



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PILARES PARA UM NOVO DIREITO INTERNACIONAL
FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

Porto Alegre/RS

Março de 2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PILARES PARA UM NOVO DIREITO INTERNACIONAL

FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Lima Marques

Co-Orientador: Professor Doutor Didier Rebut

Porto Alegre/RS

Março de 2018

FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

PILARES PARA UM NOVO DIREITO INTERNACIONAL

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial necessário à obtenção do título de Doutor em Direito.

Profa. Dra. Cláudia Lima Marques – Orientadora – Universidade Federal do
Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Didier Rebut – Co-Orientador – Université Paris II Panthéon-Assas

Profa. Dra. Pauline de Gouville – Université Paris II Panthéon-Assas

Prof. Dr. Sidney Guerra – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Yann Favier – Université Savoie-Mont Blanc

Dedico essa tese à Vera Tonetto.

AGRADECIMENTOS

Por mais solitário que seja o trabalho de escrever uma tese, não a escrevi sozinha. Ela existe graças aos ensinamentos dos grandes Mestres que tive, ao amor da minha família e ao apoio dos amigos. Por isso tenho muito a agradecer.

Meu primeiro agradecimento só poderia ser para o Professor Tupinambá Pinto de Azevedo, saudoso Professor, que me ensinou a pensar como acadêmica e cujos ensinamentos serão em mim sempre de uma riqueza viva e ímpar.

Aqui é também lugar para o agradecimento que não cabe nessas palavras. Ao Juiz da Corte Internacional de Justiça Antônio Augusto Cançado Trindade, para mim o maior modelo de jurista e de ser humano. As horas de conversa na Haia foram os momentos de reflexão mais preciosos que pude ter ao longo desse caminho. Foram também nesses momentos que encontrei em mim as melhores inspirações. Foi o Professor Cançado Trindade quem me ensinou a ver e sentir a beleza e a frieza do direito internacional. Todas as linhas de sua grande obra fazem absoluto sentido para mim. Mais do que isto, elas me fazem continuar acreditando na humanidade. Elas são a esperança da construção de um mundo em que um dia poderemos viver juntos e em paz, respeitando as diferenças uns dos outros e cientes da existência de valores comuns a preservar. Sua generosidade é uma benção e sua amizade é um grande presente. Obrigada Professor.

Obrigada à minha orientadora brasileira, Professora Doutora Cláudia Lima Marques, por ter aceitado dirigir essa tese, pela confiança que sempre me depositou e pelos ensinamentos que sua grande sabedoria me proporcionaram. Ser sua orientanda é para mim uma grande honra, motivo de orgulho e, sobretudo, oportunidade de grande aprendizado.

Ao meu Diretor de tese francês, Professor Doutor Didier Rebut, meu agradecimento por desde o princípio ter confiado no meu trabalho e por ter me acolhido na universidade em Paris. Obrigada pelos preciosos conselhos de leitura, pelas ricas horas de discussão que me dispensou. Essa tese não existiria de outro modo. Merci Monsieur le Professeur.

À Professora Doutora Danielle Annoni, o suporte no momento mais derradeiro da escritura dessa tese. Se chegamos ao fim dos projetos mais difíceis é porque temos anjos em nossas vidas.

Não tenho palavras para agradecer à minha eterna Mestre, Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha. Esse é um dos momentos em que a linguagem se torna insuficiente. Por isso digo apenas: obrigada por existir.

Ao Professor Doutor Leonardo Subtil, obrigada pelas horas que dispensou na leitura da minha tese.

Um agradecimento muito especial à minha família: à Helena por ter estado sempre perto e ao Thiago por compreender minha distância – escrever uma tese importa muitas renúncias. À minha mãe Vera, suporte de toda uma vida. À minha tia Rosa, amor incondicional. Aos meus irmãos Daniel, Arthur e Maria Luísa – a vida não teria a menor graça sem eles.

Meus amigos na França tornaram mais leve a vida de uma *doctorante*. Meu *grand merci* à Mylène Launay, Isabelle Regnaud, Franck Péjoine, Christian Bassoul, Sébastien Distel, Teresa Salgado e Marco Guimarães. À minha amada Adèle Péjoine, afilhada que ganhei em Paris e que tanto alegrou meus dias. Obrigada por todos os momentos.

Um grande agradecimento à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul que me confiou a imprescindível licença para qualificação profissional e sempre foi reconhecedora do meu trabalho.

« Alors, pour la première fois, nous nous apercevons que notre langue manque de mots pour exprimer cette insulte : la démolition d'un homme. En un instant, dans une intuition quasi prophétique, la réalité nous apparaît : nous avons touché le fond. Il est impossible d'aller plus bas : il n'existe pas, il n'est pas possible de concevoir condition humaine plus misérable que la nôtre. Plus rien ne nous appartient : ils nous ont pris nos vêtements, nos chaussures, et même nos cheveux ; si nous parlons, ils ne nous écouteront pas, et même s'ils nous écoutaient, ils ne nous comprendraient pas. Ils nous enlèveront jusqu'à notre nom : et si nous voulons le conserver, nous devons trouver en nous la force nécessaire pour que derrière ce nom, quelque chose de nous, de ce que nous étions, subsiste ».
Primo Levi. Si c'est un homme. Paris, Julliard, 1987, p. 26.

LISTA DE SIGLAS

CIJ	Corte Internacional de Justiça
Corte EDH	Corte Europeia dos Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana dos Direitos Humanos
OEA	Organização dos Estados Americanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ONU	Organização das Nações Unidas
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIY	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPI	Tribunal Penal Internacional

ANEXOS

Anexo 1 Versão francesa do plano

RESUMO

TONETTO, Fernanda Figueira. Pilares para um novo direito internacional. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2018. Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, France, 2018.

Como resultado da Segunda Guerra Mundial, as instituições internacionais criaram um conjunto de direitos relacionados à essência da condição humana que são tão intuitivos quanto difíceis de sistematizar. Dessa emergência tem origem a estreita relação entre o direito internacional e a tutela de um núcleo intangível de valores da comunidade humana em seu conjunto, engendrados à luz das construções filosóficas e jurídicas do conceito de humanidade até o momento em que a mesma passou a ser protegida pelo direito internacional costumeiro e convencional. Essa proteção deu-se, de um lado, pelo direito internacional penal a partir da edificação do conceito de crime contra a humanidade e de genocídio, de modo a possibilitar a identificação do sentido de graves violações e, de outro lado, pelo direito internacional dos direitos humanos, naquilo em que se ocupou da salvaguarda do indivíduo enquanto ser ao mesmo tempo singular e coletivo, assim como dos direitos essenciais à preservação de sua condição humana. O problema maior que se apresenta diz respeito às difíceis interações do direito internacional com o direito nacional, agravado pela herança deixada pelos paradigmas do direito internacional clássico, o que nos leva a buscar responder à pergunta de como se comportam ou devem se comportar os Estados quando o direito internacional tem por objeto resguardar esse núcleo duro de valores humanos. Na presente tese, buscamos demonstrar que a proteção exercida sobretudo sob a base de proibições aporta ao direito internacional uma posição de supremacia que se liga ao seu caráter de *jus cogens*, de modo a impor obrigações tanto aos Estados quanto aos indivíduos.

Palavras-chave: Supremacia do direito internacional – valores intangíveis da humanidade – graves violações – crime contra a humanidade – genocídio.

RESUMÉ

TONETTO, Fernanda Figueira. Des piliers pour un nouveau droit international. 2018. Thèse (Doctorat en Droit) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2018. Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, France, 2018.

Les institutions internationales ont à la suite de la 2^{ème} guerre mondiale créé un corpus de droits reliés à l'essence de la condition humaine qui sont aussi intuitifs que difficiles à systématiser. Cette émergence se trouve à l'origine de la relation étroite entre le droit international et un noyau intangible de valeurs considérées comme universelles, érigé à la lumière de constructions philosophiques et juridiques du concept d'humanité jusqu'au moment où elles sont saisies par le droit international coutumier et conventionnel dans une logique de protection. Cette protection relève, d'un côté, du droit international pénal à partir notamment de l'édification des concepts de crime contre l'humanité et de génocide ayant comme corolaire également la définition du concept de graves violations et, de l'autre côté, du droit international des droits de l'Homme, en ce qu'il s'est occupé de la sauvegarde de l'individu en tant qu'être à la fois singulier et collectif, mais aussi des droits essentiels à la préservation de sa condition humaine. Le problème majeur qui se pose est celui des difficiles interactions entre le droit international et le droit national, combiné à l'héritage des paradigmes du droit international classique, ce qui nous amène à répondre à la question du comportement des États quand le droit international a pour objet la préservation de ce noyau dur des valeurs humaines. Dans la présente thèse, nous cherchons donc à démontrer que la protection tissée notamment sur la base des prohibitions apporte au droit international une position de suprématie liée à son caractère de jus cogens, de manière à imposer des devoirs non seulement aux États mais aussi aux individus.

Mots-clés : Suprématie du droit international – valeurs intangibles de l'humanité – graves violations – crime contre l'humanité – génocide.

ABSTRACT

TONETTO, Fernanda Figueira. Pillars for a new international law. 2018. Thesis (PhD in Law) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2018. Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, France, 2018.

Because of World War II, international institutions have created a set of rights related to the essence of the human condition that are as intuitive as they are difficult to systematize. The close relationship between international law and the protection of intangible values of the human community as a whole has its sources from this emergence. Indeed, these values were identified in the light of philosophical and legal constructions about the concept of humanity until the moment when it became protected by the customary and conventional international law. On the one hand, this protection came from the international criminal law and its enlightenment about the conception of crime against humanity and genocide, in a manner that it enabled the identification of the meaning of serious violations. On the other hand, this protection came likewise from international human rights law, in which it took care to safeguard the individual either as a singular and collective human being, as well as of the fundamental rights to the preservation of its human condition. The hardest problem that is presented here is about the difficult interactions between international law and national law. This problem is aggravated by the heritage left by the classic international law paradigms, which leads us to seek the answer concerning how the States react or how States must react when international law aims to safeguard these core human values. In this thesis, we seek to demonstrate that the protection exercised, especially on the basis of prohibitions, places international law in a position of supremacy linked to its character of *jus cogens*, in order to impose obligations over both States and individuals.

Key words: Supremacy of international law - intangible values of humanity - serious violations - crime against humanity - genocide.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
<u>PRIMEIRA PARTE - A HUMANIDADE ENTRE ABSTRAÇÃO E MORTALIDADE:</u>	
<u>O NASCIMENTO DE UM CONCEITO</u>	28
<i>TÍTULO I - A HUMANIDADE E SEUS VALORES: UMA CONSTRUÇÃO JUSFILOSÓFICA</i>	29
1. AS BASES FILOSÓFICAS DO CONCEITO DE HUMANIDADE E A HERANÇA DO DIREITO DAS GENTES	33
1.1 A humanidade vista sob o prisma da soberania	36
1.2 A humanidade vista sob o prisma da unidade do gênero humano	53
2. AS BASES JURÍDICAS DO CONCEITO DE HUMANIDADE	75
2.1 O edifício principiológico	76
2.2 O O direito internacional	93
<i>TÍTULO II – A HUMANIDADE E SEUS VALORES: UMA CONSTRUÇÃO JURÍDICO-CASUÍSTICA</i>	108
3. O CRIME CONTRA A HUMANIDADE E O GENOCÍDIO: UMA CONSTRUÇÃO NEGATIVA FEITA PELO DIREITO INTERNACIONAL PENAL	112
3.1 A construção normativa	113
3.2 A construção jurisprudencial	150
4. O CRIME CONTRA A HUMANIDADE E O GENOCÍDIO: UMA CONSTRUÇÃO POSITIVA FEITA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	176
4.1 A construção normativa	177
4.2 A construção jurisprudencial	189
<u>SEGUNDA PARTE – HUMANIDADE ENTRE DESTRUIÇÃO E PROTEÇÃO: DO MITO À REALIDADE</u>	203
<i>TÍTULO I – A HUMANIDADE E A VIOLAÇÃO DE SEUS VALORES</i>	204
5. A OFENSA AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DIRETAS E À COMUNIDADE HUMANA EM SEU CONJUNTO	206
5.1 A imposição de sofrimento às vítimas diretas	207
5.2 A amplitude das ofensas e o sentimento de reciprocidade	236
6. OS VALORES UNIVERSAIS E ABSOLUTOS	249
6.1 O valor positivo dignidade humana	252

6.2 O valor negativo não-sofrimento	268
<i>TÍTULO II – A HUMANIDADE E A SALVAGUARDA DE SEU VALORES</i>	282
7. O DIREITO INTERNACIONAL E A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES AOS ESTADOS	290
7.1 As obrigações negativas	292
7.2 As obrigações positivas	311
8. O DIREITO INTERNACIONAL E A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES AOS INDIVÍDUOS	3344
8.1 As obrigações do indivíduo diante da dimensão vertical do direito internacional	3377
8.2 As obrigações do indivíduo diante da dimensão horizontal do direito internacional	3522
<u>CONCLUSÃO FINAL</u>	<u>3611</u>
<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>375</u>
<u>ANEXO 1 – PLANO FRANCÊS</u>	<u>4177</u>

INTRODUÇÃO

O DIREITO INTERNACIONAL E A HUMANIDADE: UMA RELAÇÃO PROTETIVA

Teria o direito internacional como uma de suas finalidades centrais a de identificar e proteger valores com vigência universal, reconhecidos como legítimos a serem tutelados em todas as culturas com o fim último de salvaguardar, de um lado, os interesses da humanidade em seu conjunto e, de outro, os indivíduos? No centro desse processo de reconhecimento poderia estar a origem de um núcleo duro de direitos, cuja proteção sobrepor-se-ia ao interesse dos Estados e para o qual o direito internacional criaria uma série de mecanismos com vistas a evitar a sua violação?

Poderia, nesse sentido, uma possível supremacia do direito internacional situar-se no exercício de proteção desses valores e ser sentida mais concretamente pela imposição de obrigações negativas e positivas aos Estados e aos próprios indivíduos? E seria essa supremacia o nascedouro de uma potencial aplicação direta do direito internacional, cuja validade supranacional reduziria a margem de apreciação dos Estados?

Se realmente a proteção de valores universais e absolutos é um dos objetos do direito internacional, a fluidez desses conceitos impõe dificuldades à sua própria identificação e traz algumas questões prévias, tais como: quais são esses valores? Como e onde se produzem? A partir de quando e de que forma passaram a ser identificados? Quais são os critérios utilizados para que um valor seja erigido ao patamar da universalidade e para que não admita a sua relativização? Que espécies de obrigações são criadas pelo direito internacional quando se ocupa de proteger esses valores, se é verdade que os protege? Antes disso: que caminhos trilhou o direito internacional até ter como preocupação a proteção desses valores? E por fim: Já que esses valores seriam universais, pertencentes, portanto, ao conjunto da humanidade, como e quando o direito internacional passou a considerar a humanidade como objeto de proteção?

A fim de responder essas indagações, a presente tese tem por objetivo identificar qual seria esse núcleo de valores intangíveis da humanidade e propor uma nova formulação do direito internacional enquanto protetor desses valores. Vale-se, para tanto, do estudo dos componentes dos crimes contra a humanidade e do genocídio, concebidos enquanto categorias jurídicas edificadas histórica, filosófica e juridicamente, com vistas a retirar de seus elementos os valores protegidos, entendendo-os como válidos em todas as comunidades humanas.

No que toca à delimitação deste trabalho, são necessárias algumas elucidações.

1. A tentativa de desvendar quais são os valores da humanidade para posteriormente afirmar que a proteção desses mesmos valores pelo direito internacional possui prevalência na ordem jurídica é tarefa extremamente arriscada, que exige uma ruptura nas bases tradicionais do direito internacional.

Ao assumir essa tarefa, um primeiro importante desafio se apresenta, que é o de saber qual o objeto deste estudo. Para isto, tentar-se-á responder a difícil pergunta: o que é humanidade?

Termo polissêmico e controverso, que pode significar a qualidade de uma ação ou um sentimento de bondade¹, interessa aqui o sentido de humanidade enquanto o conjunto de seres humanos² ou o conjunto de membros da espécie humana, não apenas na sua acepção biológica³, mas também na sua acepção relacional e cultural, enquanto seres dotados de valores, que não vivem em isolamento e estão inseridos em uma sociedade complexa.

