”<sup>148</sup>.

145 THIRLWAY, Hugh. “*The Sources of International Law*”, Chapter 4, 117-143. In EVANS, Malcolm D. (organizador) *International Law*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 133.

146 *R vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (n. 3)* [2000] AC 151; [1999] 2 All ER 97. THIRLWAY, Hugh. “*The Sources of International Law*”, Chapter 4, 117-143. In: EVANS, Malcolm D. (org.). *International Law*, cit., p. 133.

147 *SOS Attentat and Castelnau d’Esnault vs. Qaddafi, Head of State of the State of Libya*, France, Court of Cassation, criminal chamber, 13 March 2000, n. 1414. In: THIRLWAY, Hugh. “*The Sources of International Law*”, Chapter 4, 117-143. Apud EVANS, Malcolm D. (org.). *International Law*, cit., p. 133.

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

## 2.7 Princípios internacionais criminais como normas cogentes (*jus cogens*)

Ao analisar a estrutura do direito internacional, um dos pontos fundamentais é a questão da denominada “normatividade relativa”. Segundo SHELTON (2003),

“a ‘normatividade relativa’ envolve a hierarquia entre as fontes e as normas, implicando regras de reconhecimento por meio das quais o direito é distinguido das normas sem força jurídica (*not legally binding*)”<sup>149</sup>.

A partir dessa perspectiva, a doutrina identifica a existência de normas superiores ou peremptórias que prevalecem sobre outras normas e obrigam a todos os Estados, independentemente de seu consentimento.

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

Entretanto, a teoria *jus cogens* parece afastar esse regime da unidade normativa, na medida em que distingue entre normas peremptórias e meramente obrigatórias, e a teoria dos crimes internacionais e delitos, bem como a distinção que faz entre obrigações essenciais para preservar interesses fundamentais e normas criando obrigações “não tão essenciais”<sup>151</sup>.

Trata-se de saber se todas as normas do direito internacional têm caráter de *jus dispositivum* ou se existem algumas normas que apresentam caráter de *jus cogens*, impedindo qualquer possibilidade de derrogação por acordo *inter partes*<sup>152</sup>.

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

150 WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?*. American Journal of International Law, v. 77, n. 3 (Jul, 1983), p. 423-442.

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

152 VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. American Journal of International Law, v. 60 (1966), p. 55-63.



Nas palavras de WEIL (1983):

“A Normatividade está se tornando uma questão de ‘mais ou menos’: algumas normas são consideradas de maior gravidade que outras, mais obrigatórias que as outras”<sup>153</sup>.

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

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

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

“Artigo 53 [Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)] – É nulo o tratado que, no momen-

153 WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?*, cit., p. 421: “Normativity is becoming a question of ‘more or less’: some norms are now held to be of greater specific gravity than others, to be more binding than others”.

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

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

to de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza”<sup>156</sup>.

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

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

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

### 2.7.1 Jus cogens e os crimes internacionais

Após termos analisado o conceito de norma *jus cogens* no direito in-

156 RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 341.

157 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 515.

158 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*. ICJ Reports (1970), p. 3 at 32. In: BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 515.

159 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*. ICJ Reports (1970), p. 3 at 32: “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination”. In: BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 515.

ternacional público, passamos a investigar a possibilidade de as normas do direito internacional penal poderem configurar-se como *jus cogens*, sendo, portanto, normas peremptórias.

O Capítulo III – Violações Sérias de Obrigações Baseadas em Normas Peremptórias do Direito Internacional Geral, dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados da Comissão de Direito Internacional (*The International Law Commission's Articles on State Responsibility*) prevê certas consequências para as violações do direito internacional. As violações devem ser de duas ordens:

- 1) violações de obrigações baseadas em normas peremptórias do direito internacional geral;
- 2) tais violações são consideradas sérias, em razão de sua escala e caráter<sup>160</sup>.

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

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

“Os crimes contra o direito internacional são cometidas pelos homens, não por entes abstratos, apenas por meio da punição dos indivíduos que cometem tais crimes os dispositivos do direito internacional podem ser assegurados”<sup>161</sup>.

160 CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 242.

161 *International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals*, judgment of 1 October 1946, reprinted in *American Journal of International Law*, v. 41 (1947), p. 221: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”. In: CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 243.

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

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

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

“Enquanto normas peremptórias do direito internacional geral enfatizam o escopo e prioridade a ser dada a um certo número de obrigações fundamentais, o objetivo das obrigações para com a comunidade internacio-

162 CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 344: – B. Drafting History Part I, Art. 19: International Crimes and International Delicts, Proposal: Ago, 5th Report. Yearbook, 1976, v. 2 (1), p. 54, par. 155 (art. 18).

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

nal como um todo é essencialmente o interesse jurídico de todos os Estados na sua observância, ou seja, nos termos dos artigos presentes, ser autorizado a invocar a responsabilidade de qualquer Estado pela sua violação”<sup>164</sup>.

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

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

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

165 CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, cit., p. 245: “Article 41 [Particular consequences of a serious breach of an obligation under this Chapter] 1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40. 2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation. 3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this Chapter applies may entail under international law”.

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

Obrigações *erga omnes* são literalmente obrigações “aplicáveis a todos” (“*flowing to all*”). Conforme o *dictum* no caso *Barcelona Traction*<sup>167</sup>:

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

A racionalidade dessa categoria de obrigações segundo a Corte Internacional de Justiça fundamenta-se na “noção da importância dos direitos envolvidos, segundo a qual todos os Estados podem ser considerados como portadores de interesse jurídico na sua proteção”<sup>168</sup>. Assim, como as obrigações *erga omnes*, os crimes internacionais recebem essa designação, pois os atos que sancionam são considerados de tal importância para a comunidade internacional que, ao serem cometidos, geram a responsabilidade individual<sup>169</sup>.

## 2.8 A definição dos crimes internacionais definindo a jurisdição internacional penal

### 2.8.1 Evolução histórica dos crimes internacionais

Originalmente, a idéia de crimes internacionais estava relacionada à

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

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

169 SHELTON, Dinah. *International Law and “Relative Normativity”*. Chapter 5, 145-172. In: EVANS, Malcolm D. (org.). *International Law*, cit., p. 149.

jurisdição do Estado em cujo território o acusado se encontrava. O fato de este ser ou não julgado e condenado dependia exclusivamente da legislação e das autoridades do país em questão. Na hipótese de não-actuação do Estado, o País de nacionalidade da vítima poderia solicitar ao País do suposto autor a punição do acusado ou pagamento de indenização. Enfim, seria uma questão de responsabilidade do Estado, em razão da ausência de julgamento e punição do acusado.

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

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

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

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

- Código de Lieber (1863) (*Lieber Code*), resultante da Ordem Militar n. 100 do Presidente Lincoln, como “Instruções para o Governo dos Estados Unidos no Campo”, aplicada durante a Guerra Civil americana (1861-1865) (*Instructions for the Government of the United States in the Field*);

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

- *Oxford Manual* de 1880, adotado pelo Instituto de Direito Internacional (*Institut de Droit International*)<sup>171</sup>;

- Codificação da Haia (1899-1907) (*Hague Codification*).

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

- Henry Wirz, um caso de sérios maus-tratos de prisioneiros de guerra, levado a uma Comissão Militar norte-americana (1865);
- Vários casos trazidos às Cortes Marciais norte-americanas em 1902, durante o conflito armado norte-americano contra os insurgentes nas Filipinas, a qual a Espanha havia entregue por Tratado aos Estados Unidos em 1898<sup>172</sup>.

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

i. que os indivíduos que atuassem como oficiais do Estado poderiam ser levados a julgamento e punidos pelas violações às leis da guerra<sup>173</sup>;

ii. que poderiam ser punidos tanto por seu próprio Estado como pelo Estado inimigo.

Inicialmente, os julgamentos dos acusados de crimes de guerra se baseavam no “princípio da nacionalidade passiva”, por meio do qual os Estados de nacionalidade das vítimas conduziam os julgamentos, ou seja, o “ad-

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

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

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

versário” era responsável pelo julgamento. O *Manual on Land Warfare* inglês (1912) conceituava: “Crimes de guerra é uma expressão técnica para um determinado ato de soldados e civis inimigos passíveis de punição haja vista a captura de seus supostos autores”<sup>174</sup>.

A partir do final da Primeira Guerra Mundial foi acrescentado o “princípio da territorialidade”, bastando que o crime fosse cometido no território do Estado para estar sujeito à sua jurisdição.

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

i. surgiram duas novas categorias: crimes contra a paz e crimes contra a humanidade;

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

“A essência do Estatuto instituindo o Tribunal Militar Internacional é o fato de que os indivíduos possuem deveres internacionais que transcendem as obrigações nacionais de obediência impostas pela Estado individualmente tomado”<sup>175</sup>.

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

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

Posteriormente, a Convenção sobre o Genocídio (1948) e as Convenções de Genebra (1949) propiciaram grande avanço ao direito substantivo (dado o surgimento de novas categorias de crimes de guerra, denominados “graves violações às Convenções de Genebra”) e ao direito processual, com o estabelecimento do “princípio da universalidade da jurisdição, de acordo com o qual um Estado contratante poderia levar a julgamento o acusado de “grave violação”, independentemente de sua nacionalidade ou do local de ocorrência do crime.

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

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

### 2.8.2 A noção de crimes internacionais

Partimos da seguinte definição, proposta por CASSESE (2003):

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

Vale ressaltar que os crimes internacionais devem cumulativamente implicar:

1. Violações às normas costumeiras internacionais, abrangendo também as disposições dos tratados, que codificam ou consagram o direito consuetudinário, ou ainda contribuem para a formação deste;

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

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

2. Normas com o objetivo de proteger valores considerados importantes por toda a comunidade internacional, conseqüentemente obrigatórias a todos os Estados e indivíduos. Estão presentes nos instrumentos internacionais, sendo as mais relevantes:

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

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

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

3. Além disso, existe interesse universal na repressão desses crimes. Respeitados certos requisitos, os acusados podem, em princípio, ser julgados e punidos *por qualquer Estado*, independentemente do vínculo territorial ou de nacionalidade com o autor ou a vítima. Esse aspecto será o tema central a ser desenvolvido na Parte II.

4. Na hipótese de o autor ter agido em sua capacidade oficial, ou seja, como oficial do Estado *de jure* ou *de facto*, o Estado em cujo nome tenha praticado a conduta proibida está impedido de alegar o gozo de imunidade de jurisdição civil ou penal do Estado estrangeiro com base no direito consuetudinário aplicável aos oficiais do Estado que ajam no exercício de suas funções. Ressalta-se, entretanto, a questão das imunidades na hipótese de o oficial do Estado pertencer a uma categoria como Chefe de Estado<sup>178</sup>, ministro das Relações Exteriores ou agente diplomático, como nos casos *Pinochet*<sup>179</sup> e *Ndombasi*<sup>180</sup>, originando o caso *Congo vs. Belgium*<sup>181</sup>.

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

### 2.8.3 Os crimes internacionais no Estatuto do Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar quatro categorias de crimes, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes

178 A questão das imunidades não será abordada por se tratar de temática que ultrapassa o objetivo deste trabalho.

179 United Kingdom House of Lords: *Regina vs. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others* ex parte Pinochet 24 March 1999, reprinted in (1999) 38 *Int'L Materials* 581, case notes by CM Chinkin in 93 *Am J Int'l L* (1999) 703, §§ 57-61.

180 Ver Capítulo 5.

181 *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, International Court of Justice, 14 de fevereiro 2002. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icobe/icobejudgment/icobe\\_ijudgment\\_20020214.PDF](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icobe/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PDF) (acesso em 1 de agosto de 2005). Ver Capítulo 5.

182 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, cit., p. 25.

de guerra e agressão<sup>183</sup>, descritos como “crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”<sup>184</sup>. O Estatuto ainda os descreve como “atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade”<sup>185</sup> e “crimes de maior gravidade com alcance internacional”<sup>186</sup>.

Trataremos de cada uma das categorias individualmente, mas ressaltamos que a agressão, conforme disposto nos artigos 121 e 123 do Estatuto, requer, para sua definição, uma “emenda formal” do Estatuto<sup>187</sup>, haja vista a impossibilidade de acordo entre os Estados quanto à sua elaboração. Dessa forma, analisaremos as demais categorias: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

### A. Genocídio

A palavra “genocídio” foi inicialmente empregada por Raphael Lemkin em seu livro sobre os crimes cometidos pelos nazistas na Europa ocupada<sup>188</sup>. O artigo 6º do Estatuto de Roma o define tomando como base o artigo II da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime do Genocídio (1948), configurando-se uma verdadeira cópia desse dispositivo.

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

183 Artigo 5º do Estatuto do TPI.

184 Preâmbulo e artigo 5º do Estatuto do TPI.

185 Preâmbulo do Estatuto do TPI.

186 Artigo 1º do Estatuto do TPI.

187 SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 31.

188 SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 36.

189 SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 37.

Entende-se que o *dolus specialis* distingue o genocídio dos demais crimes. Portanto, o que diferencia o genocídio dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra é o fato de que o ato, seja homicídio ou qualquer outro dos definidos pelo artigo 6º, deve ser cometido com o intuito “de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Como se pode notar, esse intuito específico tem diferentes componentes<sup>190</sup>.