Cabe partir dessa premissa e ao longo do trabalho definir outras, tais como compreender quais são os elos que unem os seres humanos de maneira a dar forma a essa humanidade.

O ponto crucial que liga os seres humanos à humanidade, formando um novo ente, aparentemente está relacionado ao fato de que a violação de direitos desses seres humanos pode constituir-se em uma violação a um direito da humanidade. Saber de que forma e em que condições isso acontece e identificar quando a violação ao direito de um ser humano pode ser capaz de atingir a humanidade como um todo é a própria identificação do que sejam os valores da humanidade. Quando um ser humano for ofendido em um desses valores, assim o será igualmente ofendida a humanidade.

2. Em um segundo momento, a identificação desses valores é crucial para dar sentido à ideia de que a ofensa a um ser humano pode ter o condão de ofender a coletividade humana. A partir da constatação de que foi por meio da violação dos valores mais essenciais dos indivíduos que a humanidade começou a edificar-se enquanto categoria jurídica, emprega-se uma metodologia que permite chegar ao conceito de humanidade e ao que seriam seus valores intangíveis a partir da análise de sua sistemática negação casuística. Por isso a noção de desumanidade e de prática de atos desumanos – atos em sua essência negativos – serão fundamentais para a identificação do objeto desse estudo, naquilo em que o direito internacional

¹ Intangível ao direito que necessita um mínimo de objetividade para ser capturado.

² HUMANITÉ. In : VOY, Salmon J. (Dir.). **Dictionnaire de droit international public**. Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 551.

³ SUCHARIKTUL, Sompong. **L'avenir du droit international dans un monde pluriculturel**. La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 420.

se ocupa em proteger o que se denomina na presente pesquisa valores intangíveis da humanidade.

Far-se-á, por isso, um percurso a partir da análise de casos em que são violados os supostos valores humanos principais e, para cumprir essa finalidade, escolheu-se deliberadamente começar pela construção histórica dos conceitos de crime contra a humanidade e de crime de genocídio. E isto porque na história humana a proteção daquilo que é importante para a preservação da convivência em sociedade começou sempre pela percepção de que esses bens são violados. A proteção jurídica de um valor dependeu, em última análise, de sua negação.

Essa forma de investigação dos valores intangíveis da humanidade a partir da sua ofensa liga-se fundamentalmente à epígrafe deste trabalho e ao que Primo Levi denominou demolição de um ser humano⁴. Foi quando um indivíduo alcançou a mais miserável condição humana enquanto vítima dos crimes mais cruéis que a noção jurídica de humanidade e seus valores começou a ganhar contornos mais precisos.

A escolha da análise dos elementos dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio se deu em razão de se partir da premissa do caráter absoluto e universal dos valores protegidos nesses dois crimes. Afastou-se do estudo dos elementos do crime de guerra e do crime de agressão, que embora sejam igualmente crimes internacionais, protegem valores que podem ser relativizados. Excetua-se dessa desconsideração metodológica o aporte trazido pelo crime de guerra e pelo direito internacional humanitário à construção do conceito de crime contra a humanidade e de genocídio, naquilo em que contribuíram à chegada destes ao direito internacional.

3. Não se pretende aqui decompor o conteúdo jurídico dos crimes contra a humanidade e do genocídio, nem tampouco fazer uma análise da construção normativa e jurisprudencial de todos os elementos exigidos para a condenação de um indivíduo pela prática desses crimes. Pretende-se, por outro lado, restringir a análise dessas construções naquilo que elas podem indicar quais são os valores protegidos por possuírem um reconhecimento válido de natureza *universal e absoluta*. Por isso mesmo, o trabalho possui uma aproximação histórica e filosófica com o que a história e a filosofia aportaram ao direito como valores humanos necessários a proteger.

⁴ LEVI, Primo. *Si c'est un homme*. Paris : Julliard, 1987, p. 26.

4. É necessário precisar que a busca por esses valores universais segue nesta pesquisa uma escolha metodológica que se entende coerente e em compasso com a história lenta executada pelo direito acerca dos bens que ele deveria proteger.

Ao longo da pesquisa percebeu-se que, à semelhança do que ocorre no direito interno, em que sistematicamente a violação de bens jurídicos importantes passa a ser objeto da proteção penal⁵, no cenário internacional esculpiu-se um fenômeno similar. No plano internacional se repetiu, portanto, o fenômeno da tutela penal dos interesses compreendidos como sendo os mais importantes da comunidade concernida, e isto possivelmente porque o direito tende a *reagir* (e punir) mais rapidamente a violações no lugar de *prevenir* sua ocorrência, em geral em um movimento reativo a fatos ocorridos no passado.

Assim, o direito normalmente age primeiramente de forma repressiva, o que no plano internacional se encontra sob o domínio normativo e jurisdicional do direito internacional penal. Somente em um momento posterior é que o direito passa a agir de forma preventiva ou reparadora, por meio de outras normas, como é o caso da intervenção do direito internacional dos direitos humanos e seu sistema convencional associado a todo um quadro de jurisdições internacionais e regionais.

Assim, a partir do momento em que o direito passa a se ocupar da proteção dos valores humanos, ele o faz no quadro do direito internacional utilizando-se de duas técnicas distintas: de um lado, o direito se utiliza da proteção por proibição, sendo de interesse para o presente trabalho apenas os valores protegidos que possuem caráter absoluto, descartando-se o estudo dos valores de natureza relativa; de outro lado, o direito instrumentaliza-se por meio da proteção por salvaguarda, naquilo em que protege tanto os direitos universais quanto os não-universais, importando para o presente estudo apenas os primeiros.

Nas duas hipóteses, a proibição de determinadas condutas e a salvaguarda de determinados direitos em um dado momento da história passou sobretudo ao domínio do direito internacional naquilo em que se ocupou de tutelar valores pertencentes à humanidade em seu conjunto. Trata-se da proteção de valores humanos que nessa pesquisa serão identificados como intangíveis da humanidade.

⁵ Segundo Isabelle Fouchard, “*le droit pénal constitue le socle fondateur des règles sociales d’un groupe et, par conséquent, dans certaines traditions représente l’essentiel du droit*”. Ainda: “*le droit pénal reflète indirectement les valeurs essentielles d’une société donnée, à un moment donné, par l’interdiction formelle de leur porter atteinte : plus la valeur à préserver est précieuse pour une société donnée, plus sa violation sera constituée comme grave et plus sévère en sera la sanction. Autrement dit, le droit pénal joue idéalement la fonction de baromètre des valeurs d’une société à un moment donné*”. FOUCHARD, Isabelle. **Crimes Internationaux** : Entre internalisation du droit pénal et pénalisation du droit international. Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 35; p. 40.

Como afirmou René-Jean Dupuy, escrever sobre a humanidade pode parecer inocência ou subversão, saindo-se do século de Verdun, de Auschwitz, de Hiroshima, de Beirute e da Guerra do Golfo⁶. A perspectiva não é melhor quando esse século fecha suas cortinas com o conflito da ex-Iugoslávia e o genocídio de Ruanda e outro se inaugura com a queda das Torres Gêmeas, sem que o mundo nunca deixe de ser palco de barbáries – os conflitos no Oriente Médio parecem não deixar que se renovem as esperanças.

Mas antes de pensar em uma humanidade perdida no turbilhão desses acontecimentos, prefere-se pensar em uma humanidade reconstruída, a passos lentos, é verdade, mas sobre bases sólidas, cujo principal alicerce não pode ser outro senão o direito internacional: um direito internacional que certamente perdeu sua candura diante da força da política internacional, mas que com urgência necessita se reinventar e desnudar-se dos seus velhos alicerces, dos seus arcaicos pilares e dos espessos muros que não lhe permitem vislumbrar as reais necessidades do ser humano, que tem em sua salvaguarda a principal razão de ser do direito.

Por isso a presente tese tem como objetivo derradeiro propor a moldura de um novo direito internacional, que transforme em factual o mito de proteção da humanidade, entendida como tal o conjunto dos seres humanos que durante toda a história perderam a guerra para a razão de Estado.

Para atingir os objetivos propostos, considerando o objeto da pesquisa e a delimitação do tema, parte-se de algumas hipóteses principais.

A primeira hipótese diz respeito ao fato de que o direito internacional clássico e seus postulados não mais correspondem às necessidades surgidas com as mudanças da sociedade internacional. Isto porque a proteção do indivíduo feita exclusivamente pelo direito nacional passou a ser insuficiente em um determinado momento histórico, demandando uma ampliação do objeto do direito internacional;

A segunda hipótese parte do princípio de que o indivíduo passou a ocupar uma posição central na proteção exercida pelo direito internacional, notadamente quando seus interesses passaram a se mostrar superiores aos interesses dos Estados nacionais, sobretudo nos casos em que se vislumbrou a figura do Estado violador de direitos;

A terceira hipótese relaciona-se com a ampliação do objeto do direito internacional: naquilo em que passou a proteger interesses superiores dos indivíduos, seu caráter protetivo ampliou-se para a comunidade humana em seu conjunto, aqui denominada humanidade;

⁶ DUPUY, René-Jean. **L'humanité dans l'imaginaire des nations**. Conférences, essais et leçons du Collège de France. Paris : Julliard, 1991, p. 15.

A quarta hipótese parte da premissa de que quando o direito internacional protege esses interesses da humanidade, ele passa a possuir algumas características essenciais: seus postulados possuem caráter cogente e tratam-se de normas imperativas;

A quinta hipótese relaciona-se com o fato de a identificação desses valores superiores ter sido casuisticamente tecida a partir de graves ofensas a direitos humanos fundamentais, os quais se concretizaram nas figuras dos crimes contra a humanidade e no crime de genocídio;

A sexta hipótese concebe a superação desses postulados e a ideia de que alguns valores humanos se sobrepõem à soberania do Estado, razão pela qual o direito internacional possui supremacia naquilo em que exerce essa função protetiva;

A sétima hipótese refere-se à explicação do porquê essas premissas são dificilmente aceitas pela prática dos Estados nacionais, resistentes em reconhecer o caráter protetivo do direito internacional e adeptos de um procedimento voluntarista. Isto ocorreria porque o clássico direito internacional foi edificado sobre bases filosóficas amparadas nos princípios da igual soberania dos Estados e da não-intervenção;

A oitava hipótese relaciona-se com a necessidade de formulação de um novo direito internacional que imponha obrigações tanto aos Estados quanto aos indivíduos naquilo em que se ocupar de proteger os valores intangíveis da humanidade.

A fim de buscar a comprovação dessas hipóteses, a metodologia empregada ao longo da pesquisa passou por diversas fases.

Tendo em vista que a presente tese foi escrita durante o período de realização de doutorado sanduíche na Universidade Paris II Panthéon-Assas, seguiu-se estritamente o método francês ao longo de toda a elaboração do trabalho.

A primeira parte da pesquisa consistiu na leitura de bibliografia relacionada com as hipóteses mencionadas. Começou-se pelo estudo da história do direito internacional e suas fases mais importantes, chegando-se à fundação do direito internacional humanitário, do direito internacional penal e do direito internacional dos direitos humanos.

Na filosofia do direito buscou-se entender como os principais pensadores ao longo da história refletiram as relações entre os Estados e qual a posição ocupada pelos indivíduos enquanto objeto de proteção do direito. Esse estudo permitiu compreender as transformações por que passou o direito internacional, que nasceu com o nome de *jus gentium*, recebendo mais tarde a denominação de direito das Nações – o que a doutrina internacional identificou por muito tempo como *Law of Nations* – para somente no fim do século XVIII ganhar o nome de direito internacional.

A partir do fim do século XIX e início do século XX, uma dessas transformações foi o surgimento de doutrinas pregando a supremacia do direito internacional e a necessidade de que algumas de suas normas tivessem caráter imperativo. Foi quando o estudo se voltou para o conceito de regras imperativas de direito internacional – as normas de *jus cogens* – e passou a ter maior importância na pesquisa o componente humanidade, enquanto ente jurídico.

Para a continuidade da construção do plano, tornou-se necessário compreender o sentido da expressão humanidade tanto como bem jurídico protegido pelo direito quanto como vítima de violações. Fez-se importante por isso o estudo de como o direito internacional se ocupou de proteger a humanidade: de um lado, por meio do direito internacional penal a partir de normas proibitivas contendo as descrições dos crimes contra a humanidade e do genocídio; de outro lado, por meio do direito internacional dos direitos humanos e de toda uma construção inicialmente normativa reconhecedora de valores fundamentais a proteger.

Ao mesmo tempo, emergiu da pesquisa a noção de que todas essas normas jurídicas positivadas pelo direito internacional eram produto de normas preexistentes, reveladas tanto pela prática dos membros da comunidade internacional (Estados, indivíduos, organizações internacionais), quanto pela denominada consciência jurídica universal. Assim, a pesquisa nesse momento voltou-se para o estudo do direito internacional costumeiro.

Para a elaboração da segunda parte do plano, a fim de tentar comprovar a hipótese de supremacia do direito internacional, o estudo voltou-se à teoria das obrigações dos Estados, tanto das obrigações negativas quanto das obrigações positivas e, no que se refere a essas, com especial atenção à teoria do controle de convencionalidade.

Como última etapa da primeira parte da pesquisa bibliográfica necessária para a elaboração do plano, fez-se o estudo do papel do indivíduo enquanto sujeito de direitos e especialmente enquanto sujeito de obrigações de direito internacional.

Realizada a primeira etapa de pesquisa bibliográfica, que incluiu uma breve pesquisa jurisprudencial, passou-se à elaboração do plano francês, o qual na presente versão se apresenta de forma resumida⁷ em função das normas técnicas da universidade brasileira.

O plano divide-se em duas partes.

A primeira parte volta-se à elaboração do conceito de humanidade, relacionando esse nascimento a uma ideia primeiramente abstrata que se concretiza a partir da percepção de que a humanidade é mortal. À beira de sua destruição, a humanidade constrói-se como conceito não somente filosófico, mas sobretudo jurídico.

⁷ A versão francesa do plano se encontra em anexo.

A primeira dessas construções é baseada nos valores da humanidade, mas analisada a partir de duas óticas diversas. A primeira delas – na versão francesa contida no Título I, Capítulos I e II – aborda os valores da humanidade a partir da construção histórica feita pela filosofia e pelo direito. A segunda delas – na versão francesa contida no Título II, Capítulos III e IV – aborda os valores da humanidade a partir de uma construção jurídico-casuística.

O Capítulo I analisa as bases filosóficas do conceito de humanidade e a herança deixada por essas bases.

No plano francês, esse capítulo divide-se em duas seções.

A seção 1 analisa a humanidade do ponto de vista do Estado soberano, fazendo uma distinção entre direito das gentes e direito das Nações e abordando o quanto a humanidade foi esquecida dentro do paradigma do Estado soberano. O incipiente sistema de direito internacional então tido como direito das Nações esmaga a noção de humanidade e tem no Estado nacional a única fonte de direito e o único portador de valores, origem do futuro voluntarismo do direito internacional.

A seção 2 aborda a humanidade dentro das raízes do antigo direito das gentes – antes de sua transformação em direito das Nações – relacionando as ideias nascidas das doutrinas do cosmopolitismo, em que a humanidade é concebida sob o ponto de vista da unidade do gênero humano. As ideias filosóficas de direito natural e os posteriores projetos de paz perpétua são trazidos para a abordagem de uma concepção fundadora de um direito internacional moderno, aqui denominado novo direito das gentes.

No Capítulo 2 são deixados em segundo plano os fundamentos filosóficos e lançadas as primeiras bases jurídicas do conceito de humanidade.

Essa concepção jurídica aparece na primeira seção do segundo capítulo primeiramente como produto de um conjunto de princípios. Trata-se do primeiro passo para o abandono do conceito abstrato de humanidade, que percorre duas fases principais: a primeira, consistente em um processo de humanização do direito, em que desempenham um papel fundamental a teoria da intervenção de humanidade e os princípios humanitários, estes coincidentes com o nascimento do direito internacional humanitário; a segunda, contextualizada com a origem das primeiras teorias sobre a existência de uma hierarquia das normas de direito internacional, fundadoras dos princípios de *jus cogens*. Esses princípios contextualizam questionamentos tais como a suposta perda de soberania dos Estados a partir da doutrina dos tratados proibidos e da doutrina da ética universal, bem como postulam que as normas de proteção da humanidade encontrar-se-iam no ápice da ordem jurídica.

Sob a forma de ente jurídico propriamente dito, o conceito de humanidade é discutido na segunda seção do capítulo 2. Apresenta-se primeiramente a apreensão da humanidade pelo direito internacional costumeiro, sendo o costume abordado tanto como fonte de direito internacional quanto como fonte de direito imperativo. Em seguida, aborda-se a apreensão da humanidade pelo direito internacional convencional: a humanidade é concebida ao mesmo tempo como vítima pelo direito internacional penal e como sujeito de direitos pelo direito internacional dos direitos humanos.

A identificação dos valores fundamentais da humanidade é feita pelo direito em um segundo momento de modo empírico, a partir de situações casuísticas que passam a ser abordadas sob duas óticas distintas.

No Capítulo III essa abordagem é feita sob uma ótica negativa a partir da construção feita pelo direito internacional penal naquilo em que identificou as principais ofensas à humanidade e pouco a pouco formulou os elementos que compõem as figuras jurídicas dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio.

A análise é dividida em duas etapas. A primeira etapa, correspondente à seção 1 na versão francesa, concentra-se na construção normativa, que começa por uma descoberta da humanidade a partir de sua negação, coincidindo com o surgimento do Estatuto de Nuremberg, documento inaugural da primeira jurisdição internacional penal. O estudo da construção normativa abrange a análise de todos os instrumentos internacionais de natureza penal que definiram ambos os crimes – genocídio e crimes contra a humanidade, seguindo-se um esquema cronológico de análise a fim de tentar identificar possíveis avanços do direito internacional na construção de uma escala de valores.

A segunda etapa faz uma análise da construção jurisprudencial, concentrando-se na forma como as normas internacionais foram aplicadas pelas jurisdições internacionais penais. A construção da jurisprudência internacional penal é de importância significativa na definição dos contornos de um conceito jurídico de humanidade: inicialmente, a chegada dos fatos às jurisdições internacionais penais aportam-lhe o desafio de julgar uma criminalidade até então inconcebível.

A humanidade inicia a procura de si mesma e o juiz internacional se depara com a noção de irreduzível humano – é quando se consolidam os princípios do direito internacional costumeiro no sentido de que algumas normas mínimas atinentes à preservação do ser humano não podem ser inobservadas pelos Estados. O juiz internacional passa então a conceber a noção de grave violação contra a humanidade a partir da constatação da prática de atos desumanos

enquanto lesivos à consciência universal. A humanidade nasce da ideia de desumanidade e desse esboço começam a surgir os primeiros rascunhos de valores humanos comuns.

Será, no entanto, a permanência dos fatos nas jurisdições internacionais penais que permitirá um aprimoramento desse esboço. É a partir de novas construções, especialmente com o advento dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e mais tarde com o Tribunal Penal Internacional e os Tribunais Penais Híbridos que a noção de humanidade enquanto vítima irá se consolidar. Essas construções são ligadas à violação da dignidade humana e ao sofrimento provocados pela amplitude das ofensas causadas por esses crimes.

No Capítulo IV essa abordagem de identificação dos valores fundamentais da humanidade é feita sob uma ótica positiva a partir da construção feita pelo direito internacional dos direitos humanos.

A análise é igualmente dividida em duas partes, concentrando-se a primeira na construção normativa – correspondendo à seção 1 na versão francesa – compreendida a partir dos instrumentos internacionais de direitos humanos que possuem por característica a centralização do indivíduo enquanto objeto de proteção.

A seção 1 aborda o sistema universal de proteção fundado pelas Nações Unidas e os sistemas regionais de proteção. Na primeira abordagem, começam a ser diferenciados direitos de valores, destacando-se os direitos que decorrem do valor dignidade humana, bem como os decorrentes da proibição do sofrimento enquanto valor. Na abordagem dos sistemas regionais de proteção, a construção normativa é abordada em cotejo com o sistema universal e o quanto essa construção colaborou para a elaboração do conceito de direitos absolutos.

A seção 2 por sua vez aborda a construção jurisprudencial elaborada por ambos os sistemas, de um lado pela Corte Internacional de Justiça, em especial em matéria de normas de direito imperativo e obrigações dos Estados e a evolução porque passou o sistema jurisdicional das Nações Unidas que parece ter evoluído de um perfil voluntarista para o reconhecimento de uma certa supremacia do direito internacional. De outro lado, são analisadas as principais construções tecidas pelos sistemas regionais de proteção europeu, americano e africano, sobretudo as considerações acerca do que são consideradas proibições absolutas e o papel central ocupado pelo valor dignidade humana.

Passa-se então à segunda parte do plano, que se ocupa em pensar como a humanidade se reconstruiu a partir de sua quase destruição mediante a elaboração de instrumentos protetivos do que passou a ser identificado como seus valores intangíveis. Por isso a segunda parte analisa a humanidade entre a sua destruição e a sua proteção e avalia dentro desses dois aspectos o que é mito e o que é realidade.

A partir de então começam a ser identificados como núcleo duro de valores da humanidade a proteção da dignidade humana e a interdição do sofrimento, ao passo que os direitos intangíveis extraídos dos documentos internacionais são identificados como o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à liberdade sexual, ao não-tratamento desumano, cruel ou degradante e à não-discriminação. Os valores são tidos por subjacentes a esses instrumentos e são o fundamento da concessão e da proteção de direitos.

Em um primeiro momento, esses valores são compreendidos a partir de sua violação – trata-se do Título I da segunda parte da versão francesa, que contém os Capítulos 5 e 6. Somente em um momento posterior esses valores são abordados sob o ponto de vista de sua proteção, o que se faz no Título II da segunda parte da versão francesa, nos Capítulos 7 e 8.

No Capítulo 5, a ofensa aos direitos das vítimas diretas e da humanidade em seu conjunto é abordada, dissecando-se a partir dos elementos dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio os valores dignidade humana e interdição do sofrimento com a violação dos direitos que lhe são correlatos. A natureza dessas violações, ligadas à sua amplitude e à existência de uma espécie de reciprocidade com os demais membros da comunidade humana decorrente da prática de atos desumanos é o elo que liga as vítimas diretas dos crimes a todo o restante da humanidade. Isto ocorre sobretudo em razão do que irá se denominar processo de despersonalização da vítima e processo de despertencimento da vítima ao conjunto da humanidade.

No Capítulo 6 esses valores subjacentes aos direitos lesados pela prática dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio são melhor explicitados como sendo valores positivos – a dignidade humana enquanto valor a promover – e valores negativos – a proibição do sofrimento humano, enquanto valor a proibir.

Identificado o núcleo intangível de valores da humanidade, propõe-se um sistema para a sua salvaguarda por meio da criação de uma supremacia do direito internacional naquilo em que se ocupa da proteção desses valores, a fim de evitar a violação dos direitos igualmente intangíveis que lhe são correlatos. Essa salvaguarda seria decorrente da imposição de obrigações pelo direito internacional tanto aos Estados quanto aos indivíduos.

No Capítulo 7 é proposto um sistema de obrigações positivas e negativas aos Estados, diretamente advindas do direito internacional.

A seção 1 do capítulo 7 da versão francesa aborda os aspectos principais da teoria das obrigações negativas dos Estados, tanto no que se refere à responsabilidade estatal de adequar sua ordem jurídica em relação às normas internacionais protetivas de valores humanos intangíveis, quanto no que se refere às obrigações fáticas de não intervir no livre exercício de

direito dos indivíduos, bem como de se abster de ofender direta ou indiretamente direitos garantidos pela ordem jurídica internacional e que tenham subjacentes valores absolutos e universais.

Por sua vez, a seção 2 ocupa-se da teoria das obrigações positivas, muito relacionada com a teoria do controle de constitucionalidade, mas vista de uma forma mais profunda, porquanto abrange desde a obrigação do Estado de harmonizar o direito interno em relação ao direito internacional e estende-se para a análise de outros desdobramentos, tais como a legitimidade da criação do direito e a obrigação de incriminar – esta por sua vez relacionada com a concepção do direito penal como *prima ratio* em matéria de graves violações e com a consequente perda da margem de apreciação nacional.

A teoria das obrigações positivas vai muito além do controle de convencionalidade, exigindo obrigações persecutórias da parte dos Estados, como a obrigação de investigar, processar e punir, comportando restrições de regras de competência e impondo ao juiz a obrigação de fazer o devido controle das normas.

Por fim, o Capítulo 8 aborda uma última possível acepção da salvaguarda de valores intangíveis da humanidade, mediante a proposição de criação de obrigações aos indivíduos, a partir do que se denominará dimensões horizontal e vertical do direito internacional, estas concebidas em decorrência da formulação de um novo contorno para a jurisdição universal e para uma possível aplicação direta do direito internacional.

A fim de que esse percurso metodológico fosse cumprido e para que as hipóteses iniciais pudessem ser comprovadas, foi necessário fazer a escolha de uma teoria de base.

A tese propõe-se a buscar uma ruptura dos postulados clássicos do direito internacional e por isso a pesquisa deveu perscrutar teorias relacionadas com o cosmopolitismo jurídico; além disso, o estudo recorreu ao direito internacional penal a fim de encontrar quais são as mais graves violações a que a humanidade fez face e continua a fazê-lo; ademais, colocando-se o indivíduo no centro da proteção desse direito internacional que se deseja propor, fez-se necessário percorrer as diversas teorias ligadas à humanização do direito internacional.

Partindo desses pressupostos, a teoria de base utilizada pela pesquisadora liga-se igualmente à trajetória acadêmica vivenciada ao longo da escritura da tese e às influências sofridas pela escola jurídica a que estava vinculada durante a pesquisa notadamente na universidade europeia.

No que diz respeito ao estudo do direito internacional penal, estando a pesquisadora vinculada à Universidade Paris II Panthéon-Assas e, por sua vez, ao Instituto de Criminologia e Direito Penal de Paris, a pesquisa seguiu a teoria de base desse instituto, que tem como um

dos seus principais expoentes o Professor Donnedieu de Vabres, juiz francês no Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, cujas ideias acerca da possibilidade de aplicação direta do direito internacional penal fizeram florescer na Europa um novo paradigma acerca da perda do monopólio do Estado enquanto fonte de incriminação. As obras dos juristas que seguiram a mesma teoria de base foram igualmente utilizadas ao longo do estudo, em especial Eugène Aroneanu, Stefan Glaser, Henri Meyrowitz, Hervé Ascensio, Jean-Marc Sorel, Alain Pellet, Julien Fernandez e Didier Rebut, este último co-orientador da pesquisa.

A Escola Doutoral de Direito Internacional da Universidade Paris II por meio de seu Centro de Pesquisa sobre os Direitos Humanos e o Direito Humanitário exerceu igualmente forte influência na escolha da teoria de base da presente tese, especialmente no que concerne às ideias desenvolvidas a respeito do cosmopolitismo jurídico. A obra do Professor Olivier de Frouville apresenta uma importância singular na construção de alguns postulados que são utilizados ao longo da pesquisa, notadamente no que se refere ao abandono dos paradigmas do direito internacional clássico.

Do mesmo modo, as bibliografias utilizadas pelo centro de pesquisa, que se filia às correntes mais modernas da Academia de Direito Internacional da Haia, foram fundamentais para a elaboração da tese, destacando-se as obras dos Professores Antoine Pillet, Antoine Rougier, Dominique Carreau, Monique Chemillier-Gendreau, Yves Terneron, Jacques Dumas, René-Jean Dupuy, Pierre-Marie Dupuy, Robert Kolb e Mireille Delmas-Marty.

A Academia de Direito internacional da Haia trouxe o aporte bibliográfico para o debate tanto dos temas relacionados à história do direito internacional – como é o caso da doutrina de Antonio Truyol y Serra, André Gardot, Camilo Barcia Trelles, Cornelis Van Vollenhoven e W. van der Vlugt – quanto para o estudo de temas que mudaram o rumo do direito internacional, sendo de fundamental importância as obras de Alfred Verdross, Christian Lange, Herbert Kraus e Prosper Weil. Igualmente, as obras utilizadas pela Academia em matéria internacional penal foram vetores importantes para a análise do conteúdo jurídico dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, apresentando-se como linhas fundamentais da pesquisa o pensamento de Cherif Bassiouni, Stephen Neff, Roger O’Keefe e Quintiliano Saldaña.

Para a análise da construção jus filosófica que serviu de base tanto para os postulados do direito internacional clássico quanto para as mudanças que servirão de pilares para a construção de um moderno direito internacional, optou-se em regra pelo estudo das obras originais dos pensadores. Em poucos casos fez-se a pesquisa baseada em comentários das obras originárias. Esta foi uma escolha deliberada da pesquisadora, a fim de poder encontrar

conclusões particulares acerca da herança deixada ao direito internacional a partir das mais diversas correntes filosóficas.

Por essa razão, foram estudadas as obras originais dos principais pensadores que trouxeram alguma contribuição tanto ao antigo quanto ao novo direito internacional: Cícero, Francisco de Vitoria, Francisco Suarez, Hugo Grócio, Alberico Gentili, Emer de Vattel, Samuel von Puffendorf, Christian Wolff, Spinoza, Auguste Comte, Jeremy Bentham, Pierre Dubois, Jean Bodin, Thomas Hobbes, Charles-Louis de Secondant Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, Georg Jellinek, Rudolphe von Ihering, Charles-Irénée Castel de Sait-Pierre, Claude-Henri de Saint-Simon e Immanuel Kant.

A obra do Professor Antonio Augusto Cançado Trindade é a principal corrente de pensamento utilizada ao longo de toda a tese. Ela consiste na teoria de base que serve de vetor para a comprovação das hipóteses propostas, notadamente a partir das suas ideias de humanização do direito internacional e da construção de um novo *jus gentium*. Uma grande parte de suas obras é utilizada ao longo da pesquisa em diversos dos capítulos desenvolvidos, sendo igualmente utilizados os seus votos na condição de juiz tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto na Corte Internacional de Justiça.

Importante ainda ressaltar que a presente pesquisa se utiliza de alguns conceitos-chave que necessitam ser compreendidos e explicitados previamente a fim de tornar mais clara a delimitação do tema anteriormente esboçada.

Em diversas passagens da pesquisa serão utilizadas as expressões “direito internacional”, “direito das gentes” ou *jus gentium* e “direito das Nações” ou *Law of Nations*. Essas expressões, embora apresentem semelhanças, contêm nuances que lhe foram conferidas por circunstâncias históricas que as diferenciam e que, portanto, não permitem sejam confundidas.

A expressão “direito das gentes”, sinônimo de *jus gentium*, nasce na Roma antiga para designar a relação entre os cidadãos romanos e os cidadãos não-romanos, mas logo ganha o caráter de direito que regula a relação entre os povos. Para se utilizar atualmente a expressão *jus gentium* como sinônimo de direito internacional, deve-se falar em novo direito das gentes, relacionado, portanto, a um direito internacional que concebe o indivíduo como centro de sua proteção.

Por sua vez “direito das Nações”, traduzido para *Law of Nations*, é o termo que se utilizou especialmente a partir do fim da Idade Média para designar o direito que regulava unicamente as relações entre os Estados. Até então, a expressão “direito internacional” não existia. Ocorre que no final do século XVIII e início do século XIX, quando a expressão surgira,

o direito internacional continuou a ocupar-se exclusivamente da relação entre os Estados. Prosseguiu por isso a ser igualmente utilizado como sinônimo de direito das Nações. A entrada em cena do indivíduo no cenário internacional e seu aparecimento enquanto sujeito de direitos e obrigações internacionais retira, portanto, da expressão “direito internacional” a sinonímia relativamente à expressão “direito das Nações”.

Ao longo da tese, buscar-se-á utilizar a expressão “direito internacional” de modo genérico, utilizando-se as expressões “direito das gentes” e “direito das Nações” como forma de delimitar o seu conteúdo histórico.