Entretanto, para a definição dos pontos anteriormente mencionados deve-se ter em mente a necessidade de analisar a hipótese de intenção de destruir um pequeno número de pessoas do grupo: também constituiria genocídio, pois o Estatuto não faz esse tipo de restrição. Além disso, resta a questão dos grupos sociais e políticos, ou seja, se estes também devem ser incluídos na definição. Decidiu-se por não concertar a definição tradicional de genocídio<sup>191</sup>. Assim, tais perseguições serão tratadas como crimes contra a humanidade, conforme o artigo 7(1)(h) do Estatuto.

### B. Crimes contra a humanidade

Para definir os crimes contra a humanidade encontramos duas dificuldades, a saber:

- i. a distinção entre os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, além dos crimes sujeitos ao direito nacional;
- ii. a determinação das condutas puníveis de acordo com o direito internacional como fruto da responsabilidade criminal individual, distinta da responsabilidade do Estado por violações dos direitos humanos.

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

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

190 SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 37.

191 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, cit., p. 96.

Inicialmente, o Estatuto requer seja o crime cometido como parte de um “ataque, generalizado ou sistemático”, conforme a decisão do primeiro grande julgamento do TPII, no caso *Tadić*<sup>192</sup>. Este deve ser cometido contra uma “população civil”, o que claramente o distingue do crime de guerra, que pode ter como objeto combatentes ou civis, podendo ainda ser um ataque não militar<sup>193</sup>.

O artigo 7º (2)(a) esclarece que o “ataque contra uma população civil” deve ser praticado “de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a perseguição política”. Dessa forma, os crimes contra a humanidade podem também ser praticados por entes não estatais, com objetivos políticos.

Some-se a necessidade de que exista “conhecimento desse ataque”, o que implica uma forma específica de intenção, embora mais branda que a requerida pela definição de genocídio<sup>194</sup>.

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

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

192 *Prosecutor v. Tadić* (Case n. IT-94-1-T), Opinion and Judgment, 7 May 1997, par. 656. In: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 44.

193 Elements of Crimes, Art. 7, Introduction, par. 3. In: SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 44.

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

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

### C. Crimes de guerra

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

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

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

“Crimes de Guerra são *sérias violações* das normas consuetudinárias ou, onde aplicável, dos tratados que formam o ‘corpus’ do direito internacional humanitário dos conflitos armados”<sup>197</sup>.

De acordo com a Câmara de Apelação do ICTY em *Tadić*<sup>198</sup> (1995) (*Interlocutory Appeal*):

i. os crimes de guerra devem consistir em “séria violação de uma regra internacional”, ou seja “devem constituir a violação de uma regra que proteja valores importantes, e esta violação deve produzir graves consequências para a vítima”;

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

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

197 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, cit., p. 47: “War crimes are *serious violations* of customary or, whenever applicable, treaty rules belonging to the corpus of the international humanitarian law of armed conflict” (*italico original mantido*).

198 *Tadić (Appeal) (Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)*, Appeals Chamber, Decision of 2 October 1995 (case n. IT-94-1-AR72).



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

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

Os crimes de guerra, como demonstrado anteriormente, constituem a mais antiga das quatro categorias de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. Os redatores do Estatuto do Tribunal Penal Internacional basearam-se nas fontes do *jus in bello* para a elaboração da estrutura do artigo 8º. Esse dispositivo relaciona quatro categorias de crimes de guerra, duas endereçadas aos conflitos armados internacionais e outras duas aos conflitos internos<sup>200</sup>.

Para SCHABAS (2001, 2004), não apenas as condutas são descritas com exagero de detalhes mas também as categorias, o que causa dificuldade para a avaliação do tipo de conflito armado envolvido. Dessa forma, as cortes terão de distinguir entre conflitos internacionais e não internacionais, somando-se ainda a existência de subcategorias para cada um deles.

Outra crítica de SCHABAS (2001, 2004) e CASSESE (2003) refere-se ao problema restritivo causado pelo detalhamento. Em geral, o artigo 8º, considerado o mais longo dentre as categorias, poderia ser interpretado como extensão do conceito de crimes de guerra. Entretanto, conforme ressalta o TPII em *Kupreskic*, “uma exaustiva categorização meramente criaria oportunidades para evasão do texto proibitivo”<sup>201</sup>.

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

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

201 *Prosecutor vs. Kupreskic et al.* (Case n. IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000, par. 563: “In *Kupreskic*, the Yugoslav Tribunal warned that “[a]n exhaustive categorization would merely create opportunities for evasion of the letter of the prohibition”. In: SCHABAS, William. *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 55.

Acrescentam ainda que a necessidade de precisão nos textos legais, objetivando o respeito ao princípio da legalidade, pode ter o efeito indireto de contribuir para a impunidade em razão da impossibilidade de permitir interpretações dinâmicas e evolutivas. Vale trazer a declaração da Câmara de Apelação do TPII, citando Nuremberg: “As leis dos conflitos armados não são estáticas, mas em razão de sua adaptação contínua atendem às necessidades de um mundo em mudança”<sup>202</sup>.

CASSESE (2003) afirma ainda: “Em algumas áreas a disposição do Estatuto de Roma, Artigo 8º, constitui um retrocesso para o direito internacional existente”<sup>203</sup>. Dentre as principais razões apontadas, ressalta a frase “outras violações graves das leis e costumes aplicáveis... no âmbito do direito internacional” do artigo 8 (2)(b) e (e), tratando dos crimes compreendidos como “crimes de guerra”. Segundo essa abordagem, haja vista nos demais dispositivos do artigo 8º não ser mencionada a expressão “no âmbito do direito internacional”, uma possível explicação para tal requisito seria: “Os crimes enumerados nos dois dispositivos anteriores podem ser considerados crimes de guerra para o propósito do Estatuto apenas se assim forem considerados pelo direito consuetudinário internacional”<sup>204</sup>. Nesse caso, em relação aos dois dispositivos, para que a corte classifique uma conduta como crime de guerra faz-se necessário que o direito internacional geral considere tal violação crime de guerra.

Assim, para essas hipóteses a corte deve estabelecer se,

1. com base no direito internacional geral, a conduta é considerada violação do direito humanitário internacional dos conflitos armados e também;

202 *Prosecutor vs. Kunarac et al.* (Case n. IT-96-23 and IT-96-23/I-A), Judgment, 12 June 2002, par. 67: “... the laws of armed conflict ‘are not static, but by continual adaptation follow the needs of a changing world’”.

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

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

2. conforme o direito consuetudinário internacional, a conduta constitui um crime de guerra.

CASSESE (2003) conclui sua análise:

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

### 3 A doutrina da jurisdição internacional do Estado no direito internacional

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

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

#### 3.1 A jurisdição internacional como conceito legal

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

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

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

“Unidade da jurisdição. A jurisdição, monopólio do poder estatal, é una e indivisível”<sup>206</sup>.

Esse conceito segue as idéias de Bodin, aplicadas ao conceito de soberania, ou seja, haveria relação direta, ou até mesmo equiparação, entre os conceitos de jurisdição e soberania.

Conforme essa perspectiva, os limites da jurisdição são assim definidos:

“Limite da jurisdição. Os juízes e tribunais exercem a atividade jurisdicional apenas no território nacional (princípio da aderência)... “A denominada competência internacional (CPC art. 88) é, na verdade, *jurisdição*, pois se o juiz brasileiro não tem jurisdição não pode ter competência, que daquela é derivada” (grifo nosso)<sup>207</sup>.

Na teoria geral do processo encontramos o seguinte posicionamento:

“Da jurisdição... podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça<sup>208</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

“O uso da palavra é impreciso; às vezes indica o tribunal que tem a *competência de julgar*, o que equivale praticamente à *competência*, porém, se utiliza também o vocábulo para referir-se aos limites territoriais do poder do tribunal ou para distribuir a competência em razão de pessoa, matéria ou quantidade. Por isso é freqüente não fazer distinções entre ambos termos e, assim, o artigo 5º de ambos os tratados de direito processual internacional de Montevidéu de 1889 e 1940 usam a palavra “competência” quando se refere à jurisdição internacional” (grifo nosso)<sup>211</sup>.

Com a finalidade de esclarecer a terminologia a ser adotada neste trabalho, trazemos o conceito elaborado por alguns dos mais renomados doutrinadores do direito internacional público. Dentre as principais definições, destacamos a de CAPPES, EVANS e KONSTADINIDIS (2003) e a de LOWE (2003): “‘Jurisdição’ é uma forma de poder legal ou competência”<sup>212</sup>.

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

210 Idem anterior.

211 STRENGER, Irineu. *Direito Processual Internacional*. São Paulo: LTr Editora, 2003. p. 21.

212 CAPPES, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*. International and European Legal Perspectives. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. Introduction. p. XIX: “Jurisdiction is a form of legal power or competence”.

“‘Jurisdição’ é o termo que descreve os limites da competência legal de um Estado ou outra autoridade regulatória (como a Comunidade Europeia) para criar, aplicar e executar as regras de conduta aos indivíduos. Relaciona-se essencialmente à extensão do direito do Estado de regular a conduta e as conseqüências dos eventos”<sup>213</sup>.

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

O professor da Universidade de Oxford Ian BROWNLIE (1998) aborda o tema da jurisdição como interligado ao conceito de soberania, citando VERZIJJL (1968):

“O complemento normal dos direitos do Estado, caso típico de competência legal, é em geral descrito como ‘soberania’: direitos particulares, ou acúmulos de direitos quantitativamente menor que a norma, se descritos como ‘jurisdição’”<sup>214</sup>.

Em seguida acrescenta:

“Em resumo, ‘soberania’ é a taquigrafia legal para personalidade jurídica de um certo tipo, a essência do estado; ‘jurisdição’ refere-se a aspectos particulares da substância, especialmente direitos, liberdades e poderes”<sup>215</sup>.

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

214 VERZIJJL. *International Law in Historical Perspective*, i. (1968), p. 256-92. In: BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 106.

215 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 106.

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

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

“Soberania inclui os seguintes amplos poderes e direitos:

(1) O poder de exercer autoridade sobre todos os indivíduos vivendo no território. Este poder pode ser até mesmo considerado como quintessência da soberania. (...)

(2) O poder de usar e dispor livremente do território sob jurisdição do Estado e desempenhar todas as atividades consideradas necessárias e benéficas à população que neste vive”<sup>216</sup>.

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

O Professor Celso Albuquerque MELLO (2001) afirma:

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

Dessa forma, o amplo poder, direito, competência legal teria como limite as restrições impostas pelo direito internacional. Por essa razão, no presente capítulo estudamos os aspectos da jurisdição internacional estatal

216 CASSESE, Antonio. *International Law*, cit., p. 89: “Sovereignty includes the following sweeping powers and rights. (1) The power to wield authority over all the individuals living in the territory. This power might even be regarded as the quintessence of sovereignty... (2) The power to freely use and dispose of the territory under the State’s jurisdiction and perform all activities deemed necessary or beneficial to the population living there”.

217 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, cit., v. 1, p. 428.

(pois adotamos a perspectiva do direito internacional para o conceito de jurisdição), bem como os limites estabelecidos pelo direito internacional para seu exercício (o que faremos ao analisar a coordenação do exercício das jurisdições penais estatais).

Em geral, tende-se a definir a jurisdição<sup>218</sup> como um dos atributos da soberania. Para os fins deste trabalho, acredita-se ser esta uma afirmação de caráter reducionista, pois não nos permite saber o que a jurisdição realmente é, ou seja, qual o seu conteúdo.

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

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

II. A jurisdição trata do direito de um Estado de exercer alguns de seus poderes. Configura-se, assim, uma problemática totalmente distinta dos poderes internos ou da estrutura constitucional. O *American Law Institute* (Instituto de Direito Americano) propôs um Projeto Oficial da Lei das Relações Exteriores dos Estados Unidos, de maio de 1962 (*Official Draft of the*

218 BERMAN, Sir Franklin. *Jurisdiction: The State*. In: CAPP, Patrick; EVANS, Malcolm. KONSTADINIDIS, Stratos (coord.). *Asserting Jurisdiction*. International and European Legal Perspectives. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 3-15.

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

220 MANN, F. A. *The Doctrine of International*, cit., p. 2.

*Foreign Relations Law of the United States of May 1962*), denominado *Draft Restatement 1962*, o qual fala na “capacidade de um Estado” (*the capacity of a State*) ao definir jurisdição<sup>221</sup>. Outros autores utilizam termos como “*power*” ou “*pouvoir*” ou ainda “*authority*”.

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

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

IV. A jurisdição envolve o direito do Estado de regulamentar, o que significa o *exercício legislativo, executivo* ou a *aplicação de medidas judiciais*. Desse modo, a regulamentação pode ocorrer tanto por meio da elaboração ou aplicação e execução de regras legais, ou seja, do exercício do *Poder Legislativo* como por meio do *Poder Judiciário*. Essa idéia merece uma abordagem cautelosa, no sentido de diferenciar a aplicação da terminologia ao direito interno.