Diferencia-se igualmente o direito internacional costumeiro do direito internacional convencional.

O primeiro provém de normas internacionais não-escritas que ganham caráter obrigatório. Segundo o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são fontes do direito internacional costumeiro tanto o costume internacional quanto os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas.

Uma grande parte do direito internacional que nasce nos costumes e em princípios gerais passa por um processo de positivação. Essa é uma das diversas origens do direito internacional convencional, que não tem sua fonte apenas no direito internacional costumeiro. De todo modo, o direito internacional convencional é aquele que se consubstancia em tratados, tenham ele sua fonte em uma prática anterior (costumeira ou principiológica), sejam eles nascidos da necessidade de regular uma situação específica – como será o caso do direito internacional originário de tratados bilaterais ou multilaterais que possuem em sua base a necessidade de reger direitos e obrigações entre Estados que se revelam de interesse comum para premências momentâneas.

O conceito de *jus cogens* necessita igualmente ser previamente elucidado. O mesmo é utilizado na pesquisa no sentido disposto pelo artigo 53 da Convenção de Viena de direito dos tratados, como sendo as normas imperativas de direito internacional, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional enquanto normas em relação às quais não se admite derrogação. A formação do *jus cogens* é ligada ao sentimento de certos valores essencialmente humanos e universais, cujo respeito é estimado como absolutamente necessário à vida e à subsistência dos indivíduos e dos Estados que formam essa comunidade internacional⁸.

O conceito de crimes internacionais utilizado na pesquisa é aquele adotado pelo Estatuto de Roma, que os classifica em crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes

⁸ GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *Le ius cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions*. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 172. Boston : Martinus Nijhoff, 1981, p. 93.

de guerra e crime de agressão, este último inserido ao Estatuto após a Conferência de Kampala em 2010. Com relação ao crime de genocídio e aos crimes contra a humanidade, as construções históricas necessárias à elaboração do conceito atual serão abordadas ao longo da tese.

PRIMEIRA PARTE - A HUMANIDADE ENTRE ABSTRAÇÃO E MORTALIDADE: O NASCIMENTO DE UM CONCEITO

*Émergeant lentement de la brume des songes,
l'humanité est née de sa mortalité.⁹*

Se a ideia de humanidade foi durante a maior parte da história um conceito abstrato e igualmente controvertido, o pesadelo da iminência de sua morte a fez acordar do sono profundo da abstração.

Embora não se possa precisar ao certo o instante de nascimento do conceito, sabe-se que ele é fruto de uma concepção que tem início longínquo na história das ideias jus filosóficas ocupadas em pensar a humanidade e seus valores, embora muitas vezes de forma indireta.

Ainda intangível, e por que não dizer metafísico, o conceito de humanidade parece ter germinado do choque de suas várias possíveis mortes. Quando se vê diante do espelho de sua mortalidade, o casuísmo de diversas violações contempla a origem da construção jurídica do conceito.

⁹ DUPUY, René-Jean. **L'humanité dans l'imaginaire des nations**. Conférences, essais et leçons du Collège de France. Paris : Julliard, 1991, p. 16.

TÍTULO I - A HUMANIDADE E SEUS VALORES: UMA CONSTRUÇÃO JUSFILOSÓFICA

*Wandering between two worlds, one dead,
The other powerless to be born,
With nowhere yet to rest my head,
Like these, on earth I wait forlorn.
Their faith, my tears, the world deride—
I come to shed them at their side*¹⁰.

Pensar o conceito de humanidade exige a compreensão de uma série de pressupostos, de conhecimento ao mesmo tempo intuitivo e complexo, a exigir uma abordagem multidisciplinar, de ordem filosófica, histórico-sociológica e jurídica, tendo em vista que a construção do direito, sobretudo desse direito que se ocupa de proteger a humanidade, não se dissocia da história do pensamento humano, da história das civilizações e da relação entre as Nações¹¹.

Antes de qualquer debate sobre a essência do significado de humanidade, sobre o sentido de seus valores e sobre o que pode significar uma grave ofensa à humanidade, tem-se como necessário ter presente quem é objeto da violação.

Esta tão mencionada humanidade, que desde alguns séculos constitui tema de debates, é interesse de proteção diplomática, conteúdo de convenções internacionais, alvo de declarações de representantes dos Estados, mas que por uma série de razões foi de forma tardia protegida juridicamente e continua tendo contornos de intrincada elucidação.

Embora a pesquisa se apoie na já anunciada premissa de que interessa ao trabalho a concepção de humanidade enquanto o conjunto de seres humanos, a complexidade do conceito não permite restrições a uma formulação demasiadamente simples, exigindo que se compreenda quais são as relações intrínsecas a esse conjunto de seres humanos que lhe fazem alcançar o *status* de um ente diverso dos seres individuais que o formam.

Ainda, desejando-se compreender o sentido de grave violação à humanidade, parece indispensável antes disso chegar à identificação de quais são os valores necessários para que essa humanidade se mantenha inviolável em seus padrões de integridade, porquanto em sendo esses valores desrespeitados, emergirá o que se entende por grave ofensa. Tal ocorre porque a

¹⁰ Matthew Arnold, from the poem *Stanzas from the Grande Chartreuse*.

¹¹ TERNON, Yves. **Genèse du droit international** : Des pères fondateurs aux conférences de la Haye. Paris : Éditions Karthala, 2016, p. 10.

humanidade, antes de um conceito jurídico, é sobretudo um conceito moral¹² e, sob esse ângulo, a ofensa a esses valores de que a humanidade é titular se amalgama com a noção de grave violação.

A priori essa análise merece ser feita a partir do trinômio valor-sociedade-tempo: o tempo, analisado sob a perspectiva das exigências de uma determinada sociedade, possui uma dimensão ética, criadora da base de um sistema de valores sociais que se modificam permanentemente. Cada sociedade é portadora de valores em um dado tempo, correspondentes às aspirações, aos objetivos e aos meios ou às instituições, necessários a assegurar a sua concretização. Os valores são, portanto, a representação das relações sociais que essa sociedade pretende alcançar e para o que o direito desempenha um papel decisivo, que consiste em veicular os valores predominantes em sociedade em um dado tempo¹³, no intuito de conferir-lhe proteção, das mais variadas formas – por repressão, por prevenção e por reparação, sobretudo.

Considera-se aqui como verdadeiro o postulado da constante modificação dos valores sociais e, portanto, da sua relatividade temporal. Por esse motivo, a noção de sua universalidade não será analisada senão espacialmente e em relação ao tempo presente, e isto não sem que se faça uma análise da evolução dos valores sociais forjados enquanto processo histórico.

Nesse processo, inclui-se a humanidade na qualidade de sujeito de direito internacional¹⁴, em posição de coexistência com outros entes como os Estados, os indivíduos e as organizações internacionais. Encontra-se no seu âmago as raízes do conceito de crime contra a humanidade e de genocídio, os quais partem da premissa de violação dos valores fundamentais da coletividade humana, cuja gravidade consiste em lesar o indivíduo naquilo que ele possui de mais essencial a partir da rejeição do caráter humano da vítima e do seu pertencimento ao mundo, o que faz com que esses crimes transcendam ao indivíduo e

¹² Sobre a discussão acerca da natureza ideológica do conceito de humanidade, ver: LE BRIS, Catherine. **L’humanité saisie par le droit international public**. Paris : LGDJ, 2012, pp. 47-52. Sobre as diversas concepções de humanidade, enquanto valor moral, valor biológico ou noção cosmopolita, ver: NOLLEZ-GOLDBACH, R. Les paradoxes de l’humanité juridique. In : O. de FROUVILLE (Dir.). **Le cosmopolitisme juridique**. Paris : Pédone, 2015, pp. 127-135.

¹³ PETEU, Valentin. Temps et transmutation des valeurs en droit. In: OST, François; VAN HOECKE, Mark (Dir.). **Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?** Bruxelles: Bruylant, 1998, pp. 175-179. Analisando o papel do tempo na produção dos valores em sociedade, o autor assume a premissa de que os mesmos não serão jamais absolutos, porquanto parte da perspectiva de sua modificação ao longo do tempo, e não de uma possível validade espacial plena de certos valores em um dado momento histórico.

¹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Quelques réflexions sur l’humanité comme sujet de droit international. In : ALLAND, Denis ; CHETAIL, Vincent; FROUVILLE, Olivier de; VIÑUALES, Jorge E. (Dir). **Unité et diversité du droit international** : Ecrits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy. Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 157-173.

transformem em vítima a própria humanidade¹⁵, na medida em que lesam o ser humano tanto na sua aceção individual – enquanto pessoas – quanto na sua aceção coletiva – enquanto indivíduos que se ligam aos demais.

Essa construção de conceitos, princípios e ideias reguladoras tem início de forma bastante tímida, por meio do pensamento jus filosófico que se constitui no *Leitmotiv* que dará nascimento ao direito internacional, o qual desenvolveu-se a partir do primeiro direito das gentes, transformado em *Law of Nations* para somente mais tarde ganhar a denominação de direito internacional¹⁶, continuamente retransformado até a sua atual concepção de moderno direito das gentes, ou novo *jus gentium*¹⁷.

Paralelamente a essas construções começam a emergir certas ideias que permitem inferir a noção de humanidade, cujos alicerces têm sua origem no antigo direito das gentes, impulsionador de um processo histórico que mais tarde permitirá finalmente a sua apreensão pelo direito internacional.

¹⁵ « *Les crimes contre l'humanité couvrent des faits graves de violence qui lèsent l'être humain en l'atteignant dans ce qui lui est le plus essentiel : sa vie, sa liberté, son intégrité physique, sa santé, sa dignité. Il s'agit d'actes inhumains qui de par leur ampleur ou leur gravité outrepassent les limites tolérables par la communauté internationale qui doit en réclamer la sanction. Mais les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur contre Drazen Erdemovic**. La Chambre de première Instance. La Haye, 29 novembre 1996, §28. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/fr/erd-ts961129f.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016. No mesmo sentido, no julgamento do *affaire Kambanda*, o Tribunal Penal Internacional de Ruanda afirma-se que crimes como o genocídio e o crime contra a humanidade são violações que chocam particularmente a consciência da humanidade e, referindo-se particularmente ao primeiro, diz que o crime de genocídio já infligiu graves sofrimentos à humanidade ao longo da história, a exigir a cooperação internacional para liberá-la desse flagelo. NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean Kambanda**. Chambre I. Anusha, 4 septembre 1998. §§ 14-16. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict97-23/trial-judgements/fr/980904.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹⁶ A expressão direito internacional foi utilizada pela primeira vez por Jeremy Bentham na obra *Introdução aos princípios da moral e de legislação* 1789, ainda para designar o conjunto de regras aplicáveis às Nações. No prefácio consta a afirmação: “*Part the 7th. Principles of legislation in matters betwixt nation and nation, or, to use a new though not inexpressive appellation, in matters of international law.*” BENTHAM, Jeremy. **To the principles of morals and legislation**. London: printed for T. Payne and Son, at the Mews Gatf, 1780, p. 6. Interessante como na Convenção Internacional para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, em seu artigo 1º, na versão francesa o crime é definido como um *crime du le droit des gens*, enquanto na versão inglesa o mesmo é concebido como um *crime under international law*.

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 316. Boston: Martinus Nijhoff, 2005, pp. 37-60. Ver também: ARCHIBUGI, Daniele; CROCE, Mariano; SALVATORE, Andrea. *Droit des gens ou paix perpétuelle ? Deux théories internationales fondatrices sur l'usage de la force*. In : FROUVILLE, Olivier de. **Le Cosmopolitisme Juridique**. Paris : Pédone, 2015, pp. 71-97. Os autores utilizam a expressão *droit des gens* para o direito regulador das relações entre os Estados e a expressão *projets de paix perpétuelle* para o que aqui é relacionado ao novo direito das gentes, ou ao direito internacional centrado na preocupação com os direitos humanos.

A partir de então, o conceito de humanidade ganha seus primeiros contornos jurídicos, tecidos sobretudo por meio de um edifício principiológico e de um direito nascido da violação ou da negação dos principais valores humanos.

1. AS BASES FILOSÓFICAS DO CONCEITO DE HUMANIDADE E A HERANÇA DO DIREITO DAS GENTES

O caminho em busca da descoberta da expressão humanidade e dos valores que a cercam tem início na história das ideias filosóficas que se ocuparam de compreender o mundo ao seu entorno, fornecendo as bases para a proteção jurídica daqueles que seriam os valores mais caros a essa sociedade.

Para que se possa falar atualmente em comunidade humana¹⁸, é preciso que os indivíduos que a formam sejam unidos por alguma espécie de elo, cujas características comuns são de complexa identificação.

A percepção da existência de valores partilhados por todas as comunidades humanas começa especialmente na filosofia de forma vagarosa e em consonância com o contexto histórico de cada civilização, erigindo os primeiros pilares de sustentação do que será mais tarde o direito internacional, naquilo em que se ocupará de articular as relações entre os povos e suas contradições, colocando em evidência a importância do papel do tempo no processo de identificação desses valores. Será sobretudo o transcurso do tempo que irá auxiliar o direito internacional a superar dificuldades representadas pela diversidade cultural no intuito de tentar buscar algumas normas universais dentro de uma sociedade culturalmente heterogênea¹⁹.

A identificação de sentido e da existência desses laços criará para o direito um objeto de natureza distinta da natureza dos sujeitos individuais que formam essa sociedade, porquanto inconfundível, seja com os sujeitos de direito que a protagonizam, seja com os membros de uma determinada raça, religião, etnia ou nacionalidade²⁰.

Como resultado desse processo, emergirá finalmente no cenário jurídico o conceito de *humanidade*, em especial no campo do direito internacional e sobretudo em virtude de seu porte “meta ou supra nacional”²¹, não sem que desse incipiente conceito tenham surgido e ainda

¹⁸ A par das expressões sociedade internacional, comunidade internacional, comunidade mundial e sociedade civil internacional, utiliza-se aqui a expressão comunidade humana.

¹⁹ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. **Le rôle du temps dans la formation du droit international**. Paris : Pédone, 1988, pp. 2-3.

²⁰ Como definiu o professor Antoine Pillet, a propósito do conceito de comunidade humana como sendo “*l'ensemble de tous les hommes qu'ils soient ou qu'ils ne soient pas engagés dans les liens d'une société particulière, d'un État*”. PILLET, A. Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet, **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, vol. I, p. 1-35, 1894, p. 5.

²¹ Sobre como o direito internacional seria o quadro jurídico natural do conceito de humanidade, pelo fato de a humanidade ser por natureza uma concepção supranacional, ver: ALLARD, J. L'humanité, un concept juridique sans précédent? In : BERNIS, Thomas (Dir.). **Le droit saisi par le collectif**. Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 189-206.

surjam diversas contradições²², a começar pela constatação de que mesmo que não se confunda com os indivíduos que a compõem, o fato é que quando passou a ser alvo de proteção jurídica por meio de textos internacionais, como forma de bascular a intervenção dos Estados sobre a esfera de direitos fundamentais das pessoas, não foi a humanidade o ente verdadeiramente protegido. É assim que, por exemplo, são os indivíduos e não a humanidade o objeto de proteção na Resolução²³ que porta a Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴, desde já trazendo potenciais questionamentos sobre a sua genuína universalidade e ainda mais vivas controvérsias sobre a influência ocidental, especialmente europeia, na imposição de valores supostamente universais²⁵.

Mas mesmo sendo a humanidade, enquanto ente portador de valores e, portanto, passível de proteção pelo direito²⁶, um substrato jurídico (e moral) recente, esse movimento de identificação é inaugurado de forma tangencial séculos atrás. Nasce na filosofia e tem seu conceito em grande parte herdado do antigo direito das gentes e de alguns esteios por ele erigidos em suas diferentes fases. Fruto das mudanças surgidas no contexto social num dado momento histórico, esse bem jurídico chamado humanidade deixa de ser objeto unicamente das ideias filosóficas e passa a ser apreendido pelo direito, operando-se então uma transposição das bases jurídicas ao seu conceito.