Conclui-se que o conceito legal de jurisdição internacional designa o direito internacional do Estado de criar regras e de aplicá-las a um determinado caso. Segundo MANN (1973), tal distinção é bastante enfatizada no *Draft Restatement* (1962) e indispensável para uma abordagem apropriada do problema da jurisdição. Os equívocos na interpretação têm trazido grandes dificuldades ao estudo do tema.

221 Restatement (1962), p. 25. In: MANN, F.A. *The Doctrine of International*, cit., p. 3.

222 Sobre a jurisdição legislativa, ver item 3.2.1 – A Jurisdição Prescritiva.

223 Cf. VERDROSS, *Völkerrecht*, 4. ed., 1959, p. 248. In: Mann, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*, cit., p. 3.

O desdobramento da abordagem fica bastante claro na hipótese de exercício da jurisdição *legislativa* acompanhado da necessidade de execução dessas regras criadas no plano internacional, havendo necessariamente de ser atendido o teste do direito internacional. Um exemplo simples e bastante ilustrativo é o serviço militar, para o qual o Estado pode estabelecer critérios de recrutamento, por exemplo, sexo e idade, em relação aos nacionais dentro de seu território, mas está impedido de enviar oficiais a outros Estados para buscar nacionais a fim de forçá-los a prestar o serviço militar.

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

Nas palavras de MANN (1973):

“A jurisdição é, portanto, uma das funções fundamentais do direito internacional público, a saber: a função de regular e delimitar as respectivas competências dos Estados, ‘de conférer, de repartir et de régler des compétences’. A mesma idéia é expressa, quando é feita a referência em alemão à ‘Geltungsbereich’ das leis, ou à ‘Gesetzgebungsgewalt’ dos Estados”<sup>224</sup>.

O termo “jurisdição”, segundo Vaughan LOWE (2003), é também utilizado no direito internacional para descrever o alcance do direito de um tribunal internacional, como a Corte Internacional de Justiça ou o Tribunal Penal Internacional, de julgar os casos e fazer determinações às partes<sup>225</sup>. Em termos abstratos, a jurisdição dos Estados e a dos tribunais são aspectos do conceito do âmbito dos poderes das instituições legais, mas por razões de ordem prática é conveniente fazer a distinção entre elas e tratá-las em separado. Dessa forma, na Parte II abordaremos uma das principais problemáticas para a determinação da jurisdição internacional penal estatal: a aplicação do princípio da jurisdição universal, deixando para a Parte III a análise da juris-

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

225 LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*. In: EVANS, Malcolm (coord.). *International Law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 327-385.

dição internacional penal a ser exercida pelas cortes internacionais, especificamente quanto à aplicação desse princípio.

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

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

“Parte Oito: jurisdição do Estado

I. Bases da jurisdição

A. Princípio territorial

B. Princípio pessoal

C. Princípio protetivo

D. Princípio universal

E. Outras bases

II. Tipos de jurisdição

A. Jurisdição para prescrever

B. Jurisdição para adjudicar

C. Jurisdição para executar

III. Exercício da jurisdição extraterritorial

A. Geral

B. Jurisdição consular

C. Jurisdição sobre o pessoal militar no exterior

D. Outros (ilhas artificiais, *terrae nullius* etc.)

226 *Encyclopedia of Public International Law*, v. 3 J.P., 1997, Elsevier, p. 55.

IV. Limites da jurisdição

V. Jurisdição concorrente<sup>227</sup>.

### 3.2 Tipos de jurisdição

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

Tais distinções são importantes para determinar os limites da jurisdição<sup>230</sup>. Entende-se que um Estado não pode aplicar e executar regras se não possuir jurisdição para prescrevê-las. Entretanto, deve-se ter em mente quais as regras que estão sendo aplicadas. Cite-se como exemplo a hipótese de prisão de uma pessoa para extradição, na qual o Estado teoricamente aplicaria uma medida judicial, apesar da inexistência da jurisdição *legislativa* em relação à conduta com base na qual a pessoa será futuramente julga-

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

228 Tradução do termo “enforce”, que para fins do presente estudo foi traduzido como tutela, no sentido da tutela jurídica de proteção disponibilizada pelo direito interno.

229 *Encyclopedia of Public International Law*, v. 3 J.P., 1997, Elsevier, p. 55.

230 *Encyclopedia of Public International Law*, v. 3, p. 55.

da<sup>231</sup>. Vale ainda lembrar que uma corte pode, em casos cíveis, aplicar o direito estrangeiro (caso brasileiro) ou obrigar à produção de provas no exterior. No direito penal, administrativo e tributário a jurisdição *adjudicativa* é raramente exercida na ausência da legislativa, pois em geral os tribunais não aplicam as regras de outros Estados nesses ramos jurídicos.

Ressaltamos tratar-se de diferentes aspectos e funções desempenhadas pela jurisdição internacional do Estado.

### 3.2.1 A jurisdição prescritiva

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

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

Quaisquer que sejam os desdobramentos internacionais considerados, em princípio a jurisdição que pertence a um Estado, e apenas a este, é limi-

231 Entretanto, vale lembrar que, como regra geral, os Estados empregam o princípio da dupla criminalidade, segundo a qual a conduta também deve ser considerada crime pelo seu ordenamento jurídico interno. Sobre este tema, ver Parte II, Capítulo 6.

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

tada por regras de direito internacional<sup>233</sup>. Portanto, a função da jurisdição seria a alocação da competência, a qual requer o estabelecimento de critérios, conforme afirma MANN (1973):

“Se a função da jurisdição é a de alocar a competência legislativa dos Estados, faz-se necessário estabelecer um critério para os casos de conflitos entre os Estados, portanto a delimitação das competências Estatais”<sup>234</sup>.

MANN (1973), ao abordar esses critérios, aproxima-os do direito internacional privado, procurando demonstrar, do ponto de vista prático, como se opera a delimitação da jurisdição internacional do Estado:

“Pode-se notar, tal preocupação bastante presente nos escritos de direito internacional privado, em relação ao qual se poderia questionar: Existe uma conexão especial entre direito internacional privado e jurisdição internacional?”

A resposta seria o fato de que as regras conflituais são produto do direito interno, as quais devem passar no teste da doutrina internacional da jurisdição. Em outras palavras, a função da jurisdição de definir o âmbito internacional, dentro do qual o legislador nacional pode atuar. A regra de conflito implementa e coloca em prática os requisitos estabelecidos pelo direito internacional público<sup>235</sup>.

233 Cf. P.C.I.J. in *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* (1921), Series B, n. 4, p. 23-4. In: MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction*, cit., p. 10.

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

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

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

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

A quem o Estado pode estender suas leis? A quem o Estado pode ou não obrigar? Quais são os limites do direito do Estado de impor categorias jurídicas a pessoas ou eventos? Estas são questões relativas ao âmbito ou escopo das leis do Estado, ou seja, aos limites de sua jurisdição *prescritiva*<sup>237</sup>. Sem a alocação de competências, tudo é *rancour* e *chaos*<sup>238</sup>.

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

“A jurisdição para prescrever ou jurisdição prescritiva – algumas vezes denominada jurisdição “legislativa” –, no contexto penal, refere-se ao *poder de um Estado de acordo com o Direito Internacional de afirmar a aplicabilidade de seu direito penal a uma dada conduta*, seja através da legislação primária ou

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

237 LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*. In: EVANS, Malcolm (coord.). *International Law*, cit., p. 333.

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

subordinada, decreto executivo (*executive decree*) ou, em certas circunstâncias, decisão judicial” (grifo nosso)<sup>239</sup>.

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

### 3.2.2 A jurisdição adjudicativa

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

O Professor Irineu STRENGER (2000) esclarece:

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

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

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



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

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

Vale mencionar a existência de jurisprudência nacional brasileira nesse sentido:

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

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

“Após ter examinado a sua competência para julgar, o juiz determinará o direito aplicável quando a causa *sub iudice* tiver conexão internacional”.

E complementa:

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

241 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 277.

242 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 177-178. In: RECHSTEINER, Beat Walter. *Algumas*

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

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

“Artigo 340. Para conhecer dos delitos e faltas e julgá-los são competentes os juízes e tribunais do Estado contratante em que tenham sido cometidos.

Artigo 341. A competência estende-se a todos os demais delitos e faltas a que se tenha de se aplicar a lei penal do Estado, conforme as disposições deste Código”<sup>244</sup>.

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

### 3.2.3 A jurisdição executiva

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

questões jurídicas relacionadas à sucessão testamentária com conexão internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 37, p. 28-29. Em relação à aplicação do direito estrangeiro de ofício, o autor esclarece em obra mais recente, RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado*, cit., p. 213: “O direito brasileiro regula, expressamente, como o juiz deve aplicar o direito estrangeiro. A sua interpretação, contudo, é controvertida na doutrina. Embora o teor da lei não seja muito claro, Haroldo Valladão, chega à conclusão de que a lei estrangeira deve ser conhecida por todos, e o juiz deve aplicá-la, em princípio, de ofício. Jacob Dolinger também é inclinado à mesma tese” (*citações omitidas*).

243 AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*. 46 *British Yearbook of International Law* (1972-1973), p. 145-259.

244 Convenção de Direito Internacional Privado (Código Bustamante). Adotada em Havana, na Sexta Conferência Internacional Americana, em 20.02.1928. Aprovada no Brasil pelo Decreto n. 5.647, de 08.01.1929, e promulgada pelo Decreto n. 18.871, de 13.08.1929, reproduzida em *Coletânea de Direito Internacional*, cit., p. 851.

1. Nenhum Estado pode exercer a jurisdição *executiva* fora de seu território na ausência de jurisdição *legislativa*, ou seja, sem previsão legal interna. Como exemplo, cita a possibilidade de um policial britânico ser enviado à Holanda para verificar se o *whisky* está sendo vendido lá por preço inferior ao mínimo estabelecido pela lei britânica. Se a Grã-Bretanha não está autorizada a regular o preço do *whisky* na Holanda, o envio de um oficial, bem como a atividade deste na Holanda, serão ilegais, independentemente do fato de ser legal conforme a lei holandesa e o direito internacional.

2. A existência da jurisdição *legislativa* é insuficiente para justificar que o Estado exerça jurisdição *executiva* no território de outro Estado. Portanto, como exemplifica, se a Grã-Bretanha estivesse autorizada a determinar o preço do *whisky* na Holanda, isso não significaria que seria legal o envio de investigadores à Holanda.

3. O fato de que o Estado pode tornar eficaz a legislação vigente em seu território, possuindo portanto jurisdição *executiva*, não significa que possa necessariamente jurisdição *prescritiva*, e não torna essa tutela válida no direito internacional.

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

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

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

“A Jurisdição para executar ou jurisdição executiva refere-se ao poder de um Estado de acordo com o direito internacional de efetivamente aplicar seu direito penal, por meio do poder de polícia, outros meios executivos e seus tribunais”<sup>245</sup>.

245 O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 736: “Jurisdiction to enforce or enforcement jurisdiction... refers to a state's authority under international law

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

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

### 3.3 Coordenação do exercício das jurisdições penais estatais

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

A necessidade de empregar as cortes domésticas para reprimir esse tipo de criminalidade é reconhecida pela prática dos tribunais nacionais como parte do chamado “direito penal internacional”, por meio do qual o Estado exerce jurisdição *prescritiva* em relação à condutas que possuem elementos “estrangeiros”, penalizando-as e executando suas decisões.

---

actually to apply its criminal law, through police and other executive action, and through the courts”.

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

Com o objetivo de passarmos para o plano do “direito internacional penal”<sup>247</sup>, faz-se necessária a análise dos ilícitos, assim qualificados de maneira direta ou indireta pelas normas internacionais, as quais obriguem os Estados a exercer a jurisdição extraterritorial penal a eles conferida pelo direito internacional.

O direito internacional caminha no sentido da maior criminalização, que pode ser notada tanto na atuação dos tribunais internacionais quanto na dos tribunais nacionais<sup>248</sup>. A tutela jurídica do direito humanitário internacional não pode depender dos tribunais internacionais e dos tribunais *ad hoc* apenas, pois de acordo com os mecanismos empregados para a repressão à criminalidade internacional, os tribunais estatais exercem, ao lado dos internacionais, uma função complementar.

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

1. o poder soberano do Estado, por meio do qual este define a criminalização das condutas;
2. a criminalização das condutas realizadas pelo direito internacional, como anteriormente abordado na noção de crimes internacionais (2.8).

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

Existem aproximadamente duzentos Estados no planeta, competindo ao direito internacional determinar quais deles têm jurisdição e em que medida. Nesse sentido, quatro objetivos fundamentais devem-se ter em mente:

247 Sobre o conceito de Direito Internacional Penal, ver Parte I, Capítulo 1, deste trabalho.

248 MERON, Theodor. *Is International Law Moving towards Criminalization?*. European Journal of International Law 9 (1998), p. 18-31, p. 30.