A edificação dos alicerces filosóficos do conceito de humanidade, por sua vez, dependeu essencialmente do contexto histórico em que foram concebidos e, embora cada um desses tempos históricos tenha sido marcado por nuances distintas, seu entendimento encontra-se intrincado com a evolução do direito das gentes. Conquanto o antigo direito das gentes não tenha tido por objeto a compreensão da humanidade²⁷, seu fundamento filosófico e as diversas fases por que passou auxiliam na descoberta dos valores essenciais de cada sociedade e, assim,

²² A esse respeito: FROUVILLE, Olivier de. La Cour pénale internationale : une humanité souveraine ? **Le Temps Modernes**, Paris, n° 610, p. 257-288, sept-oct-nov 2000.

²³ Resolução 217 A III da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948.

²⁴ LEJBOWICZ, Agnès. **Philosophie du droit international** : L'impossible capture de l'humanité. Paris: PUF, 1999, pp. 345-346.

²⁵ “*On rejoint ainsi le débat sur les valeurs universelles. L'influence occidentale, notamment à travers les systèmes de colonisation, puis dans les relations postcoloniales, a laissé l'impression d'une volonté de transmission d'un système politique prédéterminé comportant l'État et les formes démocratiques construites en Occident.*” CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. **Droit international et démocratie mondiale** : Les raisons d'un échec. Paris : Editions Textuel, 2002, p. 36.

²⁶ GLASER, S. La protection internationale des valeurs humaines. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, vol, 60, n. 2, p. 211-241, 1957.

²⁷ O direito das gentes nasce no direito romano, com a finalidade de criar regras que disciplinassem as relações entre estrangeiros e cidadãos romanos e somente mais tarde se torna a lei comum do Império romano com vocação à aplicação universal. Cf. SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6th ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 17.

na busca de sentido do que seja a humanidade hoje, dos seus valores respectivos e, portanto, do que possa significar a sua grave violação.

A história do direito das gentes conhece uma evolução cíclica: nascido com a finalidade específica de discernir estrangeiros e não-estrangeiros, sendo logo utilizado como um direito que regia a relação entre as pessoas, mas sobretudo enquanto membros de uma comunidade humana universal (ainda que a concepção de universo existente à época não fosse a mesma de atualmente), passando a uma fase posterior em que se resumia a regular as relações entre as Nações – momento em que o antigo direito das gentes ganha o nome de direito das Nações.

Essas diversas nuances do direito das gentes tiveram o condão ora de ampliar, ora de restringir o conceito de humanidade e lançaram as bases do direito internacional e seu objeto de proteção naquilo em que se conjuga com sua vocação de salvaguarda de alguns valores universais.

A partir disto pode-se chegar atualmente à ideia de um novo direito das gentes, identificado com o que se denomina na presente pesquisa moderno direito internacional, o qual encontra um redesenho a partir das mudanças da sociedade internacional e traz uma série de consequências sobre o próprio conceito de Estado, seus poderes, seus limites e sobretudo suas obrigações.

Analisando-se, portanto, o direito das gentes (enquanto base do direito internacional atual) em uma abordagem finalística – no sentido de qual seja efetivamente o seu objeto de proteção –, e em sua completude histórica – enquanto um processo construtivo –, a sua relação com o conceito de humanidade e o conjunto de valores que a constituem pode ser concebida segundo duas óticas diferentes: a primeira delas, limitada às fronteiras políticas, partindo de um pressuposto de que os Estados são soberanos na identificação dos valores a proteger; e a segunda delas, por um prisma inverso, sob a premissa de que antes da existência de uma sociedade política, composta unicamente de Estados, existe uma sociedade humana formada por indivíduos que se unem por laços comuns.

A primeira dessas concepções projeta a humanidade sob o ponto de vista da soberania dos Estados e lança os fundamentos de um direito internacional limitado às relações entre os Estados, sendo por isso denominado direito das Nações. A segunda concepção dá à luz a uma humanidade vista sob a unidade do gênero humano, semente de um direito internacional de cunho cosmopolita que considera o indivíduo como sujeito de direitos, constituindo-se no direito das gentes propriamente dito.

Cada uma dessas abordagens jus filosóficas deixou profundas cicatrizes na concepção atual do direito internacional e do quanto ele pode ou não ser modificado no futuro para satisfazer as necessidades humanas de um mundo em transformação.

1.1 A humanidade vista sob o prisma da soberania

No contexto de fortalecimento dos Estados nacionais e, com ainda mais vigor, a conjuntura do fim do século XVII e do século XVIII, marcada pelos princípios da Paz de Vestfália, inaugura ao mesmo tempo um novo cenário político no plano mundial e uma convergência de ideias no plano filosófico que irão refletir diretamente sobre a concepção de humanidade.

Esse panorama irá influenciar o direito das gentes, porquanto o direito normatizador das relações entre os Estados é inicialmente concebido em caminho diametralmente oposto. A construção axiológica estendida ao conteúdo dos atos e violações praticados pelos Estados encontra-se nesse momento limitada às relações travadas entre os próprios Estados e à justiça de seus interesses, não alcançando as eventuais ofensas individuais e coletivas delas decorrentes. Esse contexto dificulta a elaboração do conceito de grave ofensa à humanidade, porquanto nesse período existe uma preponderância da razão de Estado que serve como parâmetro para a construção da noção de justiça.

Na era moderna, em consequência de um contexto de centralização de poder e de apropriação pelos então incipientes Estados do monopólio de regulação da força legítima, o cenário europeu é formado por potências estatais, que funda um sistema de equilíbrio frágil entre essas forças, ancorando-se, de um lado, no controle interno que reforça a soberania de cada um desses entes e, de outro lado, nos princípios do reconhecimento recíproco e da não-ingerência.

As ideias de Maquiavel, na Itália, e de Jean Bodin, na França, reverberam nesse quadro político e possuem forte influência no que se concebe por Estado tanto no plano interno quanto no plano externo.

Em suas obras *O Príncipe* e *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, Maquiavel colabora para o aniquilamento de um certo universalismo medieval ainda existente e prega que o progresso só poderá ser alcançado por um governante que concentre todo o poder²⁸.

²⁸ NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History of the Law of Nations**. New York: The Macmillan Company, 1947, p. 56.

Imbuído do mesmo espírito de fortalecer o governo, Jean Bodin, em seu *Six livres de la République*, desenvolve a teoria da soberania a partir de uma perspectiva nacional a ponto de essa noção de poder do governante tornar-se uma pedra angular do direito das Nações²⁹. Sua teoria tem como um dos postulados o de que a soberania é absoluta no sentido de que o poder soberano não admite subordinação a qualquer outro, nem mesmo ao direito das gentes³⁰. O direito das Nações começa a ganhar a sua expressão, culminando com a perda de espaço do direito das gentes.

Reflexo desse pensamento político é a sociedade da época que, vista sob o prisma externo, tem nos Estados seus únicos atores, para o que o direito que os regula se ocupará apenas do regramento da relação desses sujeitos. A partir desse momento, a doutrina jus filosófica pensadora do então direito das gentes, o qual nascera inicialmente para reger as relações intersubjetivas, dedicar-se-á a criar regras referentes ao comportamento das Nações, razão pela qual o direito ocupado de reger o que acontecia no plano externo dos Estados passou a ser identificado com a expressão *Law of Nations*. O *jus gentium* de outrora cede espaço e se fragmenta em um *jus inter gentes*: um direito destinado a governar essencialmente as relações entre Estados soberanos e independentes³¹.

Considerando que os Estados são o centro de uma incipiente sociedade internacional e que o pensamento jus filosófico se volta para o regramento de suas relações, a construção do conceito de humanidade e a identificação de seus valores ficam negligenciados. O prisma de análise do direito e da filosofia, amparado que é nos princípios da igualdade e da soberania dos Estados, tem como uma das suas finalidades a de conferir sustentação ao tênue equilíbrio do cenário mundial, sem que o ponto central dessas reflexões passe pelos liames que unem os indivíduos no âmbito da coexistência dos Estados, ainda que por vezes um certo conteúdo humanista tenha sido inserido nessas construções dominantes.

Nesse momento histórico em que pouco se fala em humanidade, sua episódica abordagem será a partir do ponto de vista da soberania dos Estados e, haja vista a menor preocupação com o indivíduo no plano internacional, o direito das gentes será efetivamente muito mais um direito das Nações.

²⁹ “Bodin’s theory of sovereignty as well as his classification of rulers was bound to have repercussions upon the doctrine of international law. In fact, the notion of the ruler’s sovereignty became a cornerstone of the later”. NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History of the Law of Nations**. New York: The Macmillan Company, 1947, p. 57.

³⁰ GARDOT, André. **Jean Bodin** : Sa place parmi les fondateurs du droit international. Recueil des Cours de l’académie de droit international de La Haye. Vol. 50. Boston: Martinus Nijhoff, 1934, pp. 623-624.

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind**: towards a new *Jus Gentium* (I). General Course on Public International Law. Recueil des Cours de l’académie de droit international de La Haye. Vol. 316. Boston : Martinus Nijhoff, 2006, p. 44.

Os primórdios de um certo universalismo que existira na Idade Média, muito em virtude da unificação da fé cristã, desaparece na doutrina dos séculos subsequentes, centrada na figura do Estado e fundando as bases sólidas do princípio da soberania, fonte de um direito internacional ancorado na vontade dos Estados e que deixará uma arraigada herança ao direito internacional dos dias atuais, com sua dificuldade de se desapegar da concepção de supremacia do Estado.

A centralização do poder soberano é o tema central do Leviatã de Thomas Hobbes. A fim de garantir a paz, Hobbes ensina as regras de governar aos soberanos e os padrões de obediência aos súditos³², criando um sistema que confere pouca importância aos indivíduos na medida em que estes se desfazem de seu poder e o transferem à instância estatal formando um elo contratual que os representa³³. Os Estados passam a ser a personificação do direito, porquanto na filosofia de Hobbes o direito das gentes seria o direito natural dos indivíduos aplicado aos Estados³⁴. Foi essa personificação dos Estados um dos principais fatores para que o direito internacional assumisse mais tarde a sua dimensão interestatal, pavimentando o caminho para o seu predominante voluntarismo³⁵.

O século XVIII, inaugurado pelo domínio³⁶ de um humanismo individualista, consolida o pensamento filosófico que ao mesmo tempo não comunga com a noção de comunidade humana e igualmente sustenta os pilares do princípio da soberania.

Partilhando da teoria de que os direitos humanos são o catalizador dos valores da humanidade (em uma perspectiva do direito que transcende os Estados, posterior à ideia original que os concebeu)³⁷ e demarcando que os filósofos das luzes tenham lançado os primeiros

³² CAMPAGNA, Norberto. **Thomas Hobbes : L'ordre et la liberté**. Paris : Michalon, Le bien Commun, 2008, p. 28.

³³ TERNON, Yves. **Gênese du droit international : des Pères fondateurs aux conférences de la Haye**. Paris : Editions Karthala, 2016, pp. 145.

³⁴ “*la loi naturelle se peut diviser en naturelle à tous les hommes du monde, qui étant seule en l’usage, se nomme proprement la loi de nature ; et en naturelle aux États, que l’on peut nommer la loi des gens, mais d’ordinaire on lui donne le titre de droit des gens.*”. HOBBS, Thomas. **Le Citoyen ou les Fondements de la politique** (De Cive). Traduit de l’anglais en 1649 par Samuel Sorbière, secrétaire de Thomas Hobbes. Québec : Edition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, 2002, Ch. XIV, §4^o.

³⁵ Esse aspecto da personificação dos Estados e as suas consequências sobre o caráter voluntarista do direito internacional, que deixará a sua marca no Congresso de Viena de 1815, é ressaltado por Antônio Augusto Cançado Trindade: “*Such strictly inter-State outlook of International Law, in turn, paved the way to the excesses of State voluntarism (reducing International Law to a sort of ‘external’ State Law) and to successive abuses committed by States to the detriment of persons under their respective jurisdiction, amidst flagrant impunity.*”. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium (I)**. General Course on Public International Law. Recueil des Cours de l’académie de droit international de La Haye. Vol. 316. Boston : Martinus Nijhoff, 2006, p. 44.

³⁶ Fala-se em domínio porque dessa corrente de pensamento destoaram-se os filósofos oitocentistas pensadores do cosmopolitismo, do qual Immanuel Kant é o principal expoente.

³⁷ A pesquisa se apoia nesse aspecto sobre a doutrina do Professor Alfred Verdross, especialmente em sua obra *La dignité de la personne humaine base des droits de l’homme*, e que será oportunamente abordada. In: VERDROSS,

alicerces dos direitos humanos por meio das ideias que defenderam as liberdades individuais como instrumento de defesa contra o arbítrio do poder estatal, no que diz respeito especificamente à concepção do papel desempenhado pelo Estado, este último ainda ocupa uma posição preponderante sob a ótica das relações travadas no âmbito internacional durante o período do Iluminismo.

Por isso compreende-se a doutrina humanista do século XVIII como um humanismo do homem, ou do indivíduo singularmente considerado, e não um humanismo da humanidade. O humanismo das luzes não teve como preocupação central a proteção da humanidade.

Essa doutrina humanista nasce no interior do Estado, como uma reação da filosofia das luzes ao arbítrio do Estado naquilo em que exercia o seu poder sobre os indivíduos nas suas relações internas. Por isso tem como estandarte a proclamação solene ao direito de liberdade, do que será símbolo a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Essa doutrina dos direitos humanos ganhará o terreno do direito internacional apenas no século XX, em uma reação aos horrores das Guerras Mundiais, momento em que passará por uma profunda transformação.

Ainda que os teóricos do pensamento humanista tenham partido de premissas completamente diversas, o século XVIII continua a ter como *Leitmotiv* do pensamento filosófico o princípio da soberania do Estado, assim como certa indiferença para os elos que ligam os indivíduos fora das fronteiras dos Estados. Claramente essa ideia de soberania estatal, princípio regente da doutrina do direito das Nações, sofre diferentes nuances, mas em geral parte do pressuposto de que a soberania não implica uma negação do direito que regula a conduta desses Estados³⁸, mas muito antes serve de parâmetro para o regramento de condutas entre Estados soberanos.

Esse fio condutor aparece, por exemplo, de maneira bastante clara na obra de Jean-Jacques Rousseau em seu Contrato Social, oportunidade em que formula a sua própria concepção de direito das gentes: não fundando sua teoria contratualista sobre as bases do direito natural, dele retira o elo que uniria as diversas sociedades, compreendendo-o como próprio sinônimo de direito das gentes³⁹. Para Rousseau, o direito das gentes seria a base de regramento

Alfred. La dignité de la personne humaine base des droits de l'homme. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkrecht*, Wien, vol. 30, n° 3 et 4, pp. 271-277, 1980.

³⁸ MANDELSTAM, André N. *La protection internationale des droits de l'homme*. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 38. Boston : Martinus Nijhoff, 1931, p. 174.

³⁹ “La loi de nature n'eut plus lieu qu'entre les diverses sociétés, où, sous le nom de droit des gens, elle fut tempérée par quelques conventions tacites pour rendre le commerce possible et suppléer à la commisération naturelle, qui, perdant de société à société presque tout la force qu'elle avait d'homme à homme, ne réside plus que dans quelques âmes cosmopolitiques qui franchissent les barrières imaginaires qui séparent les peuples, et qui, à l'exemple de l'Être souverain qui les a créés, embrassent tout le genre humain dans leur bienveillance”.

das relações externas entre os Estados e nesse aspecto sua obra permanece inacabada, reconhecendo que fundou todo o seu edifício teórico sobre os princípios de direito político que possui o Estado soberano como base⁴⁰, sem que tenha se dedicado suficientemente ao estudo do comportamento dos Estados entre si. Verifica-se, portanto, que o que Rousseau denomina direito das gentes se trata, em realidade, de um direito das Nações, porquanto desconsidera qualquer espaço do indivíduo no cenário internacional e não estabelece critérios reguladores de um direito que possa ganhar algum caráter de universalidade.

Mesmo na obra de Montesquieu, no que respeita às suas teorizações, ora sobre o direito natural enquanto elo que une os indivíduos, ora sobre o direito das gentes como o conjunto de leis às quais os povos obedecem nas suas relações, seu pensamento funda-se precipuamente sobre a existência dos Estados, suas relações e seus interesses, neles compreendidos a guerra e a paz. Segundo ele, todos os Estados possuem um direito das gentes e um direito político⁴¹, sendo o primeiro relacionado ao direito da guerra e da paz e às embaixadas e o segundo aquele que diz respeito à constituição do governo no plano interno.

Para Montesquieu haveria três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo dependente do direito das gentes e o poder executivo dependente do direito civil, a que denominará poder de julgar⁴². Este poder executivo dependente do direito das gentes será, para Montesquieu, limitado às relações que entravarão os Estados no plano internacional e, por essa razão, infere-se que seu direito das gentes parte igualmente da ótica da soberania estatal, baseado que é unicamente na relação que estabelecem entre si Estados independentes e iguais.

Nesse sentido, o direito das gentes, utilizado expressamente por Montesquieu para fundamentar a autonomia das Embaixadas, é completamente independente das leis internas de cada Estado, pois entende que estas não devem ser utilizadas para o regramento das relações estatais no plano internacional, porquanto se trata de domínio reservado ao direito das gentes⁴³.

ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 357.

⁴⁰ « *Après avoir posé les vrais principes du droit politique et tâché de fonder l'État sur sa base, il resterait à l'appuyer par ses relations externes, ce qui comprendrait le droit des gens [...]. Mais tout cela forme un nouvel objet trop vaste pour ma courte vie : j'aurais dû la fixer toujours plus près de moi* ». ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 239.

⁴¹ « *Outre le droit des gens qui regarde toutes les sociétés, il y a un droit politique pour chacune* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843, p. 7.

⁴² « *Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. (...). Par la seconde, il (le prince) fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris, Éditeur Lavigne, 1843, p. 106.

⁴³ « *Il faut donc suivre, à l'égard des ambassadeurs, les raisons tirées du droit des gens, et non pas celles qui dérivent du droit politique* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843, p. 339.

Nesse sentido, embora não desenvolva em profundidade uma verdadeira teoria do direito das gentes, Montesquieu demonstra claramente conceber a existência de dois direitos diversos, sendo um aplicável no plano interno e outro, caso do direito das gentes, no plano das relações externas, destinado a reger o comportamento dos Estados na cena internacional tão somente, sem que nesse plano haja qualquer menção aos direitos e garantias dos indivíduos.

Para Montesquieu, finalmente, o direito das gentes nada mais seria do que um sinônimo daquilo que se define por *Law of Nations*, chegando mesmo a conceituá-lo como sendo a lei política das Nações, consideradas na relação que elas possuem umas com as outras⁴⁴.

A teorização do direito das gentes encontra maior profundidade na obra de Christian Wolff, especialmente em seu *Institutiones juris naturae et gentium*. Atribuindo-lhe a qualidade de um direito necessário e imodificável, Wolff entende que o direito das gentes acaba por ser imposto como consequência do reagrupamento em sociedade, reagrupamento esse que se fundaria e se manteria em virtude do princípio da igualdade dos Estados⁴⁵, que impede que uns se sobreponham aos outros, fazendo com que vivam em relativo equilíbrio.

Esse direito das gentes necessário, de natureza universal, porque válido para todas as Nações, transformar-se-ia em lei civil, passando a ter para Wolff a denominação de direito das gentes voluntário⁴⁶. Essa concepção de Wolff decorre do seu entendimento de que os Estados possuem uma natureza diversa dos indivíduos, razão pela qual a lei natural aplicada aos Estados deve possuir alguns temperamentos – a que denomina direito das gentes⁴⁷. Dessa forma, o Estado passa a ser o sujeito central de sua teoria do direito das gentes, não havendo diferença de igualdade entre Estados.

Paralelo ao *Jus Gentium necessarium* e ao *Jus Gentium Voluntarium*, ambos advindos da lei natural, Wolff concebe também um direito das gentes convencional e um direito das

⁴⁴ « *La force offensive est réglée pour le droit des gens, qui est la loi politique des nations, considérées dans le rapport qu'elles ont les unes avec les autres* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843, p. 93.

⁴⁵ « *En vertu de ce Droit nécessaire des Gens, il y a entre les Nations une parfaite égalité d'obligations & droits* ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens** : extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 283.

⁴⁶ « *Ses Loix ne font autres que les Loix Naturelles, lesquelles deviennent Loix Civiles* ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens**: extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 283.

⁴⁷ « *On considère les Nations différentes comme autant de personnes libres, qui vivent dans l'état de Nature ; & qui sont obligées à remplir tant envers elles-mêmes, que les unes à l'égard des autres, les mêmes devoirs que la loi de Nature importe aux particuliers. C'est donc le droit Naturel qui doit servir de règle à leur conduite : & lorsque ce droit est appliqué aux Nations, on l'appelle Droit nécessaire ou naturel, des gens. Il est parfaitement immuable* ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens** : extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 283.

gentes costumeiro, estes últimos estabelecidos pelo consenso⁴⁸ e pelos costumes⁴⁹, respectivamente.

Todos esses conceitos de direito de Wolff são construídos partindo da perspectiva de predominância dos Estados enquanto fonte e enquanto destinatários: o direito das gentes natural é pensado como instrumento de saída dos Estados do estado de natureza, e o direito das gentes convencional e costumeiro são aplicáveis na resolução dos conflitos entre as Nações, especialmente no que diz respeito ao direito da guerra, ao direito de neutralidade e ao direito das embaixadas⁵⁰.

Embora Wolff possa ser considerado por alguns juristas como um pensador de uma comunidade do gênero humano⁵¹, essa perspectiva não parece ser a mais marcante em sua obra, porquanto quando Wolff cria o que denomina a *civitas maxima*, o faz dentro do sistema de sua doutrina de direitos e deveres das Nações⁵². Wolff as considera como estando organizadas em uma associação que consistiria no pacto das diversas Nações feito com vistas a promover o bem comum através da cooperação mútua e por meio de regras que delas emanam⁵³. No seu sistema, os Estados soberanos, chamados potências soberanas⁵⁴, seriam os principais sujeitos de direito, governados pelo princípio de igualdade que rege, inclusive, sua concepção de direito dos tratados⁵⁵.

Wolff acaba por consolidar, assim, os fundamentos de um direito internacional que terá predominância pelos séculos seguintes, ancorado no princípio da soberania e da igualdade

⁴⁸ « *Les Nations peuvent aussi acquérir des Droits, & contracter des Obligations par les Traités qu'elles font entr'elles. C'est-là le Droit des Gens practice, qui n'est qu'un droit Particulier* ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens** : extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, pp. 283-284.

⁴⁹ « *Enfin il y a un Droit des Gens coutumier, qui s'établit par un long usage des choses introduites, & observées sur le pied de Droit, entre les Nations* ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens** : extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 284.

⁵⁰ TERNON, Yves. **Gênese du droit international** : des Pères fondateurs aux conférences de la Haye. Paris : Editions Karthala, 2016, pp. 181-183.

⁵¹ PILLET, Antoine ; ALLAN, Denis. **Les fondateurs du droit international** : François de Vittoria, Albericus Gentilis, François Suarez, Hugo Grotius, Richard Zouch, Pufendorf, Cornélius Van Bynkershoek, Christian-Frédéric de Wolff, Emer de Vattel, Georges-Frédéric de Martens. Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2014, pp. 459-469.

⁵² WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens** : extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758.

⁵³ NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History of the Law of Nations**. New York: The Macmillan Company, 1947, pp. 150-151.

⁵⁴ « *Les Puissances Souveraines sont les personnes qui exercent l'empire dans un Etat, et au-dessous d'elles il y en a de moindres, qui sont chargées de quelque partie de l'empire, mais dépendamment de la Puissance Souveraine, & en son nom. Tels sont les Magistrats et les Généraux* ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens** : extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 290.

⁵⁵ « *Il naît un Droit parfait des Traités, & leur violation est une injure. Par conséquent, il n'est pas permis à un Etat de faire des Traités contraires à ceux qui subsistent déjà entre lui & entre autre Etat* ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens** : extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 291.

entre os Estados e na desconsideração do indivíduo enquanto sujeito de direitos no plano internacional. Por isso entende-se que seu direito das gentes não é propriamente a expressão de um direito que regule a relação entre os povos, não se autorizando chamá-lo de um verdadeiro *jus gentium*.

Essa noção será ainda melhor aperfeiçoada na obra de Emmerich de Vattel. Em *Le droit des gens*, escrito em 1759, Vattel confere aplicação do direito natural às Nações e aos povos, denominando-o direito das gentes e para ele formulando um corpo todo específico⁵⁶.

Como exemplos desse corpo de regras, Vattel afirma que os tratados internacionais retirariam sua força obrigatória de um direito das gentes ditado pelo direito natural⁵⁷. Vattel inspira-se fortemente na obra de Hobbes para afirmar que o direito das gentes é o direito natural aplicado aos Estados, mas dele distanciando-se na medida em que para estes últimos – os Estados – cria temperamentos por considerá-los distintos dos indivíduos⁵⁸. Ainda que seja um pensador jus naturalista e considere a necessidade de observância a regras de natureza superior, os fundamentos da teoria vatteliana se fundam no comportamento dos Estados e suas relações recíprocas enquanto entes iguais.

Não somente com Wolff e com Vattel, mas com a maioria da doutrina jus filosófica do século XVIII, esses princípios edificados para um suposto direito das gentes, traduzido mais exatamente em um direito das Nações, deixou cicatrizes profundas no futuro do direito internacional. Eles poderiam ser, por esse motivo, identificados como os fundadores de um direito internacional clássico, erguido sobre os pilares da soberania, que tem como corolários no plano externo princípios como o da igualdade entre os Estados e o da não-ingerência, assim como a visão de que o indivíduo somente seria um sujeito de direitos no plano interno, enquanto ligado ao seu Estado pelo vínculo da nacionalidade. Essa tradição deixada pelo *Law of Nations* torna estranha uma concepção diversa que se pretenda criar para o direito internacional.

⁵⁶ « Lors donc que l'on veut appliquer aux Nations les Devoirs que la Loi Naturelle prescrit à chaque homme en particulier ; et les droits qu'elle lui attribué afin qu'il puisse remplir ses devoirs ; ces Droits et ces Droits ne pouvant être autre que la nature des sujets ne le comporte, ils doivent nécessairement souffrir dans l'application un changement convenable à la nature des nouveaux sujets auxquels on les applique. On voit ainsi que le Droit des Gens ne demeure point en toutes choses le même que le Droit Naturel, entant que celui-ci régit les actions des particuliers. Pourquoi donc ne le traitera-on pas séparément, comme un Droit propre aux Nations ? » VATTEL, M. de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquées à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains**. Tome I. Londres : éditeur s.n., 1758, Préface p. XIV.

⁵⁷ VATTEL, M. de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquées à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains**. Tome I. Londres : éditeur s.n., 1758, Préface p. XXII.

⁵⁸ Referindo-se a Thomas Hobbes, Vattel afirma : « cet auteur a fort bien observé que le Droit des Gens est le Droit Naturel appliqué aux États, ou aux Nations. Mais nous verrons dans le cours de cet Ouvrage, qu'il s'est trompé quand il a cru que le Droit Naturel ne souffrit aucun changement nécessaire dans cette application. » VATTEL, M. de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquées à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains**. Tome I. Londres : éditeur s.n., 1758, Préface p. X.

Por isso, nesse contexto o conceito de humanidade fica renegado na medida em que somente pode ser vista de forma compartimentada sob o prisma de cada um dos Estados nacionais que compõem esse cenário. A humanidade perdera seu espaço para as doutrinas da soberania⁵⁹. São os mesmos Estados a única fonte de direito e por isso a dificuldade de construção do conceito de grave violação à humanidade, já que a noção do que seja uma violação a direito será sempre relativa, vinculada ao poder de dizer o direito pertencente a cada Estado nacional.

Nesse contexto em que o cenário internacional é um mosaico de Estados soberanos que buscam seu equilíbrio, detêm a legitimidade do uso da força, o que compreende o direito de ir à guerra, e em que monopolizam as relações internacionais, aparecerá um fenômeno que, segundo se entende, não pode ser negligenciado.

Além de o direito das gentes confundir-se com o direito das Nações, o objeto de sua preocupação será encontrar e fundamentar os limites do exercício das relações entre os Estados, mas a partir de uma perspectiva muito particular condizente com o ideal de soberania da época, fazendo emergir a razão de Estado como mais um paradigma a considerar.

O século XVIII será o período em que se desenvolverão uma série de estudos jus filosóficos com vistas a limitar e regular as ações dos Estados entre si e a partir desses marcos será a razão de Estado ou a ausência de razão de Estado a pedra de toque do conceito de ação justa ou injusta no plano internacional.

Porque a ordem jurídica passa a ser essencialmente a ordem jurídica nacional e porque os Estados protagonizam o uso da força e o monopólio do direito, inexistindo além deles mesmos um ente superior jurídica e politicamente, a concepção de justiça e de violação ao direito fica restrita a essa mesma visão nacional. O fato de o Estado ter monopolizado o domínio da força provocou uma modificação da própria concepção da guerra, deixando esta de ser um liame puramente interpessoal, portanto do domínio do que até então se concebia como sendo o clássico direito das gentes, passando a um nível nacional de relação⁶⁰.

⁵⁹ Referindo-se à obra de Emer de Vattel, Catherine Le Bris assim justifica essa perda de espaço acerca das preocupações com a humanidade: « *l'humanité est, en règle générale, peu présente. À mesure que les juristes se détachent du droit naturel pour recentrer leurs études sur le droit positif, ils délaissent le concept d'humanité. Le jus inter gentes prend le pas sur le jus gentium. L'humanité tombe dans l'ombre de la souveraineté* ». LE BRIS, Catherine. **L'humanité saisie par le droit international public**. Paris : LGDJ, 2012, p. 12.

⁶⁰ “*War, in other words, was now being seen, more than even before, in national rather than in interpersonal terms*”. NEFF, Stephen C. **War and the Law of Nations: A general History**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 101.

Esta nova composição se faz tão clara que será evidenciada mais uma vez na obra de Jean-Jacques Rousseau, especialmente no aspecto em que afirmará que a guerra não é senão de maneira fortuita uma relação entre homens, mas sobretudo uma relação entre Nações⁶¹.

Em virtude desse contexto, a razão de Estado ganhará especial relevância e se confundirá mesmo com a concepção de direito. Não existe, nesse momento, a ideia de violação ao interesse da humanidade que possa ser concebida de forma indiferente ao interesse de um Estado em particular e isto se reflete nas formulações atinentes ao direito dos Estados de fazer a guerra, sendo pródigas as tentativas jus filosóficas de justificar a existência de uma guerra justa. Esses ensaios partem sempre da ótica do direito dos Estados de ir à guerra, sem qualquer ou com mínima preocupação com os direitos das populações afetadas. A guerra, aliás, é mencionada como uma prerrogativa ou um direito dos Estados⁶², sendo raramente os indivíduos identificados como suas vítimas.

Essa é uma construção que encontra eco no então emergente *Law of Nations*, com a particularidade de que sua estruturação passa a ser juridicamente fundamentada. Como explica Stephen Neff, a partir desse momento passam a existir duas espécies de guerras justas: a primeira, advinda da lei natural e abordada de acordo com o esquema medieval clássico; a segunda, decorrente da lei voluntária, que é amparada sobretudo em formalidades externas, assim entendidos os princípios fundamentais relacionados ao *animus* e à *justa causa*⁶³.

Esses princípios fundamentais estarão, em ambos os casos, relacionados às razões dos Estados que participam das hostilidades. Por isso, ao longo desse tempo não se mencionará propriamente a expressão ofensa à humanidade e, nesse caso, a justiça ou a injustiça de uma agressão praticada por um Estado estará relacionada com suas razões compreendidas como sendo justas ou injustas para a solução de conflitos pelo uso da força.

E esta lógica se repetirá não somente naquilo que diz respeito ao exercício da guerra e à sua justiça ou injustiça, mas também ao monopólio do Estado de dizer o direito e, com isto, de conceber o que é justo e o que é injusto. Será em última análise o Estado quem determinará

⁶¹ « *La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats ; non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États & non pas des hommes, attendu qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer aucun vrai rapport* ». ROUSSEAU, J.J. **Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique**. Amsterdam : Chez Marc Michel Rey, 1762, pp. 18-19.