1. estabelecer os limites da jurisdição que protegem a independência e a soberania igualitária dos Estados, balanceando os interesses destes no exercício da jurisdição;

2. reconhecer a interdependência dos Estados, garantindo a realização de seus objetivos comuns;

3. harmonizar os direitos de dois ou mais Estados na hipótese de jurisdição concorrente;

4. proteger os indivíduos do exercício irracional da jurisdição por parte do Estado ou por dois ou mais Estados, buscando impor obrigações conflitivas ou sobrepostas em relação à mesma pessoa<sup>249</sup>.

### 3.3.1 Elementos de conexão na legislação penal estatal

O emprego da denominação *elementos de conexão* é realizado com base em categoria extremamente conhecida no direito internacional privado, como meio instrumental capaz de apontar a ordem jurídica prevalecente na solução de pendências interespaiais<sup>250</sup>.

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

Segundo o Professor Jacob DOLINGER (2001), “As regras de conexão são as normas estatuídas pelo Direito Internacional Privado, que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal”<sup>251</sup>.

O Professor Irineu STRENGER (2000) complementa:

“O elemento de conexão tem função indicativa, isto é, vai mostrar que direito intervém com função subordinante apontado pela expressão variável e que é utilizável de acordo com as circunstâncias que fixam o elemen-

249 Encyclopedia of Public International Law, v. 3 J.P. 1997. ELSEVIER, p. 55.

250 STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, cit., p. 350.

251 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, cit., p. 289.

to vinculativo, podendo ser a nacionalidade, a residência, o domicílio, o lugar da situação dos imóveis, da perpetração do delito, o domicílio de escolha (Inglaterra), etc.”<sup>252</sup>.

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

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

1. *Base jurisdicional* – o exercício da jurisdição *prescritiva* (Poder Legislativo) é derivado de um vínculo direto entre o Estado e a conduta:

- A. Princípio territorial.
- B. Princípio da nacionalidade.
- C. Princípio da proteção.
- D. Princípio da personalidade passiva.

2. *Incriminação internacional* – o exercício da jurisdição *prescritiva* (Poder Legislativo) é derivada de um vínculo indireto entre o Estado e a conduta, pois a ação do Estado é fruto de um consenso internacional (expresso ou tácito):

- A. Crimes internacionais.
- B. Princípio da universalidade.

### 3.3.2 *Elementos de conexão: abordagem jurisdicional permissiva e proibitiva*<sup>253</sup>

Passamos a discutir uma questão que passou a ser de grande importância a partir do famoso caso *Lotus*, julgado pela Corte Permanente de

252 STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, cit., p. 353.

253 Título emprestado de CAPPs, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*, cit., p. XX.

Justiça (1927)<sup>254</sup>: saber se cabe ao Estado o ônus da prova de sua autorização, de acordo com o direito internacional, para o exercício da jurisdição extraterritorial. Não está claro se um Estado pode exercer a jurisdição apenas onde existe um *elemento de conexão* para tal exercício previamente autorizado pelo direito internacional, ou como o entendimento do caso *Lotus*, segundo o qual todo exercício é permitido, dada a ausência de qualquer proibição.

O caso *Lotus* originou-se da colisão, em alto-mar, entre um navio a vapor francês e um navio turco de transporte de carvão, naufragando o último e causando a morte de toda a tripulação. O navio francês, ao chegar ao porto, na Turquia, teve seus oficiais julgados pelas autoridades deste país, com a condenação por homicídio culposo. A Corte Permanente de Justiça foi chamada para decidir se a Turquia teria desrespeitado o direito internacional ao instaurar um processo judicial contra os oficiais franceses.

O caso *Lotus* introduz uma teoria da jurisdição baseada no que BRIERLY (1928)<sup>255</sup> define como “proposição metafísica altamente contenciosa da extrema escola positivista para a qual a lei emana do livre arbítrio dos Estados soberanos independentes” denominado sistema permissivo de alocação de poderes jurisdicionais<sup>256</sup>.

Nesse sentido, conforme o julgamento no caso *Lotus*:

“O direito internacional regula as relações entre Estados independentes. As regras jurídicas que obrigam os Estados, portanto, emanam de seu *livre-arbítrio*, conforme expresso nas convenções ou pelas práticas em geral aceitas como expressão dos princípios de direito e estabelecidas com o objetivo de regular as relações entre comunidades independentes coexistentes ou

254 *France vs. Turkey (The Case of the S.S. Lotus)* judgment n. 9 (1927), PCIJ, Series A, n. 10, a seguir denominado Caso *Lotus*, reproduzido em FOURTH Annual Report of the Permanent Court of Justice. Series E – n. 4 (June 15th, 1927 – June 15th, 1928) A. W. Sijthoff’s Publishing Company, Leyden.

255 BRIERLY, James L. *The Lotus Case*. 1928, 44, LQR 154 at 155. In: CAPPs, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*, cit., p. XX. Ver também BRIERLY, James L. *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*. Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1958, 9. The ‘Lotus’ Case, p. 142-151.

256 O emprego dessa terminologia segue o entendimento em CAPPs, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*, cit., p. XX: “... will be referred to here as a permissive system of allocation of jurisdictional powers”.

com o objetivo de atingir propósitos comuns... Nesse sentido a jurisdição é certamente territorial; ela não pode ser exercida pelo Estado fora de seu território, salvo a existência de uma regra permissiva derivada do costume internacional ou convenção.

Isto não significa, entretanto, que o direito internacional proíbe um Estado de exercer a jurisdição no seu território para os casos relacionados a condutas realizadas no exterior, para os quais não se pode contar com uma regra permissiva do direito internacional. Tal entendimento apenas seria aplicável se o direito internacional possuísse uma proibição geral aos Estados de estenderem a aplicação de suas leis e a jurisdição de suas cortes a pessoas, propriedades e atos praticados fora do seu território, e se, como uma exceção a esta proibição geral, permitisse aos Estados o fazerem em determinados casos específicos. Mas este não é certamente o caso do direito internacional no presente.

[...] (o qual) deixa a eles (os Estados) uma grande margem de discricção, a qual apenas é limitada em certos casos por regras proibitivas; com relação a outros casos, todos os *Estados permanecem livres para adotar os princípios os quais consideram os melhores e mais apropriados* (grifo nosso)<sup>257</sup>.

257 *France v Turkey (The Case of the S.S. Lotus)* judgment n 9 (1927), PCIJ, Series A, n. 10, a seguir denominado *Caso Lotus*, reproduzido em Fourth Annual Report of the Permanent Court of Justice. Series E – n. 4 (June 15th, 1927 – June 15th, 1928). A. W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden: "International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relation between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common ends... In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely upon some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. ... it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable".

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

Essa sistemática permite maior questionamento, haja vista a possível abordagem no sentido proibitivo, para o qual os Estados *estão proibidos de estabelecer a jurisdição, salvo estarem autorizados a fazê-lo*<sup>258</sup>, como no caso *Cutting*, de 1887<sup>259</sup>. Augustus K. *Cutting*, norte-americano, foi detido e preso por um tribunal mexicano sob a alegação de haver cometido difamação contra cidadãos mexicanos, embora o ato de difamação tenha sido praticado no Texas. O Secretário de Estado do governo norte-americano, T. F. Bayard, questionou o direito do México de estabelecer sua jurisdição em relação ao caso e demandou que *Cutting* fosse liberado, alegando que:

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

O México justificou sua "afirmativa de jurisdição"<sup>261</sup> com base em dois fundamentos:

258 CAPPs, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*, cit., p. XX.

259 Foreign Relations of the United States (1887-1888) 751-869 e (1888-1889) 1133-1134. In: CAPPs, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*, cit., p. XXII.

260 "... the judicial tribunals of Mexico were not competent under the rules of international law to try a citizen of the United States for an offense committed and consummated in his own country, merely because that person offended happened to be a Mexican". In: CAPPs, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*, cit., p. XXII.

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

1. que a assertiva estava de acordo com as regras do direito internacional e o “direito positivo de vários países”;

2. que caberia aos tribunais mexicanos definir o âmbito de aplicação da legislação mexicana.

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

As circunstâncias nas quais os Estados podem invocar a jurisdição estão contidas no *The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, publicado em 1935<sup>263</sup>. Essa abordagem requer que o Estado justifique a invocação de jurisdição por meio de um vínculo reconhecido pelo direito internacional, conforme MANN (1973):

“(1) O problema, propriamente definido, envolve a busca do Estado ou dos Estados cujo contato com os fatos é tal que justifica a alocação da competência legislativa como justa e razoável.

Dessa forma, não é o caráter e o objetivo inerente da legislação nacional ou atribuída a esta pelos seus autores, mas o relevante contato legal entre esta legislação e o dado conjunto de fatos internacionais que decidem quanto à existência da jurisdição”<sup>264</sup>.

262 *Cutting Case*, 754. In: CAPPS, Patrick; EVANS, Malcolm; KONSTADINIDIS, Stratos. *Asserting Jurisdiction*, cit., p. XX.

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

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

MANN (1973) complementa a idéia:

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

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

Conforme esclarece BROWNLIE (1998),

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

BROWNLIE (1998) acrescenta:

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

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

267 AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*, cit., p. 167.

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

“Além disso, o princípio da universalidade pode ainda demandar um regime separado, como qualificações da competência provenientes dos princípios gerais do direito, incluindo a regra do *ne bis in idem*”<sup>269</sup>.

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

### 3.3.3 Bases jurisdicionais

Denominamos *base jurisdicional* o princípio segundo o qual haveria um vínculo direto entre o Estado e a conduta incriminada, a saber: princípio territorial, princípio da nacionalidade, princípio da proteção e princípio da personalidade passiva.

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

### 3.3.4 Princípio territorial

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

“Artigo 3 – Jurisdição Territorial – Um Estado tem jurisdição com relação a qualquer crime cometido no todo ou em parte no seu território.

269 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 310: “Moreover, the principle of universality may still require a separate regime, with qualifications on competence arising from general principles of law, including the rule *ne bis in idem*”.

Esta jurisdição se *estende* a:

(a) Qualquer participação fora do seu território em um crime cometido no todo ou em parte no seu território.

(b) Qualquer tentativa fora do seu território de cometer um crime no todo ou em parte no seu território” (grifo nosso)<sup>270</sup>.

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

“[...] entende-se como cometido no território da República todas as infrações nas quais um ato característico de um dos seus elementos constitutivos for realizado na França”<sup>271</sup>.

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

O “território do Estado” envolve, para fins de sua determinação, questões relativas ao domínio terrestre, domínio fluvial, domínio marítimo e aéreo<sup>273</sup>. Pode-se dizer que, em geral, o território do Estado engloba seu mar territorial, estabelecido no limite de doze milhas de sua costa, o espaço aéreo acima do território terrestre e marítimo. Portanto, os Estados podem estender suas leis sobre os navios localizados em seu mar territorial, bem como aviões em seu espaço aéreo, embora na prática isso ocorra apenas em casos

270 Harvard Research in International Law (1935), AJIL, v. 29, Supplement: Research in International Law, 480–508, p. 480: “Article 3. Territorial jurisdiction. A State has jurisdiction with respect to any crime committed in whole or in part within its territory. This jurisdiction extends to (a) Any participation outside its territory in a crime committed in whole or in part within its territory; and (b) Any attempt outside its territory to commit a crime in whole or in part within its territory”.

271 MANN, F.A. *The Doctrine of*, cit., p. 71: “... est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un des ses éléments constitutifs a été accompli en France”.

272 LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*, cit., p. 336.

273 Para uma abordagem detalhada, ver ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*, cit., Quinta Parte – O Território.

extremos, pois os Estados tendem a deixar ao Estado da bandeira a prescrição de normas jurídicas<sup>274</sup>.

O princípio da territorialidade tem sido universalmente aceito pelos Estados, tendo obtido significativo desenvolvimento nos tempos modernos. No entanto, vale a ressalva de que este não constitui o único princípio que governa o exercício da jurisdição *prescritiva* do Estado em questões penais, conforme demonstra a decisão do Caso *Lotus*: “A territorialidade da lei penal... não é um princípio absoluto do direito internacional e de forma alguma deve coincidir com a soberania territorial”<sup>275</sup>. Existem outros fatores e regras que nos permitem estabelecer o vínculo do Estado com o crime e conseqüentemente, sua jurisdição<sup>276</sup>.

### A. Jurisdição territorial subjetiva ou princípio territorial subjetivo<sup>277</sup>

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

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

274 LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*, cit., p. 336.

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

276 MANN, F.A. *The Doctrine of*, cit., p. 74.

277 “Subjective territorial principle” (YOKARIS, A.: 2000) e “Subjective territorial jurisdiction” (LOWE, V.: 2003).

278 Harvard Research in International Law (1935), AJIL, v. 29, Supplement: Research in International Law, p. 480-508, p. 484: “In the first place, national legislation

### B. Jurisdição territorial objetiva ou teoria da competência concorrente<sup>279</sup>

O exercício da *jurisdição prescritiva* pelo Estado em circunstâncias nas quais o incidente foi concluído em seu território, mas iniciado fora, configura o que se denomina na doutrina *jurisdição territorial objetiva* ou *teoria da competência concorrente*<sup>280</sup>, conforme o projeto mencionado:

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

O caso *Lotus* é um exemplo clássico<sup>282</sup>. Originou-se da colisão do navio francês *Lotus* com um navio turco em alto-mar. Este afundou, ocasionando a morte de toda a tripulação. O ato foi realizado dentro da jurisdição territorial turca, literalmente dentro de um navio turco, sendo, portanto, passível de ser processado e julgado por autoridades turcas, segundo as leis desse país. De fato, os oficiais que estavam a bordo naquele momento foram julgados e condenados pelas autoridades turcas por homicídio culposo.