⁶² Spinoza, por exemplo, referindo-se à *cité* como um Estado mantido por leis, afirma que « *le droit de la guerre appartient à chaque cité* ». SPINOZA. *Philosophie et politique (textes choisis)*, Paris : PUF, 1967, p. 107.

⁶³ NEFF, Stephen C. **War and the Law of Nations: A general History**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 96.

os requisitos da configuração de uma ofensa (grave) a um direito, embora seja muitas vezes ele o seu causador.

Em Hobbes, por exemplo, o direito das gentes, ou as virtudes morais da lei natural, adquire sua força de validade na razão de Estado, em razão da força das instituições estatais. Em outras palavras, Hobbes somente considera válido e dotado de imperatividade aquilo que o próprio Estado transformou de lei natural em lei positiva⁶⁴. É, portanto, o Estado quem diz quais são as virtudes morais, porquanto é ele quem detém o poder de transformar a lei natural em direito positivo.

Montesquieu igualmente se utiliza de sua construção de poderes tripartidos, em que o direito das gentes é o amparo do Poder Executivo no plano internacional, para justificar a razão de Estado quando este tiver necessidade de fazer a guerra, asseverando que a princípio as Nações devem fazer o bem, podendo utilizar-se da guerra como meio de solução de conflitos como forma de não causar danos a seus mais importantes interesses⁶⁵. Assim, em nome da salvaguarda de seus interesses – a razão de Estado – poderá o soberano optar por não fazer aquilo que a princípio seria o bem.

Seguindo essa linha de pensamento, Montesquieu afirma que o objetivo da guerra é a vitória, que tem por objetivo por sua vez a conquista, a qual, igualmente, tem por finalidade a conservação dessa conquista obtida pela vitória, e que desse princípio devem derivar todas as leis que formam o direito das gentes⁶⁶.

Referindo-se ao direito de conquista, Montesquieu entende que decorre do direito das gentes o dever do Estado conquistador de continuar a governar segundo as leis do Estado conquistado, tomando para si apenas o exercício do governo político e civil, e isto em decorrência do arraigado princípio de soberania que existe na obra de Montesquieu segundo o qual as leis internas do Estado possuem validade absoluta e independem do consenso de outros Estados soberanos⁶⁷.

⁶⁴ JOUANNET, Emmanuelle. **Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique**. Paris : Pédone, 1998, p. 43.

⁶⁵ « *Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843, p. 7.

⁶⁶ « *L'objet de la guerre, c'est la victoire ; celui de la conquête, la conservation. De ce principe et du précédent doivent dériver toutes les lois qui forment le droit des gens* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843, p. 7.

⁶⁷ « *Un État qui en a conquis un autre le traite d'une des quatre manières suivantes : il continue à le gouverner selon ses lois, et ne prend pour lui que l'exercice du gouvernement politique et civil [...]. La première manière est conforme au droit des gens que nous suivons aujourd'hui* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843, pp. 94-95.

Montesquieu justifica o direito dos Estados de irem à guerra comparando-os com os seres humanos: se estes possuem o direito de matar no caso de defesa, assim o tem também os Estados para sua conservação. Esse direito de conservação incluiria igualmente o direito de atacar, no caso em que o ataque seja o único meio de assegurar uma ameaça à paz. Por isso Montesquieu fala em direito à guerra derivado da necessidade ou de um justo rígido⁶⁸.

Na mesma linha de pensamento, no livro que trata do direito das gentes, Wolff se dedica ao direito de guerra das Nações, distinguindo guerra lícita e guerra ilícita, defensiva e ofensiva, e começa a se distanciar de seus predecessores ao afirmar que se uma guerra é iniciada sem razão justificada, a mesma deve ser vista como indigna da humanidade e a denominar de guerra de bestas ferozes⁶⁹. Wolff consagra um capítulo específico sobre o direito das gentes na guerra, nominando de crime a conduta de todos aqueles que participam de uma guerra injusta⁷⁰.

Não obstante, e neste ponto se aproximando à doutrina que justifica o direito de utilização da guerra pelos Estados, ainda que um conflito armado possa significar a existência de graves violações aos direitos dos indivíduos, Wolff justifica a utilização da guerra justa em nome dos interesses do Estado, nas hipóteses em que este se proponha a obter aquilo que lhe é de direito⁷¹. Assim, por mais que princípios humanitários mínimos estejam latentes na doutrina de Wolff naquilo em que exige a existência de uma razão para o início das hostilidades em respeito à humanidade, o interesse estatal, traduzido em razão de Estado, prevalece sobre o interesse dos indivíduos afetados pela guerra.

Por sua vez, a questão da legitimidade da guerra em Vattel está relacionada não às causas da guerra em si, que a classificariam como uma guerra justa ou injusta, mas mais precisamente aos meios utilizados pelos Estados para fazer a guerra⁷².

⁶⁸ « *Le droit de la guerre dérive donc de la nécessité et du juste rigide* ». MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843, p. 94.

⁶⁹ WOLFF, Christian. *Principes du droit de la nature et des gens : extrait du grand ouvrage latin*. Amsterdam, éditeur Marc Michel Rey, 1758, Livre Neuvième. Du Droit des Gens. Chapitre VII. Du droit de guerre des Nations. § IV, p. 295.

⁷⁰ « Tout ce qui se fait dans une guerre injuste, est illicite, & peut être regardé comme vol, brigandage, & assassinat. Ceux qui participent à une semblable guerre, en qualité d'Associés ou d'Alliés, se rendent coupables des mêmes crimes ». WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens : extrait du grand ouvrage latin**. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 298.

⁷¹ WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens : extrait du grand ouvrage latin**. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758, p. 298.

⁷² « *Ainsi que les droits fondés sur l'état de guerre, la légitimité de ses effets, la validité des acquisitions faites par les armes, ne dépendent point, extérieurement et parmi les hommes, de la justice de cause, mais de la légitimité des moyens en eux-mêmes : c'est-à-dire, de tout ce qui est requis pour constituer une guerre en forme. Si l'Ennemi observe toutes les règles de la Guerre en forme, nous ne sommes point reçus à nous plaindre de lui, comme d'un infracteur du Droit des Gens : il a les mêmes prétentions que nous au bon Droit ; & toute notre ressource est dans la Victoire, ou dans un Accommodement* ». VATTEL, M. de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquées à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains**. Tome I. Londres : éditeur s.n., 1758.

No entanto, e nesse ponto se encontra um dos aspectos em que se revela o humanismo da doutrina de Vattel, começa-se a desenvolver um incipiente movimento jurídico que pugna pela necessidade de confinar as hostilidades exclusivamente às forças armadas a fim de preservar de ofensas as populações civis o mais possível. Vattel refere-se à responsabilidade do Estado de cumprir o que denomina a obrigação geral de garantir a segurança de seus cidadãos, de assegurar as necessidades e comodidades dos membros da sociedade civil, que devem ter o direito de obter justiça com segurança e ser defendidos de toda violência estrangeira⁷³.

Assim, mesmo possuindo o direito de ir à guerra, os Estados, segundo a doutrina de Vattel, tem a obrigação de respeitar os direitos dos indivíduos não concernidos pelas hostilidades. Não obstante, a razão de Estado de ir à guerra, desde que respeitadas essas condições, continua tendo prevalência sobre eventual condenação moral na utilização da guerra como meio de solução de conflitos.

Em Rousseau⁷⁴, a razão de Estado se coloca como determinante dos valores de uma dada sociedade. Teorizando a respeito do interesse dos seres humanos na vida em comunidade, Rousseau refere-se à razão pela qual os homens delegam seu poder ao Estado⁷⁵. Afirma que graças à instituição de um contrato social, o Estado, encarregado de legislar e reger a vida civil, funda a sociedade civil e, ao estabelecer elos entre os indivíduos, congrega seu conjunto de valores e institui o que denomina estado civil⁷⁶. Será o Estado e seu direito a fonte de definição do que sejam os valores humanos, com a particularidade de que esses valores serão sempre relativos, concebidos sob a ótica de cada um dos Estados.

Em Rousseau, portanto, traduzir-se-iam valores humanos em valores do Estado nacional e seus respectivos cidadãos e isto porque, para ele, este conjunto de valores não ultrapassa o conteúdo do espectro de proteção do Estado: ancorado na ideia de que as relações dos indivíduos no interior dos Estados são mais fortes e mais necessárias do que aquelas que reinariam no seio do gênero humano em seu conjunto, Rousseau aborda de forma transversal a questão dos valores humanos a partir do ponto de vista estatal e, portanto, jamais ultrapassa o entendimento de que os elos que os indivíduos estabelecem são aqueles que os unem pelo

⁷³ « *Un Etat est plus ou moins parfait selon qu'il est plus ou moins propre à obtenir la fin de la Société Civile, laquelle consiste à procurer aux Citoyens toutes les choses dont ils ont besoin pour les nécessités, la commodité & les agréments de la vie, & en général pour le bonheur [...] & obtenir justice avec sûreté, enfin à se défendre de toute violence étrangère* ». VATTEL, M. de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains**. Tome I. Londres : éditeur s.n., 1758, pp. 261-62.

⁷⁴ Rousseau debate a questão da guerra em *O Contrato Social*, mas sob o ponto de vista de se tratar de um ato de soberania e não propriamente sob a ótica de sua justiça. ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), pp. 18-27.

⁷⁵ DÉRATHÉ, R., **Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps**. Paris : Vrin, 1988, p. 144.

⁷⁶ ROUSSEAU, J.J. **Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique**. Amsterdam : Chez Marc Michel Rey, 1762, pp. 37-39.

vínculo jurídico que possuem com seu Estado. Para Rousseau, portanto, inexistente vínculo jurídico entre os indivíduos fora do elo da nacionalidade, porquanto esta é a única proteção legal conferida pelo Estado aos seus nacionais.

Ao referir-se às leis políticas e à instituição do governo, menciona a necessidade de unir os cidadãos aos seus respectivos Estados (alegando a impossibilidade de se conciliar os direitos de uma religião nacional com aqueles da humanidade)⁷⁷ e defende que existe uma força maior do sentimento de patriotismo que une os homens aos seus Estados do que aquele que seria o sentimento de humanidade⁷⁸.

Rousseau fundamenta suas teses fazendo uma comparação entre Sócrates e Caton. Menciona que, embora o primeiro pudesse ter sido o mais sábio dos homens e que tenha instruído pessoas e morrido pela verdade, o segundo defendera o Estado, a liberdade e as leis contra os conquistadores do mundo e deixara sua terra quando não mais possuía uma pátria à qual servir, afirmando ao final que ao desejar-se que um povo seja virtuoso, deve-se começar por fazê-lo amar sua pátria⁷⁹.

Ao referir-se à natureza das leis e ao princípio da justiça civil, Rousseau não nega a existência de uma justiça universal, da qual somente Deus seria a fonte, mas que por ser desprovida de uma sanção, seria vã perante os homens, razão pela qual para ele, esta lei, ligada ao direito natural, não obrigaria os sujeitos por ela concernidos. Para Rousseau, portanto, a lei seria um ato público e solene da vontade geral e que, por um pacto, todos são a ela submetidos, motivo porque sua forma válida relacionar-se-ia à autoridade que a estatui e que somente poderia se materializar na figura de um ente como o Estado. Nesse aspecto residiria, segundo Rousseau, a universalidade e a generalidade das leis, que são limitadas ao interesse e à vontade geral do povo pertencente a cada Estado⁸⁰. Uma universalidade que, portanto, nada tem de universal, mas que é relativa a cada Estado nacional.

⁷⁷ ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 296.

⁷⁸ « Il semble que le sentiment de l'humanité s'évapore et s'affaiblisse en s'étendant sur tout la terre, et que nous ne saurions être touchés des calamités de la Tartarie ou du Japon, comme de celles d'un peuple européen. Il faut en quelque manière borner et comprimer l'intérêt et la commisération pour lui donner de l'activité. Or, comme ce penchant en nous ne peut être utile qu'à ceux avec qui nous avons à vivre, il est bon que l'humanité, concentrée entre les concitoyens, prenne en eux une nouvelle force par l'habitude de se voir et par l'intérêt commun qui les réunit. Il est certain que les plus grands prodiges de vertu ont été produits par l'amour de la patrie : ce sentiment doux et vif, qui joint la force de l'amour-propre ». ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 377.

⁷⁹ « Voulons-nous que les peuples soient vertueux, commençons donc par leur faire aimer la patrie ». ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 378.

⁸⁰ ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 288.

Quando pensa a respeito de onde nasce a necessidade das instituições políticas, Rousseau afirma que os primeiros elos da sociedade em geral e da bondade universal teriam nascido das necessidades naturais e do estado primitivo do homem, dando origem a uma liberdade sem regras. Por isso, segundo ele, a expressão gênero humano seria uma ideia puramente coletiva que não supõe uma união real entre os indivíduos que a constituem, mas que concebe apenas uma pessoa moral com um sentimento de existência, a que denomina sentimento de humanidade que tem a lei natural como princípio. Para Rousseau, no entanto, o resultado da constituição do homem nas suas relações interpessoais e o progresso da sociedade sufoca a humanidade, que não pode sobreviver somente com a existência de uma lei não coercitiva, fazendo emergir a necessidade de substituir a lei natural pela lei da razão⁸¹.

Surge, pois, segundo Rousseau, a necessidade de fundar uma ordem social, cuja fonte não seria a natureza, mas uma convenção, origem da fundação do Estado⁸². Essa passagem do estado de natureza ao estado social produz uma mudança considerável no homem, conferindo padrões morais às suas ações, significando com isto que o conjunto de valores válidos de cada sociedade será aquele ditado pelo Estado⁸³. O Estado, diz o pensador, serve de base a todos os direitos, mas exclusivamente em relação a seus respectivos nacionais⁸⁴. Assim, o Estado é em Rousseau a fonte que espelha os valores e o direito de seu povo, e apenas de seu povo. Vê-se em sua obra a constituição do Estado como o desaparecimento formal da humanidade e a sua desagregação nos diferentes nacionais de cada ente político.

Será sobretudo com Hegel que essa concepção atingirá um de seus pontos culminantes. Seus antecessores foram partidários da ideia de que os Estados são soberanos, mas se encontram submetidos na ordem internacional a determinadas regras, para as quais se utilizou a nomenclatura direito das gentes – mas que materialmente designa um direito das Nações, porquanto ocupado precipuamente das relações estatais. Hegel, no entanto, nega essa concepção e compreende que o Estado representa o absoluto, que sua vontade cria todo o

⁸¹ ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), pp. 246-249.

⁸² « État quand il est passif, Souverain quand il est actif, Puissance en le comparant à ses semblables. À l'égard des membres eux-mêmes, ils prennent le nom de Peuple collectivement, et s'appellent en particulier Citoyens comme membres de la Cité ou participant à l'autorité souveraine et sujets, comme soumis aux lois de l'État ». ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 256.

⁸³ ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), pp. 255-258

⁸⁴ « Car l'État, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens par le contrat social qui, dans l'État, sert de base à tous les droits ». ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 42.

direito, nacional e internacional, sendo sua vontade superior até mesmo aos tratados que firma na medida em que somente são válidos enquanto corresponderem às suas próprias finalidades⁸⁵.

Pensa-se que Hegel representa a linha de pensamento segundo a qual somente a razão de Estado pode afirmar o que é justo e o que é injusto, fundando uma corrente que exercerá grande influência sobre o direito, da qual Rudolf von Ihering e Jellinek serão importantes expoentes. Parece que na doutrina hegeliana, portanto, encontra-se mais um significativo fundamento de um direito internacional voluntarista, dependente da vontade e da aceitação dos Estados para existir. Essa doutrina não concebe o direito internacional enquanto fonte de obrigações aos Estados ou mesmo como instrumento de proteção de valores superiores.