A Corte Permanente de Justiça foi chamada para decidir se a Turquia teria violado o direito internacional ao instaurar processo penal, exercendo jurisdição sobre o caso, e, nessa hipótese, se caberia indenização. A França alegou que a bandeira do navio teria jurisdição apenas sobre os atos pratica-

and jurisprudence have developed the so-called subjective principle which establishes the jurisdiction of the State to prosecute and punish for crime commenced within the State but completed or consummated abroad”.

279 “Théorie de la compétence concurrente” (YOKARIS, A.: 2000) e “Objective territorial jurisdiction” (LOWE, V.: 2003).

280 YOKARIS, A. *Les Critères de Compétence des Jurisdiction Nationales*, cit., p. 900; LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*, cit., p. 336.

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

282 Ver item 3.3.2 desta obra.



dos em alto-mar. A Turquia alegou, em resposta, que os navios em alto-mar fazem parte do território da nação a cuja bandeira pertencem. A corte decidiu que a Turquia não havia violado os princípios do direito internacional ao exercer a jurisdição criminal. A maioria dos seis juízes evitou a questão relativa à compatibilidade entre o artigo do Código Penal turco aplicado aos acusados e o direito internacional. Esse artigo tratava da punição dos atos praticados por estrangeiros contra nacionais da Turquia, tendo como fundamentação o princípio da proteção, o qual será adiante analisado. A base majoritária do entendimento da corte foi o *princípio da jurisdição territorial objetiva*. O princípio era familiar, mas, para aplicá-lo, a corte teve de entender que o navio fazia parte do território da Turquia e nesse sentido a colisão teria ocorrido no território deste Estado. Apesar de o julgamento ser considerado incoerente por renomados internacionalistas, entre eles o professor da Universidade de Oxford Ian BROWNLIE (1998)<sup>283</sup>, em relação à questão específica da jurisdição criminal a corte observa:

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

Interessante notar que o *The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime* traz um caso brasileiro, denominado *The*

283 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 305. MANN, F.A. In these circumstances it would seem tempting to conclude, as Lord Finlay said of the *Cutting* case, that ‘nothing was decided’ in the *Lotus* case (p. 79). Também BRIERLY, J.L. *The Basis of Obligation in International Law*, cit., The ‘Lotus’ Case, p. 142-151.

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

*Tennyson* (1917), *Clunet* (1918), 739, no qual o Brasil se afirmou como detentor da jurisdição sobre a explosão de um navio britânico em alto-mar, em razão de os explosivos terem sido colocados a bordo em águas brasileiras<sup>285</sup>.

### C. A doutrina dos efeitos ou teoria dos efeitos<sup>286</sup>

O exercício da jurisdição territorial subjetiva em geral não apresenta maiores dificuldades. Entretanto, o mesmo não pode ser dito a respeito do exercício da jurisdição territorial objetiva. Existe certa dificuldade quando os elementos constitutivos do crime se dão em territórios pertencentes a Estados distintos, principalmente onde se percebe o claro intuito de determinados Estados de estender sua jurisdição. Tal fato pode ser notado em relação aos Estados Unidos da América, que muito têm estendido esse conceito<sup>287</sup>. No caso *Alcoa, US vs. Aluminium Co. of America*<sup>288</sup>, os Estados Unidos declararam possuir jurisdição sobre a conduta de uma empresa estrangeira, membro de um cartel, cujas atividades teriam afetado as importações e exportações norte-americanas. Essa decisão demonstrou ser suficiente a intenção de produzir efeitos econômicos nos Estados Unidos, sem necessidade de realizar qualquer ato constitutivo nesse território.

A fundamentação para o exercício da jurisdição, nessas circunstâncias, seria a realização de atos no exterior, com a propagação dos efeitos sobre o território do Estado, independentemente de tais efeitos serem considerados elemento constitutivo do crime<sup>289</sup>.

285 Harvard Research in International Law, cit., p. 487.

286 “Théorie des effets (effects doctrine)” (YOKARIS, A.: 2000); “The ‘effects’ doctrine” (LOWE, V.: 2003).

287 LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*, cit., p. 338.

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

289 AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*. 46 British Yearbook of International Law (1972-1973), p. 145-259, p. 153. O autor faz uma análise dos efeitos, dividindo-os em primários e secundários, bastante relevante para a análise desse princípio, haja vista os efeitos primários configurarem elementos constitutivos do crime, os quais deveriam ser alcançados pela doutrina dos efeitos.

### 3.3.5 Princípio da nacionalidade

A doutrina anglo-saxônica o denomina “*Roman Theorie of Jurisdiction*”<sup>290</sup>, pois essa base jurisdicional teria como fundamento o controle de todos os súditos pelo poder feudal, onde quer que se encontrassem.

A nacionalidade como marca da lealdade é um aspecto da soberania, geralmente reconhecida como base jurisdicional para condutas extraterritoriais<sup>291</sup>. De acordo com essa base, o Estado possui jurisdição sobre os crimes cometidos por seus nacionais no exterior. Alguns Estados requerem prova de que a conduta também seja qualificada como criminosa na *lex loci*, embora não nos pareça que tal restrição seja exigida pelo direito internacional, pois o Estado teria o direito ilimitado de basear sua jurisdição na nacionalidade do acusado<sup>292</sup>.

Em alguns casos a jurisdição se fundamenta em outro vínculo pessoal entre o acusado e o Estado que solicita a jurisdição. Podem-se citar como exemplos a Dinamarca, a Islândia, a Libéria, a Noruega e a Suécia, que se declaram competentes para julgar os crimes cometidos no exterior por seus residentes permanentes<sup>293</sup>.

Na prática os Estados raramente exercem a jurisdição *prescritiva* em relação a seus nacionais, tendendo a fazê-lo apenas com a finalidade de proibir “crimes mais graves” que estejam previstos em convenções internacionais específicas, como aplicação da regra *aut dedere aut judicare*<sup>294</sup>.

Dessa forma, sua razão de ser reside principalmente na hipótese de impedimento de extradição de nacionais, presente em várias Constituições, permitindo que o Estado, embora impedido de extraditar, possa incriminar as condutas praticadas por seus nacionais no exterior que sejam consideradas violações às normas internacionais.

290 YOKARIS, A. *Les Critères de Compétence des Juridictions Nationales*, cit., p. 900.

291 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 306.

292 AJIL, 29 (1935), Supplement, p. 489; GEORGE, Michigan Law Review, 64 (1966), p. 623-624. In: AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*, cit., p. 156.

293 AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*, cit., p. 156.

294 A ser abordada na Parte II, Capítulo 6.

### 3.3.6 Princípio da personalidade passiva

De acordo com esse princípio, os indivíduos podem ser punidos pelos atos praticados no exterior contra nacionais do *forum*. Segundo BROWNLIE (1998), é o menos justificável de todos os princípios, e a maioria dos casos a ele sujeitos poderia ser tratada como passível de aplicação dos princípios da proteção ou ainda da universalidade, os quais serão a seguir tratados<sup>295</sup>.

Atualmente alguns autores<sup>296</sup> o consideram um excesso de jurisdição, embora, por outro lado, entenda-se ser essa uma base importante para a repressão penal aos crimes de guerra, como no caso *Eichmann* (1961)<sup>297</sup>.

### 3.3.7 Princípio da proteção

Durante o século XIX países continentais passaram a declarar sua jurisdição em relação aos atos cometidos pelo estrangeiros no exterior, que ameaçassem o Estado<sup>298</sup>.

O princípio da proteção configura-se como a atitude do Estado de incriminar e julgar os atos cometidos no estrangeiro em prejuízo do Estado de nacionalidade do acusado. Ele se justifica pela natureza do ato incriminado, que se configura como ameaça aos interesses superiores do Estado, não havendo, assim, qualquer fundamentação territorial<sup>299</sup>.

Tratando desse princípio, Donnedieu de VABRES (1928), na obra *Les principes modernes du droit pénal international*, esclarece<sup>300</sup>:

295 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, cit., p. 306: “According to this principle aliens may be punished for acts abroad harmful to nationals of the forum. This is the least justifiable, as a general principle, of the various bases of jurisdiction, and in any case certain of its applications fall under the principles of protection and universality”.

296 YOKARIS, Angelos. *Les Critères de Compétence des Juridictions Nationales*, cit., p. 900.

297 A ser analisado na Parte II, Capítulo 5.

298 AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*, cit., p. 158.

299 LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Pénal*, cit., p. 9.

300 VABRES, H. Donnedieu de. *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, cit., p. 86: “Si haut que l’on remonte dans l’histoire du droit pénal international, on

“Conforme se pode notar, dentro da história do direito penal internacional, constata-se uma reação penal do Estado contra as *infrações que ameaçam sua soberania interior e exterior*, mesmo na hipótese de essas infrações serem perpetradas e consumadas fora de seu território, mesmo se cometidas por um estrangeiro” (grifo nosso).

Embora seja clara a impossibilidade de exercício da jurisdição *prescritiva* em relação a atos realizados no exterior por nacional de outro Estado, existem duas exceções a esse entendimento que passamos agora a analisar.

Entende-se que a jurisdição penal é determinada, na realidade, pela conexão mais próxima com o Estado, ou seja, seus interesses íntimos e legítimos. Assim, não se pode esperar que um Estado permaneça indiferente aos estrangeiros que no exterior atuam causando danos a seus interesses vitais<sup>301</sup>.

Dessa forma, o Estado está autorizado a exercer a jurisdição baseada no princípio da proteção, o qual seria, segundo MANN (1973), a primeira exceção, constituindo os crimes internacionais a segunda, como demonstramos a seguir.

### 3.4 Incriminação internacional

Dentro do sistema de repressão nacional, a incriminação internacional pode ter origem consuetudinária ou convencional, neste caso direta (incriminação diretamente instituída por convenção internacional) ou indireta (incriminação instituída por lei interna, com base em obrigação internacional)<sup>302</sup>. Entretanto, em geral, para os países de *civil law*, a origem consuetudinária requer a existência de lei que permita a “entrada” dessa norma jurídica no sistema interno. Trata-se, na realidade, de questão ampla-

---

constate une réaction pénale de l'Etat contre les infractions que menacent sa sûreté intérieure ou extérieure, même si ces infractions ont été perpétrées et consommées en dehors de son territoire, même si elles ont pour auteur un étranger”.

301 MANN, F.A. *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, cit., p. 80.

302 YOKARIS, Angelos. *Les Critères de Compétence des Juridictions Nationales*. Chapter 73. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (coord.). *Droit International Pénal*, cit., p. 897-904.

mente debatida no direito internacional, relativa ao monismo e ao dualismo<sup>303</sup>.

Na prática, encontra-se também a incriminação derivada de ato institucional de organização internacional, como os tribunais penais internacionais, podendo ainda ocorrer por meio do costume internacional, caso da pirataria.

Para a hipótese de incriminação convencional direta, os elementos constitutivos são definidos na convenção, portanto não cabe ao Estado tomar medidas legislativas sob o aspecto material, bastando estabelecer apenas as regras processuais aplicáveis, especialmente quanto à competência de seus órgãos internos. Segundo Angelos YOKARIS (2000)<sup>304</sup>, trata-se de uma obrigação de resultado: os Estados concordam em punir e se comprometem a editar as regras internas necessárias para essa modalidade de repressão.

No caso da incriminação indireta estabelecida, portanto, pelo direito interno, tem-se como fundamentação uma obrigação internacional. Como exemplo, pode-se citar o artigo 4º da Convenção das Nações Unidas contra

---

303 Trata-se de responder à seguinte pergunta: havendo conflito entre a norma internacional e a norma interna, qual destas deverá prevalecer? “Teoria da incorporação” – para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua “transformação” em direito interno, incorporando-a a seu sistema jurídico. Isso é uma consequência da completa independência entre as duas ordens jurídicas. O *dualismo* foi seguido por grande número de autores italianos. O DI não atinge diretamente a ordem jurídica interna, tanto assim que a revogação de uma norma interna contrária ao DI só pode ser feita por um procedimento do direito interno. *Monismo* – teoria que não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. Sustenta a existência de uma única ordem jurídica. Possui duas posições: uma que defende a primazia do direito interno e outra, que defende a primazia do DI. *Monismo com primazia no direito interno* tem as suas raízes na hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. O DI é reduzido a um “direito estatal externo”. O DI é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Sobre o tema, ver MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, cit., v. 1 e 2.

304 “En fait, il s’agit d’une obligation de résultat: les États conviennent de punir et s’engagent à édicter les règles internes nécessaires pour les modalités de répression”. YOKARIS, Angelos. *Les Critères*, cit., p. 897.

a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984<sup>305</sup>:

“Artigo 4º Cada Estado-Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

2. Cada Estado-parte punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade”<sup>306</sup>.

Seguindo a mesma racionalidade<sup>307</sup>, esta teria como base uma obrigação de meio: os Estados se comprometem a propor a seu Legislativo as medidas necessárias à execução da obrigação de incriminar e de julgar impostas pela convenção ou por ato institucional de organização internacional.

### 3.4.1 Princípio da universalidade

Um número considerável de Estados adotou, em geral com limitações, um princípio que permite o exercício da jurisdição em relação a atos de não nacionais, nos quais as circunstâncias, incluindo a natureza do crime, justificam sua repressão como questão de política pública internacional.

Segundo LOWE (2003), este princípio se aplica aos crimes em cuja repressão, devido a sua gravidade, todos os Estados possuem legítimo interesse<sup>308</sup>. Essa seria, em sua opinião, sua justificativa tradicional.

Empregando esse *elemento de conexão*, os tribunais nacionais têm processado e julgado as violações às Convenções de Genebra, incluindo o artigo

305 Adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979, e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984. Promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13.09.2002, que revogou o Decreto n. 86.460, de 20.03.1984.

306 Reproduzida em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.) *Coletânea de Direito Internacional*, cit., p. 512-522.

307 YOKARIS, Angelos. *Les Critères*, cit., p. 897: “...it s’agit d’une obligation de moyen: l’État s’engage à proposer à sa législation les mesures nécessaires à l’exécution des obligations d’incriminer et de poursuivre imposées par la Convention ou par un acte institutionnel d’une organisation internationale”.

308 LOWE, Vaughan. *Jurisdiction*, cit., p. 343.

3º e o Protocolo II, como demonstrado pela legislação belga de 16 de junho de 1993, denominada *Crimes de Droit International*<sup>309</sup>.

Alguns autores sugerem que, na hipótese de existir tratado multilateral para repressão de determinada conduta de preocupação internacional, falar-se-ia em *jurisdição universal*. Assim, o artigo 14 do Tratado de Montevideu II – Direito Penal Internacional<sup>310</sup> confere ao Estado de captura a jurisdição para os casos de tráfico de drogas, escravidão branca e destruição de (ou dano a) cabos submarinos. Entretanto, no entendimento de AKEHURST (1972-1973), as convenções internacionais que estabelecem repressão a essas condutas via de regra não permitem a jurisdição universal<sup>311</sup>. Esse autor cita como exemplo a ausência de previsão do princípio da jurisdição universal para o genocídio e os danos aos cabos submarinos<sup>312</sup>.

Devemos ressaltar que esse entendimento é passível de divergência, especialmente quanto ao caráter permissivo ou obrigacional do exercício da jurisdição universal, que, embora não expressamente previsto nas convenções mencionadas, não estaria proibido, conforme a abordagem jurisdicional permissiva (3.3.2). Após a análise do princípio da jurisdição universal, a ser realizada no capítulo seguinte, trataremos especificamente da atuação dos Estados tendo como fundamentação esse aspecto das convenções multilaterais e o caráter *aut dedere aut judicare* por elas adotado.

309 MERON, Theodor. *Is International Law Moving towards Criminalization?*, cit., p. 30: “Loi de 16 Juin 1993 relative à la repression des infractions graves aux conventions internationales de Geneve Du 12 aout 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionels à ces conventions, Moniter Belge, 5 August 1993”. Em relação à legislação e jurisprudência da Bélgica, ver Parte II, Capítulo 5.

310 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, cit., p. 73-74: “Em 1889 realizou-se em Montevideu um Congresso que reuniu vários países sul-americanos no qual foram aprovados oito Tratados, a saber: I – Direito Civil Internacional, II – Direito Penal Internacional, III – Direito Comercial Internacional, IV – Direito Processual Internacional, V – Propriedade Literária e Artística, VI – Marcas de Comércio e de Fábrica, VII – Patentes e Invenções, VIII – Convenção sobre o Exercício das Profissões Liberais. Estes Tratados foram ratificados pelo Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai... Nenhum dos Tratados foi aprovado pelo Brasil”.

311 American Journal of International Law, 29 (1935), p. 476 e s.; *Restatement, Second, Foreign Relations Law of the U.S.* (1965), p. 97. In: AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*, cit., p. 161.

312 AKEHURST, Michael. *Jurisdiction in International Law*, cit., p. 161.

### 3.4.2 Crimes internacionais

Este termo tende a ser empregado com certa frequência, mas se deve esclarecer se está sendo utilizado genericamente, em relação aos crimes comuns (por oposição aos internacionais) com ramificações internacionais, opondo-se aos crimes de impacto meramente local, ou alternativamente, se deve ser aplicado aos delitos criados pelo direito internacional.

Para fins deste trabalho, optaremos pela segunda abordagem, conforme demonstrado na Parte II, Capítulo 2, na qual definimos esses crimes demonstrando sua evolução histórica no contexto dos processos de elaboração do direito internacional penal.

Em geral são considerados uma aplicação do princípio da universalidade, mas tal entendimento não é totalmente correto, como esclarece BROWNLIE (1998). A norma violada é a do direito internacional, que considera o ato crime, não uma norma do direito nacional fundada na liberdade conferida pelo direito internacional aos Estados, hipótese na qual o ato não é considerado crime no direito internacional.

### O princípio da universalidade da jurisdição

#### 4 Jurisdição universal: compreendendo o conceito básico

Partindo da perspectiva da jurisdição penal dos Estados, a jurisdição universal<sup>313</sup>, ou, melhor denominado, *princípio da jurisdição universal*, configura-se como a possibilidade de o Estado exercer a *jurisdição prescritiva* na ausência de qualquer outro vínculo jurisdicional aceitável na época da ocorrência do crime em questão<sup>314</sup>.

Portanto, de acordo com o princípio da universalidade (*universality principle*), um Estado afirma sua competência sem que exista qualquer critério de conexão direto com a infração, inclusive sem ser necessária a presença do autor em seu território<sup>315</sup>.

313 São empregados como sinônimos os termos: princípio da universalidade da jurisdição, princípio da universalidade, jurisdição universal.

314 O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*. *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p. 735-760, p. 745: "It would seem sufficient well agreed that universal jurisdiction amounts to the assertion of jurisdiction to prescribe in the absence of any other accepted jurisdictional nexus at the time of the relevant conduct". Para a definição de Jurisdição Universal ver: AKEHURST (1972-73), p.160-166; BASSIOUNI (2001-2002), p. 96-104; BROWNLIE (2002), p. 307; DONNEDIEU DE VABRES (1928), p. 135-170; HIGGINS (1994), p. 57-65; LA ROSA (1988), p. 10-13; REYDAMS (2003), p. 29-41.

315 HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit el obligation pour les États de Poursuivre et Juger Selon le Principe de l'Universalité*. Helbing& Lichtenhahn. Faculté de Droit de Genève Bruylant, 2000, p. 29. Entretanto, para tal hipótese deve ser admitido o exercício da jurisdição universal *in absentia*, a qual não é pacífica na doutrina e na jurisprudência, tendo a própria CIJ se pronunciado sobre o tema no Caso *Bélgica vs. Congo (Arrest Warrant of 11 April 2000 – Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*. Esse tema não será aprofundado por estar além dos objetivos deste trabalho, mas essa seria uma das hipóteses na qual, indubitavelmente, tratar-se-ia de jurisdição universal (como alguns autores preferem determinar), dada a total ausência de outro nexos jurisdicional, nem ao menos a presença do suposto autor no território.

Roger O'KEEFE (2004) ressalta ainda que o termo “jurisdição universal” é a abreviação de “jurisdição universal para prescrever (legislar)” ou “jurisdição universal *prescritiva*”, sendo o ponto de referência para a aplicação desta a determinado caso o “momento em que a conduta putativa foi cometida”<sup>316</sup>.

Aplicando-a à sistemática constitucional brasileira, acreditamos ser relevante a constatação de que o autor, ao referir-se à “jurisdição universal *prescritiva*”, trata na realidade do exercício do poder legislativo. Portanto, o legislador, ao optar por esse “elemento de conexão”, definido de forma excludente, ou seja, pela impossibilidade de aplicação das bases jurisdicionais, como anteriormente abordado (Capítulo 3), estaria exercendo a “jurisdição universal *prescritiva*”.

Alguns autores distinguem esse princípio, aplicável a determinados crimes, do princípio da universalidade condicionada (*principe de l'universalité conditionnelle*), o qual requer a satisfação de certas condições, dentre elas a presença do suposto autor no território do Estado (*judex loci deprehensionis*), para que a jurisdição possa ser exercida, como resposta à não-extradição deste a outro país. Nessa hipótese, fala-se também, frequentemente, em competência subsidiária (*subsidaire; subsidiary universality principle*). Alguns falam, ainda, em competência quase universal (*quasi universelle*) ou alternativa (*alternative*), haja vista o Estado que detém o acusado poder escolher entre julgar – por meio do devido processo legal – ou extraditar (*aut dedere aut judicare* ou *aut dedere aut prosequi*)<sup>317</sup>.

Segundo esse raciocínio, deve-se distinguir o princípio da universalidade absoluta (*principe de l'université absolue*), aplicável a todos os Estados do princípio da universalidade condicionada<sup>318</sup> (*principe de la compétence relative*,

316 O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 745: “[T]he term ‘universal jurisdiction’ is shorthand for ‘universal jurisdiction to prescribe’ or ‘universal prescriptive jurisdiction’ and that the point by reference to which one characterizes the head of prescriptive jurisdiction relied on in a given case is the moment of commission of the putative offence”.

317 HENZELIN, Marc. *Le Principe de L'Universalité en Droit Pénal International, Droit el Obligation pour les États de Poursuivre et Juger selon le Principe de l'Universalité*, cit., p. 29.

318 Também são aplicados os termos: competência subsidiária (*subsidaire; subsidiary universality principle*); competência quase universal (*quasi universelle*) ou alternativa (*alternative*). Lembramos do emprego do termo “jurisdição” no lugar de “competência”.

*délégue*), aplicável entre Estados-Partes de um acordo internacional ou de um tratado<sup>319</sup>.

Entretanto, para fins deste trabalho sugerimos tratar-se na realidade do direito de todos os Estados de reprimir tais condutas e a existência de um padrão mínimo estabelecido pelos Estados, baseado no exercício desse direito, o qual origina uma obrigação constante em acordo internacional do tipo “aut dedere aut judicare”.

#### 4.1 A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

Trataremos especificamente do caso *Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000 – República Democrática do Congo vs. Bélgica (Arrest Warrant of 11 April 2000 – Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, denominado *Caso Congo vs. Bélgica*<sup>320</sup>, buscando analisar a aplicação do conceito de jurisdição universal pela Corte Internacional de Justiça<sup>321</sup>.

Em 17 de outubro de 2000, a República Democrática do Congo, doravante denominada “Congo”, propôs uma demanda contra o Reino Unido da Bélgica, doravante denominado “Bélgica”, tendo por base a disputa sobre um “mandado de prisão internacional de 11 de abril de 2000 decretado por um juiz de investigação belga... contra o Ministro das Relações Exteriores do Congo, Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi”<sup>322</sup>.

319 Um caso raro de aplicação do princípio da universalidade é o da justiça belga, que expediu mandado de prisão internacional (*mandats d'arrêts internacional*) em relação a diversos países (como Ruanda, Gana, Togo) com base na *Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions de 1993*, ver Capítulo 5.

320 *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)*, International Court of Justice, 14 de fevereiro de 2002, disponível em: <[http://www.icjci.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe\\_ijudgment\\_20020214.PDF](http://www.icjci.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PDF)> (acesso em 1 de agosto de 2005).

321 A análise se inspira no trabalho de O'KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*. *Journal of International criminal justice* 2 (2004), p. 735-760. Ao abordar a questão com extremo rigor teórico, propicia os elementos necessários à uma análise crítica da atual aplicação do conceito.

322 “Judgment § 1<sup>o</sup>: On 17 October 2000 the Democratic Republic of the Congo (hereinafter referred to as ‘the Congo’) filed in the Registry of the Court an Applica-

O Congo alegou que a Bélgica teria violado o “princípio de que um Estado não pode exercer sua autoridade no território de outro Estado”, o “princípio da igualdade soberana entre todas os membros das Nações Unidas”, bem como “a imunidade diplomática do Ministro das Relações Exteriores de um Estado soberano, reconhecida pela jurisprudência da Corte e atendendo o artigo 41, § 2º, da Convenção de Viena de 18 de abril de 1961 sobre Relações Diplomáticas”<sup>323</sup>.

#### 4.1.1 O voto dissidente do Juiz ad hoc Van den Wyngaert

Para o Juiz *ad hoc* Van den Wyngaert não haveria uma definição reconhecida para a jurisdição universal. Na realidade, segundo o nobre magistrado, os países aplicariam as bases jurisdicionais conhecidas, afastando, assim, a noção de incriminação internacional como possível elemento de conexão para a aplicação extraterritorial da legislação penal estatal. Transcrevemos a seguir seu entendimento:

“Não existe uma definição reconhecida de jurisdição universal no direito internacional convencional ou consuetudinário. Os Estados que incorporaram o princípio em suas legislações domésticas o fizeram de diversas maneiras. Embora existam muitos Estados exercitando a jurisdição extraterritorial sobre os crimes internacionais como crimes de guerra e crimes contra a humanidade e tortura, em geral o fazem conforme outras bases jurisdicionais como a nacionalidade da vítima. Um exemplo relevante foi o caso *Eichmann*, o qual na realidade baseou-se na personalidade passiva, não na jurisdição universal. No caso espanhol *Pinochet*, um importante fator de conexão foi a nacionalidade espanhola de algumas vítimas. Da mesma forma, no caso contra o Sr. Yerodia, alguns dos autores são de nacionalidade belga, independentemente do fato de que

---

tion instituting proceedings against the Kingdom of Belgium (hereinafter referred to as ‘Belgium’) in respect of a dispute concerning an ‘international arrest warrant issued on 11 April 2000 by a Belgian investigating judge. ... against the Minister for Foreign Affairs in office of the Democratic Republic of the Congo, Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi’”.

323 Conforme redação do “Summary of the Judgment of 14 February 2002”, §§ 1-12.

não existam, aparentemente, nacionais belgas vítimas da alegada violência que teria resultado dos discursos proferidos pelo Sr. Yerodia compondo sua acusação (§ 15 do julgamento)” (grifo nosso)<sup>324</sup>.

A justificativa para a atuação da Bélgica, conforme essa posição, seria a nacionalidade dos autores da ação (parte final do § 15), entretanto não se configuraria como uma das bases jurisdicionais reconhecidas pelo direito internacional, como se pode concluir da análise realizada anteriormente (Capítulo 3).

Embora para o nobre magistrado não seja cabível a discussão sobre o princípio da jurisdição universal, admite tratar-se da compatibilidade entre a legislação belga e o direito internacional, o que evidencia a limitação imposta pelo direito internacional ao exercício da jurisdição penal extraterritorial, como afirma:

“Muito tem sido escrito na doutrina jurídica sobre a jurisdição universal. Existem muitos posicionamentos quanto a seu sentido legal e quanto ao seu *status* legal no direito internacional. Este não é o lugar para discuti-los. O que importa para a presente disputa é a maneira pela qual a Bélgica codificou a jurisdição universal segundo sua legislação doméstica e, em relação ao caso Sr. Yerodia, se é compatível com o direito internacional...” (grifo nosso)<sup>325</sup>.

---

324 *Arrest Warrant*, diss. op. Van den Wyngaert § 44: “44. There is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law. States that have incorporated the principle in their domestic legislation have done so in very different ways. Although there are many examples of States exercising extraterritorial jurisdiction for international crimes such as war crimes and crimes against humanity and torture, it may often be on other jurisdictional grounds such as the nationality of the victim. A prominent example was the *Eichmann* case which was in fact based, not on universal jurisdiction but on passive personality. In the Spanish *Pinochet* case, an important connecting factor was the Spanish nationality of some of the victims. Likewise, in the case against Mr. Yerodia, some of the complainants were of Belgian nationality, even if there were, apparently, no Belgian nationals that were victims of the violence that allegedly resulted from the hate speeches of which Mr. Yerodia was suspected (Judgment, par. 15)” (citações omitidas).

325 *Arrest Warrant*, diss. op. Van den Wyngaert § 45: “45. Much has been written in legal doctrine about universal jurisdiction. Many views exist as to its legal meaning and its legal status under international law. This is not the place to discuss them. What matters for the present dispute is the way in which Belgium has codified universal jurisdiction in its domestic legislation and whether it is, as applied in the case of Mr. Yerodia, compatible with international law. (citações omitidas)

#### 4.1.2 *A jurisdição universal in absentia*

Alguns juízes empregaram o termo “jurisdição universal *in absentia*”, dando a impressão de estarem tratando de um tipo especial de exercício da jurisdição universal. O Presidente Guillaume, por exemplo, ao tratar do dispositivo jurisdicional comum a uma série de convenções internacionais penais segundo as quais o Estado-Membro é obrigado a “tomar as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição em relação a um crime, na hipótese de o suposto autor estar presente em seu território e este não o extraditar conforme a Convenção”<sup>326</sup>, afirma:

“[...] nenhum destes textos contempla o estabelecimento da jurisdição sobre os crimes cometidos no exterior por estrangeiros contra estrangeiros na hipótese do suposto autor não estar presente no território do Estado em questão. *Jurisdição Universal “in absentia” não é reconhecida pelo direito internacional convencional*” (grifo nosso)<sup>327</sup>.

Em razão da ausência de previsão no direito internacional convencional, segundo o Presidente Guillaume, “...a Bélgica busca justificar sua posição, baseando-se na prática dos Estados, bem como sua *opinio juris*. Entretanto, a legislação nacional e a jurisprudência citada nos autos não fornecem embasamento para o argumento belga...”, o que o magistrado objetiva demonstrar em sua exposição.

Por fim, conclui:

“Os Estados exercem principalmente sua jurisdição penal em seu território. No direito internacional clássico, eles normalmente teriam jurisdição sobre os crimes cometidos no exterior apenas se o acusado, ou ao menos a vítima, possuísem sua nacionalidade, ou se o crime ameaçasse sua

segurança interna ou externa. Além disso, eles podem exercer a jurisdição em casos de pirataria e nas hipóteses de jurisdição universal subsidiária prevista em diversas convenções se o acusado estiver presente em seu território. Fora essas hipóteses, *o direito internacional não aceita a jurisdição universal; menos ainda a jurisdição universal in absentia*” (grifo nosso)<sup>328</sup>.

O Juiz Ranjeva trata de maneira semelhante a, por ele denominada, “competência universal *in absentia*” ao enfocá-la como categoria específica, aplicável às graves violações do direito humanitário. Além disso, recusa a possibilidade de exercício do que chama “competência penal”, para a hipótese de inexistir uma conexão territorial ou pessoal ativa ou passiva, o que consequentemente implicaria a não-compatibilidade entre a legislação belga e o direito internacional. Abaixo transcrevemos o respectivo trecho da decisão:

“A legislação belga que institui a *competência universal “in absentia”* para as violações graves do direito humanitário consagrou a interpretação extensiva dessa competência. As jurisdições comuns belgas são competentes para julgar os crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio, cometidos pelos não belgas, dentro do território belga, fazendo com que o mandado emitido contra o Sr. Yerodia Ndombasi seja a primeira aplicação desta hipótese extrema. *Não nos parece que as disposições legislativas em direito positivo autorizem o exercício da competência penal, na ausência de um vínculo de conexão territorial ou pessoal ativo ou passivo.* A inovação da lei belga reside na possibilidade de exercício da competência universal na ausência de qualquer vínculo entre a Bélgica e o objecto da infração, a pessoa de autor presumido da infração ou mesmo o território pertinente. Mas após os trágicos acontecimentos ocorridos na Iugoslávia e Ruanda, muitos Estados invocaram a competência universal para iniciar processos contra os presumidos autores de crimes de direito humani-

326 *Arrest Warrant*, sep. op. Guillaume, § 7, citando The Hague Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft of 16 December 1970, article 4, paragraph 2: “Each Contracting State shall... take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the case where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him pursuant to [the Convention]”.

327 *Arrest Warrant*, sep. op. Guillaume, § 9: “... none of these texts has contemplated establishing jurisdiction over offences committed abroad by foreigners against foreigners when the perpetrator is not present in the territory of the State in question. Universal jurisdiction *in absentia* is unknown to international conventional law”.

328 *Arrest Warrant*, sep. op. Guillaume, § 16: “16. States primarily exercise their criminal jurisdiction on their own territory. In classic international law, they normally have jurisdiction in respect of an offence committed abroad only if the offender, or at least the victim, is of their nationality, or if the crime threatens their internal or external security. Additionally, they may exercise jurisdiction in cases of piracy and in the situations of subsidiary universal jurisdiction provided for by various conventions if the offender is present on their territory. But apart from these cases, international law does not accept universal jurisdiction; still less does it accept universal jurisdiction *in absentia*”.



tário; todavia, diferentemente do caso do Sr. Yerodia Ndombasi, as pessoas envolvidas haviam sido objeto de um processo ou de um ato de detenção, ou seja, a existência de um vínculo de conexão territorial prévio” (grifo nosso)<sup>329</sup>.

O Juiz Rezek afirma:

“O ativismo que poderá levar um Estado a buscar em seu território, em razão de uma demanda de extradição ou um mandado de prisão internacional, uma pessoa acusada dos crimes definidos em termos do direito das gentes, mas *sem qualquer circunstância de vinculação*, de modo algum autorizada pelo direito internacional em seu estado atual. Faz-se necessária uma forte dose de presunção para se colocar a questão de se saber se a Bélgica não será “obrigada” a engajar-se na ação penal em espécie. Haja vista não estar autorizado, *a fortiori* [com mais forte razão], é obrigatório”<sup>330</sup>.

329 *Arrest Warrant*, dec. Ranjeva § 5: “5. La législation belge qui institue la compétence universelle *in absentia* pour les violations graves du droit international humanitaire a consacré l’interprétation la plus extensive de cette compétence. Les juridictions ordinaires belges sont compétentes pour juger les crimes de guerre, contre l’humanité et de génocide, commis par des non-Belges, en dehors du territoire belge tandis que le mandat émis à l’encontre de M. Yerodia Ndombasi est la première des applications de cette hypothèse extrême. Il ne semble pas que des dispositions législatives en droit positif autorisent l’exercice de la compétence pénale en l’absence d’un lien de connexité territoriale ou personnelle actif ou passif. L’innovation de la loi belge réside dans la possibilité de l’exercice de la compétence universelle en l’absence de tout lien de la Belgique avec l’objet de l’infraction, la personne de l’auteur présumé de l’infraction ou enfin le territoire pertinent. Mais après les tragiques événements survenus en Yougoslavie et au Rwanda, plusieurs Etats ont invoqué la compétence universelle pour engager des poursuites contre des auteurs présumés de crimes de droit humanitaire; cependant, à la différence du cas de M. Yerodia Ndombasi, les personnes impliquées avaient auparavant fait l’objet d’une procédure ou d’un acte d’arrestation, c’est-à-dire qu’un lien de connexion territoriale existait au préalable”.

330 *Arrest Warrant*, sep. op. Rezek § 6 (*original com ênfase*): “6. L’activisme qui pourrait mener un Etat à rechercher hors de son territoire, par la voie d’une demande d’extradition ou d’un mandat d’arrêt international, une personne qui aurait été accusée de crimes définis en termes de droit des gens, mais *sans aucune circonstance de rattachement au for*, n’est aucunement autorisé par le droit international en son état actuel. C’est avec une forte dose de présomption qu’est posée la question de savoir si la Belgique ne serait pas ‘obligée’ d’engager l’action pénale dans l’espèce. Ce qui n’est à autoriser ne peut pas, à *fortiori*, être obligatoire”.

Como lembra O’KEEFE (2004), a expressão “jurisdição universal *in absentia*”, empregada pelo Presidente Guillaume e pelos Juizes Ranjeva e Rezek, encontra abrigo na doutrina. REYDAMS (2003) utiliza o termo “jurisdição universal *in absentia*”<sup>331</sup> e a trata como forma específica de jurisdição, a qual se configura como forma distinta de jurisdição universal de per si<sup>332</sup>.

Aplicando à terminologia proposta por REYDAMS (2003), o “princípio da universalidade geral cooperativa”, bem como o “princípio da universalidade limitada cooperativa”, teriam como pressuposto a presença do acusado<sup>333</sup>. Entretanto, o “princípio da universalidade limitada unilateral” determina, como será abordado a seguir, que:

“O Princípio da Universalidade Limitada Unilateral não requer qualquer vínculo com o Estado do foro. O único critério adotado é o caráter internacional legal do crime. A jurisdição é verdadeiramente ‘universal’ porque qualquer Estado pode unilateralmente iniciar investigações, mesmo em *absentia*”<sup>334</sup>.

Admitindo-se que a jurisdição universal seja uma manifestação da *jurisdição prescritiva*, baseada no elemento de conexão, princípio da universalidade, o uso do termo “jurisdição universal *in absentia*” não apresenta fundamentação lógica.

Como demonstrado no Capítulo 3, prescrever normas jurídicas em âmbito internacional<sup>335</sup> é essencialmente diferente do poder para execução destas. A legalidade das normas prescritas não significa necessariamente a lega-

331 REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 55, 74, 88-89, 156, 177, 222, 224, 225 e 227. In: O’KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 749.

332 REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, cit., p. 224. In: O’KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 749.

333 REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, cit., p. 29-38. In: O’KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 749.

334 REYDAMS, Luc. Oxford. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 38: “The unilateral limited universality principle no longer requires any link with the forum State. The only criterion is the international legal character of the offence. Jurisdiction is truly ‘universal’ because any State may unilaterally launch an investigation, even *in absentia*”.

335 Ressaltamos não estarmos levando em consideração as implicações sob o ponto de vista do direito interno.

lidade das medidas que asseguram sua eficácia. Assim, trata-se da legalidade ou não do exercício da *jurisdição prescritiva*, ou seja, se esse exercício baseado no elemento de conexão – princípio da universalidade – é legal ou não. Por outro lado, trata-se da legalidade do mandado de prisão *in absentia* e do julgamento *in absentia*, como expressões da *jurisdição executiva*. Em relação ao último aspecto citamos o entendimento dos Juízes Higgins, Kooijmas e Buergenthal:

“Algumas jurisdições autorizam o julgamento *in absentia*; outras não. Se existe o requisito de que uma pessoa esteja dentro do território da jurisdição à época do julgamento, esta pode ser uma *medida de cautela para garantir o direito do julgamento justo mas pouca ligação possui com as bases jurisdicionais reconhecidas pelo direito internacional*” (grifo nosso)<sup>336</sup>.

O’KEEFE (2004), por fim, conclui:

“Em resumo, em relação ao Direito Internacional, se a jurisdição universal é permitida, o seu exercício *in absentia* é logicamente permitido também. Se desejável, desnecessário dizer se tratar de uma questão à parte”.

Quanto a última frase, “se desejável”, parece estar relacionada com a questão dos direitos fundamentais dos acusados, a qual poderia significar uma limitação ao julgamento *in absentia*, realizado em alguns Estados, nos quais a presença do acusado não se configura como garantia. Entretanto, tal abordagem está fora do âmbito do presente estudo<sup>337</sup>.

Caso os juízes concluíssem pela ilegalidade em razão de o sistema jurídico da Bélgica autorizar o mandado de prisão e julgamento de uma pessoa que se encontra fora do território de jurisdição belga, a fundamentação dar-se-ia em torno dessa prática do sistema jurídico do Estado, não tendo como base o exercício da *jurisdição prescritiva* belga, baseada no princípio da universalidade.

336 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 56: “56. Some jurisdictions provide for trial *in absentia*; others do not. If it is said that a person must be within the jurisdiction at the time of the trial itself, that may be a prudent guarantee for the right of fair trial but has little to do with bases of jurisdiction recognized under international law”.

337 Para abordagem da questão das garantias, ver DOTTI, René Ariel. *Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño*. Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste. Année 2003.

#### 4.1.3 *Jurisdição universal*

Os Juízes Higgins, Kooijmas e Buergenthal, embora reconheçam a legalidade do exercício da *jurisdição prescritiva* segundo o princípio da universalidade, como o Juiz *ad hoc* Van den Wyngaert, em seu voto dissidente, afirmam tratar-se da compatibilidade da legislação belga com o direito internacional:

“Como o Sr. Yerodia era um não nacional da Bélgica e os crimes alegados descritos no mandado de prisão ocorreram fora do território sobre o qual a Bélgica tem jurisdição, as vítimas não sendo belgas, o mandado de prisão foi necessariamente baseado na jurisdição universal”<sup>338</sup>.

Entretanto, diferentemente deste magistrado, objetivam analisar o princípio da universalidade como admissível ou não pelo direito internacional, fazendo menção expressa às fontes apresentadas no Capítulo 2:

“Nós nos voltamos para a questão de saber-se se os Estados estão autorizados a exercer a jurisdição sobre pessoas sem qualquer conexão com o Estado do foro (*forum State*) quando o acusado não está presente no território do Estado. O ponto necessário de partida deve ser as fontes do direito internacional identificadas no artigo 38, parágrafo 1 (c), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, bem como as obrigações impostas a todos os membros das Nações Unidas pelas resoluções do Conselho de Segurança ou da Assembléia Geral, conforme o critério enunciado pela Corte no caso relativo à *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (I. C. J. Reports 1996, p. 226, para. 70)*”<sup>339</sup>.

338 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 6: “As Mr. Yerodia was a nonnational of Belgium and the alleged offences described in the arrest warrant occurred outside of the territory over which Belgium has jurisdiction, the victims being non-Belgians, the arrest warrant was necessarily predicated on a universal jurisdiction”.

339 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 19: “We therefore turn to the question whether States are entitled to exercise jurisdiction over persons having no connection with the forum State when the accused is not present in the State’s territory. The necessary point of departure must be the sources of international law identified in Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute of the Court, together with obligations imposed upon all United Nations Members by Security Council resolutions, or by such General Assembly resolutions as meet the criteria enunciated by the Court in the case concerning *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (I.C.J. Reports 1996, p. 226, par. 70)*”

Nesse sentido, os juízes fazem uma análise da legislação dos Estados, como evidência da prática estatal, analisando, entre outras: o *Australian War Crimes Act* (1945), conforme emenda de 1988; o *United Kingdom War Crimes Act* (1991); projeto de lei enviado pelo governo alemão em 16 de janeiro de 2002 ao Parlamento; Código Penal do Canadá (1985); entendem que:

“Com exceção da legislação belga de 10 de fevereiro de 1999, as legislações nacionais tornam certos crimes internacionais, crimes previstos pelo direito interno como cumprimento de uma obrigação constante em um tratado internacional. Caso contrário, não se aplica a jurisdição universal a esses crimes”<sup>340</sup>.

Em seguida, os juízes passam a analisar as convenções internacionais, entre elas: Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) e o artigo comum às quatro Convenções de Genebra<sup>341</sup>, constatando haver a sugestão de um verdadeiro princípio da universalidade.

Finaliza a análise desses dispositivos convencionais afirmando:

“Nenhum vínculo territorial ou de nacionalidade é previsto, o que sugere um verdadeiro princípio da universalidade... Mas uma interpretação diferente é fornecida no comentário em Pictet: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (1952), o qual entende que a obrigação foi considerada como sendo uma obrigação dos Estados partes de buscar o acusado que poderia estar em seu território. Este é um real exemplo de universalidade, se a obrigação de buscar está restrita ao seu território? A obrigação de buscar implica a permissão de processar *in absentia*, se a busca não tem resultado?”<sup>342</sup>

340 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 20: “Save for the Belgian legislation of 10 February 1999, national legislation, whether in fulfillment of international treaty obligations to make certain international crimes offences also in national law, or otherwise, does not suggest a universal jurisdiction over these offences”.

341 Ver Capítulo 6 (6.3.3).

342 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 31: “No territorial or nationality linkage is envisaged, suggesting a true universality principle... But a different interpretation is given in the authoritative Pictet Commentary: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the*

Portanto, a opinião conjunta reflete certa confusão entre prescrição e execução, o que é, por outro lado, resultado da falta de atenção quanto ao momento no qual o nexa jurisdicional prescritivo requerido deve estar presente<sup>343</sup>. Dessa forma, os juízes deslocam o princípio da universalidade para a “obrigação de buscar” o suposto autor, como clara medida de cumprimento dos dispositivos legais previamente existentes no direito interno.

Continuando ainda a análise de outras convenções internacionais penais<sup>344</sup>, notam

“[...] que o termo impreciso ‘princípio da jurisdição universal’ nesse tratado é um princípio *de uma obrigação*, enquanto a questão nesse caso é se a Bélgica tem o direito de emitir e circular um mandado de prisão se assim resolver fazê-lo”<sup>345</sup>.

Os juízes, ao associarem o princípio da jurisdição universal ao conceito de obrigação, fazem com que a noção previamente desenvolvida acerca da jurisdição *prescritiva*, como expressão do Poder Soberano do Estado, adquira um *plus* obrigacional, o que nos parece de difícil embasamento teórico. Manteremos o entendimento de que se trata de um *direito* do Estado aplicar esse princípio para fins de exercício da jurisdição penal extraterritorial. Entretanto, vale ressaltar que, na medida em que o Estado realiza tratados inter-

*Field* (1952), which contends that this obligation was understood as being an obligation upon States parties to search for offenders who may be on their territory. Is it a true example of universality, if the obligation to search is restricted to the own territory? Does the obligation to search imply a permission to prosecute in absentia, if the search had no result?”.

343 O’KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 752: “... the joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal is inconsistent in its use of the term ‘universal jurisdiction’ and seemingly unclear as to what it encompasses. This opacity, again, reflects a certain elision of prescription and enforcement, which is, in turn, a function of the judges’ inattention to the moment at which the requisite prescriptive jurisdictional nexus must be present”.

344 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal §§ 32-41.

345 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 44: “However, we note that the inaccurately termed ‘universal jurisdiction principle’ in these treaties is a principle of *obligation*, while the question in this case is whether Belgium had the right to issue and circulate the arrest warrant if it so chose” (ênfase incluída).

nacionais visando à aplicação desse princípio, tem-se então o surgimento de uma obrigação internacional, como demonstra a máxima *aut dedere aut judicare*, a ser estudada no Capítulo 6.

Vale ainda ressaltar que, após analisar os casos *Pinochet* (Reino Unido), *Nulyarimma* (Austrália), *Polyukhovic* (Austrália), *Cvjetkovic* (Áustria) e *Qaddafi* (França)<sup>346</sup>, finalizando, concluem:

“O fato de que não existe uma prática estabelecida na qual os Estados exercitem a jurisdição universal propriamente dita é inegável. Como pudemos notar, praticamente todas as legislações nacionais prevêm vínculos de alguma forma com o Estado do foro (*forum State*)”<sup>347</sup>.

Dessa forma, esclarecemos o conceito de princípio da jurisdição universal, a ser adotado neste trabalho:

“Jurisdição Universal’... é a abreviação de jurisdição universal prescritiva, e refere-se à asserção de jurisdição para prescrever em circunstâncias nas quais nenhuma outra base de jurisdição prescritiva é aplicável à conduta impugnada *no momento em que ela é cometida*. O termo se aplica tanto se a jurisdição prescritiva é exercida *in personam* ou *in absentia*”<sup>348</sup>.

Indubitavelmente será relevante o questionamento quanto aos meios pelo qual o Estado exerce a jurisdição prescritiva. Como poderemos notar a seguir, as fontes do direito internacional público, a saber, tratados e costumes internacionais, constituirão formas desse exercício.

346 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 20.

347 *Arrest Warrant*, sep. op. Higgins, Kooijmas e Buergenthal § 45: “That there is no established practice in which States exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable. As we have seen, virtually all national legislation envisages links of some sort to the forum State; and no case law exists in which pure universal jurisdiction has formed the basis of jurisdiction”.

348 O’KEEFE, Roger. *Universal Jurisdiction*, cit., p. 755: “‘Universal jurisdiction’, ... is shorthand for universal jurisdiction to prescribe, and refers to the assertion of jurisdiction to prescribe in circumstances where no other lawful head of prescriptive jurisdiction is applicable to the impugned conduct at the time of its commission. The term applies irrespective of whether this prescriptive jurisdiction is exercised *in personam* or *in absentia*” (ênfase incluída).

#### 4.2 Jurisdição universal: critérios de classificação

Visando a uma abordagem mais clara, com base nas diferentes formas de classificação da jurisdição universal encontradas na doutrina, apresentamos a adotada neste trabalho, traçando suas características básicas, para, nos capítulos seguintes, analisarmos sua aplicação pelos tribunais nacionais e internacionais, bem como pelo Tribunal Penal Internacional.

Em relação aos tribunais internacionais adotamos a perspectiva do direito convencional<sup>349</sup>, admitindo o consenso dos Estados-Partes<sup>350</sup> (ou de determinado número de Estados) no sentido de exercício do princípio da universalidade. Dessa forma, afastaremos a necessidade de transpor os conceitos, haja vista tratar-se de um novo pressuposto de implementação dos mecanismos jurisdicionais, a saber: a organização internacional, como sugerem alguns autores<sup>351</sup>.

349 BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Court. Ratification and National Implementing Legislation. Association International de Droit Penal. Explanatory Note on the ICC Statute*. International Review of Penal Law, v. 71, 1er et 2ème trimestres (2000), p. 4: “The ICC is a treaty-based institution which is binding only on its states parties. It is not a supra-national body, but an international body similar to other existing ones”. Ver Capítulo 9. LA ROSA, Anne-Marie. *Dictionnaire de Droit International Pénal*, cit., p. 57: “Instance pénale créée par des Etats agissant collectivement et ayant le pouvoir de juger les présumés auteurs de crimes relevant de sa compétence”.

350 Notar que o consenso dos Estados-Partes está presente na aprovação e ratificação do Estatuto de Roma para a criação do TPI, entretanto o mesmo não pode ser dito em relação aos Tribunais *ad hoc*, criados com base no exercício dos poderes conferidos no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas ao Conselho de Segurança.

351 GALLANT, Kenneth S. *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts*. Villanova Law Review (2003). Villanova University. GALLANT, Kenneth S. *The International Criminal Court in the System of States and International Organizations*. Leiden Journal of International Law, 16 (2003), p. 553-591, p. 1: “The International Criminal Court (ICC), as it begins operations, will be a pioneer in the law of international organizations. It will be the first permanent, worldwide international organization whose principal business will be the exercise of jurisdiction and control over individuals, as much as or more than states”. Ver também SADAT, Leila Nadya. *Redefining Universal Jurisdiction*. New England Law Review, v. 35, p. 241-264 (2000-2001).