A relação existente entre os valores humanos e a concepção voluntarista de direito internacional é extremamente limitada, na medida em que o Estado, enquanto entidade soberana, poderosa e independente, é que dita os valores de seu respectivo povo⁸⁶.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Ihering, em sua obra A luta pelo direito, que tem por objetivo central identificar de onde vem a força que mantém o direito, afirma que o Estado somente consegue sustentar a ordem legal mediante uma luta que trava contra toda sorte de anarquias que o ataca. Ihering reconhece a existência dessa luta em todas as esferas do direito, mencionando-a no campo do direito civil, do direito público e mesmo do (por ele denominado) direito das gentes⁸⁷, mas reconhece apenas no Estado a fonte de direito, por concebê-lo como o único ente capaz (em conjunção com a força de seu povo) de garantir a sua força⁸⁸.

Pensa-se que é a partir sobretudo de pensamentos filosóficos como esse que permanecerá por tanto tempo arraigada a ideia de que o Estado é a única fonte de direito,

⁸⁵ MANDELSTAM, André N. **La protection internationale des droits de l'homme**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 38. Boston : Martinus Nijhoff, 1931, pp. 175-176.

⁸⁶ Como afirma Antonio Augusto Cançado Trindade: "*The voluntarist conception of International Law assumed that the State was an absolute institutional value, a totally independent and self-sufficient entity*". CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 316. Boston : Martinus Nijhoff, 2005, p. 50.

⁸⁷ « *Le combat pour le droit concret dont j'ai à traiter dans cette seconde partie, a pour cause une lésion ou une soustraction de ce droit. De ce qu'aucun droit n'est à l'abri de ce danger, ni celui des individus, ni celui des peuples, il résulte que ce combat peut se renouveler dans toutes les sphères du droit, depuis les basses régions du droit privé jusque dans les hauteurs du droit public et du droit des gens* ». D'IHERING, Rudolphe. **Le combat pour le droit**. Traduit de l'allemand par Alexandre François Meyden. Paris : A. Durand et Pédone-Lauriel éditeurs, 1875, pp. 8-9.

⁸⁸ « *Tout droit dans le monde a dû être acquis par le combat ; tous ces principes de droit qui sont aujourd'hui en vigueur, il a fallu d'abord les imposer par la lutte à ceux qui n'en voulaient pas, et tout droit, le droit d'un peuple comme celui d'un individu suppose qu'on est prêt à le défendre.* » D'IHERING, Rudolphe. **Le combat pour le droit**. Traduit de l'allemand par Alexandre François Meyden. Paris : A. Durand et Pédone-Lauriel éditeurs, 1875, pp. 1-2.

fazendo depender o nascimento de uma ordem jurídica internacional também exclusivamente da vontade do Estado.

Com nuances diversas transparece igualmente o pensamento de Georg Jellinek, especialmente em sua obra Introdução à doutrina do Estado, na qual irá construir seu próprio modelo de soberania estatal. Situando a doutrina jurídica do Estado como um dos componentes da ciência do Estado, Jellinek relaciona o direito com as ciências sociais, afirmando seu papel na identificação da necessidade de criação de certas normas, as quais tem seu caráter imperativo exclusivamente outorgado pelas normas jurídicas. Estas, pertencendo ao domínio da doutrina jurídica do Estado, não são concebidas senão dentro da estrutura estatal, criadas pela atividade humana e retirando sua força da imperatividade da estrutura do Estado tão somente⁸⁹.

Toda essa doutrina deixou uma forte herança às gerações de pensamento que lhe sucederam e por isso não é sem razão que até os dias de hoje sejam tão presentes, de um lado, a premissa da soberania do Estado e, de outro, essa concepção não somente voluntarista, mas também contratualista do direito internacional, relacionando a ideia de direito e de justiça com os ditames de cada direito nacional e, portanto, limitadora de uma visão ampla da existência de uma humanidade que não se vincula necessariamente ao Estado. A humanidade tem cunho relativista concebida desse modo, apesar de sua vocação de ente universal.

Para essa doutrina existirá um movimento contrário que a fará face, relacionada à ideia de unidade do gênero humano, que passará por fases distintas de correntes de pensamento, mas que, tentando se adaptar às mudanças por que passa a sociedade, representa um contraponto importante à concepção da soberania enquanto principal paradigma do direito, permitindo admitir igualmente a existência de uma ordem jurídica para além dos Estados nacionais.

Nem por isso, no entanto, desaparecerá por completo a noção de que é a razão de Estado o principal vetor indicativo dos valores de uma sociedade, criando-se um processo descontinuado dentro dessa marcha de internacionalização do direito.

É certo que essas doutrinas passarão por temperamentos nos séculos seguintes, consequência especialmente da inserção tardia do indivíduo como sujeito de direito internacional, pela entrada em cena do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional penal. Não obstante, parece que a razão de Estado ainda continuará a ter uma força prevalente na tomada de decisões do cenário internacional e continuará a impor resistências a tentativas de fazer com que o direito internacional imponha sua força cogente naquilo em que se propõe a proteger os indivíduos contra o arbítrio dos Estados.

⁸⁹ JELLINEK, Georg. **Introduction à la doctrine de l'État**. Traduit de l'allemand par Georges Fardis. Paris : Albert Fontemoing éditeurs, 1904, pp. 27-29.

Como afirma Mireille Delmas-Marty, o cenário atual é de uma universalização descontinuada dos valores humanos que atua em contradição, ou em uma luta diametralmente oposta a fatos como, por exemplo, a luta contra o terrorismo, cujo endurecimento teria conduzido a um recuo dos valores universais em proveito da defesa de supostos interesses nacionais ou de uma razão de Estado, dando origem a um processo por ela denominado de banalização da tortura e legitimação do desumano sob o argumento de defender a segurança do Estado⁹⁰.

As correntes de pensamento que se propõem a pensar o direito das gentes, na sua verdadeira acepção de direito dos povos, transparecem ser as que verdadeiramente podem pavimentar o caminho para a identificação de valores humanos superiores, que aqui se denominam valores universais e absolutos, ou valores intangíveis.

Certamente que essas ideias passaram por transformações e se adaptaram ao contexto de seu tempo, mas relidas e adaptadas ao tempo presente trazem elementos importantes na investigação do conceito de humanidade, dos bens que lhe são caros e, portanto, do seu conjunto de valores, assim como do futuro corpo jurídico que se propõe a protegê-la.

1.2 A humanidade vista sob o prisma da unidade do gênero humano

A concepção de humanidade como um conjunto de pessoas sem considerações a uma limitação de espaço político foi uma noção que apareceu na história de forma cíclica, vinculada por vezes ao direito natural e ao direito divino ou finalmente a correntes filosóficas laicas, mas sempre a partir de um ponto de vista do direito das gentes tendente a aplicar a justiça com um caráter superior ou transversal a esses entes políticos.

Essa forma de pensar traz uma noção diferente ao conceito de violação à humanidade, não relacionada puramente às noções vinculadas ao Estado, mas partindo do pressuposto de que a humanidade se constitui em um ente moral provido de valores próprios.

Nesse sentido, ao lado do *jus civilis*, o direito que regravava a vida dos cidadãos, é em Roma que nasce a primeira e mais rudimentar geração do *jus gentium*, o direito destinado a reger as relações daqueles com os não-romanos e manifestação predecessora de reconhecimento da existência de suas prerrogativas.

⁹⁰ « *Le durcissement de la lutte contre le terrorisme depuis les attentats du 11 septembre a conduit au recul des valeurs universelles au profit d'une défense des intérêts nationaux. Conçu un tel droit d'exception, le dispositif pénal antiterroriste se trouve comme légitimité par les attentats, au point d'interrompre le processus d'internationalisation au nom de la raison d'Etat* ». DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (IV)** : Vers une communauté de valeurs ? Paris : Seuil, 2011, p. 22.

O primeiro direito das gentes, nascido no império romano, é a semente de um direito universal. Em Roma, ele ainda é concebido apenas no intuito de outorgar um estatuto legal a uma pessoa estrangeira e não possui como objeto qualquer preocupação com a eventual existência de uma ordem jurídica superior. No entanto, sua nomenclatura desde então reflete uma certa ideia de elo jurídico geral e anuncia alguns breves princípios de humanidade, em especial no que diz respeito à regulamentação das guerras.

Certamente que o aporte de princípios de humanidade pela filosofia construída no seio do império romano merece ser relativizada, pois se de um lado a sua expansão conferiu ao espaço europeu e suas adjacências uma certa uniformização, nem por isso essa unidade significou a construção de uma comunidade fraterna estendida a todo o gênero humano. Referindo-se à sua teoria de que o amor pela pátria é sempre maior que o amor pelo gênero humano, bem afirmou Rousseau que a extensão da humanidade dos romanos não ia além de sua dominação⁹¹ - como fariam pretender o que ele denominou os pretendidos cosmopolitas.

Embora o *jus gentium* tenha nascido com os romanos, os primeiros esboços da justiça universal que serão posteriormente o cerne de um verdadeiro direito das gentes tiveram seu início com a civilização grega, especialmente a partir da era helenística⁹² e o desenvolvimento da corrente filosófica estoica, a partir de um senso de universalidade⁹³ e da noção de que existiria uma lei comum à qual estariam ligados todos os seres humanos em razão de sua finalidade superior. Foram eles, portanto, os primeiros a desenvolver uma doutrina voltada ao humanismo e ao cosmopolitismo⁹⁴.

⁹¹ « *Pour peu qu'on remonte dans les hautes antiquités, on voit aisément, que les saines idées du droit naturel et de la fraternité commune à tous les hommes, se sont répandues assez tard et ont fait des progrès si lents dans le monde, qu'il n'y a que le Christianisme, qui les a suffisamment généralisées. Encore trouve-t-on dans les lois mêmes de Justinien les anciennes violences, autorisées à bien des égards, non seulement sur les ennemis déclarés, mais sur tout ce qui n'était pas sujet de l'Empire ; en sorte que l'humanité des Romains ne s'étendait pas plus loin de leur domination* ». ROUSSEAU, J. J. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique), p. 253.

⁹² Nos estágios anteriores, os gregos conheceram grande fragmentação política, organizando-se em torno de cada Cidade-Estado, que gozava de soberania absoluta e ocupava-se de todos os setores da vida das pessoas. Apesar dessa fragmentação, sobrepunha a identidade cultural entre os gregos, mas nem por isso tinha precedência a noção de existência de uma comunidade universal, ainda que cultural, em razão da separação inexorável dos gregos em relação aos povos ditos bárbaros, fazendo prevalecer a ausência de uma ideia de conjunto ou de comunidade em relação a outros povos. In : TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle**. Paris : Pédone, 1958, pp. 23-27.

⁹³ Esse senso de universalidade em muito se deve ao contexto histórico de surgimento da doutrina estoica, fundada pelo pensador Zenon em pleno ápice do Império de Alexandre o Grande, que acabou por abarcar sob um mesmo domínio diferentes culturas, alterando completamente o mapa mundial da época.

⁹⁴ LANGE, Christian L. **Histoire de la doctrine pacifique et de son influence sur le développement du droit international**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 13. Boston : Martinus Nijhoff, 1926, p. 190.

Segundo o cosmopolitismo estoico, todos os indivíduos são iguais em direitos e o universo seria a *civitas maxima*⁹⁵. Essa visão de pertencimento de todos os seres humanos a um mesmo mundo soma-se à construção do conceito de justiça universal em que todos são membros de uma pátria pertencente a toda a humanidade. Pensadores como Sêneca falarão da grandeza da concepção da humanidade e da universalidade do espírito humano, assim como Cícero pregará que os deveres dos homens em relação à sociedade universal são uma obrigação de natureza superior a qualquer outra espécie de obrigação⁹⁶. Em seu tratado sobre a República, Cícero falará sobre a existência de uma lei eterna da razão conforme a natureza, a qual alcançaria todos os seres humanos e todas as Nações, em todos os tempos⁹⁷, à qual ele dará o nome de lei natural, sinônimo para ele de direito das gentes (*droit des gens*)⁹⁸.

Será mais tarde o cristianismo que aportará novos elementos a essa concepção, dentre os quais o da unidade do gênero humano, a partir da ideia de que todos os indivíduos possuem a mesma origem e são unidos por uma lei universal, formando uma única comunidade⁹⁹. Essa é uma visão do direito das gentes que se confunde com o direito divino e é a base da doutrina desenvolvida por Santo Agostinho, que retoma o conceito de lei natural aliada ao que seria a vontade de Deus (*lex aeterna*), afirmando que a lei humana (*lex humana*) deve espelhar-se nessa moral natural. A lei externa encontrar-se-ia em um plano universal quanto ao âmbito da sua vigência, a reger e orientar todos os atos dos homens, que devem acatá-la, aprendendo-a na intimidade de sua consciência por uma iluminação moral. Daí que a lei natural coincidiria com a lei eterna, no sentido de que aquela é a apreensão pelas criaturas racionais do sentido desta¹⁰⁰.

Esta lei natural estaria transcrita na alma racional dos seres humanos, instados por isto a conservá-las em seus costumes. Tratar-se-ia de uma lei de natureza íntima a ser exteriorizada, cujo caráter de evidência imediata faria compreender que esta lei seria comum ao gênero

⁹⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle**. Paris : Pédone, 1958, p. 30.

⁹⁶ LANGE, Christian L. **Histoire de la doctrine pacifique et de son influence sur le développement du droit international**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 13. Boston : Martinus Nijhoff, 1926, p. 190.

⁹⁷ « *Il est une loi véritable, la droite raison, conforme à la nature, inscrite dans tous les cœurs, immuable, éternelle, dont la voix enseigne, prescrit le bien, détourne du mal qu'elle défend, et soit par ses ordres, soit avec ses prohibitions, ne s'adresse jamais inutilement aux bons et ne reste pas impuissante même chez les méchants* ». CICÉRON. **De la République**. Traduction nouvelle par Victor Poupin. Paris : Librairie de la Bibliothèque Nationale, 1911, p. 134.

⁹⁸ « *D'où viennent le droit des gens et ces lois que nous appelons le droit civil ?* » CICÉRON. **De la République**. Traduction nouvelle par Victor Poupin. Paris: Librairie de la Bibliothèque Nationale, 1911, p. 19.

⁹⁹ Arthur Nussbaum refere os acordos feitos entre o poder secular e o poder espiritual durante a Idade Média, permitindo que a humanidade fosse concebida como unida em um império sagrado e universal e como uma entidade moral e política, tendo o Imperador e o Papa como fontes de uma lei universal. NUSSBAUM, Arthur. **A concise history of the law of Nations**. New York: The Macmillan Company, 1947, p. 23.

¹⁰⁰ TRUYOL Y SERRA, Antonio. **El derecho y el Estado en San Agustín**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 71-106.

humano. Por essa razão, algumas condutas seriam universalmente proibidas por conterem em si uma maldade intrínseca, consubstanciadas na lei divina, transformada em lei natural (regendo, pois, todo o universo), cuja existência seria tão evidente que poderia ser apreendida pela razão, o que transformaria a lei eterna em lei humana.

Todo ser humano dotado de razão, portanto, seria capaz de conhecer os preceitos da lei divina e por estender-se à totalidade do gênero humano é que Santo Agostinho designa essa lei natural como sendo a *lex gentium* que, se transformada em lei escrita, assim o é apenas com a finalidade de conferir-lhe uma formulação mais precisa¹⁰¹. Apesar de fundir o direito dos homens com o direito divino, Santo Agostinho formula as bases da existência de valores que pertenceriam a todos os seres humanos e que, por serem fundamentais, são apreensíveis pela razão.

Em seu *Summa theologica*, São Thomas de Aquino deixa um legado que o eleva à condição de um dos fundadores do direito das gentes, estabelecendo um estreito elo entre este e o direito natural, concebido como sua base de validade.

Para ele, a lei divina e eterna é uma lei superior que abrange a lei natural, contendo os princípios fundamentais, ao lado da qual existe o direito humano cuja validade repousa e está ancorada no direito natural. Quando esse direito natural se incorpora ao direito humano, ele retira sua força obrigatória do direito positivo, constituído por um conjunto de leis postas por um ato livre do legislador. Por consequência, o direito das gentes pertenceria tanto ao direito natural quanto ao direito positivo, mas segundo São Thomas de Aquino a parcela do direito das gentes que pertence ao direito positivo é aquela que deriva verdadeiramente do direito natural, da mesma forma que o seriam as conclusões deduzidas da natureza que se transformam em leis na ciência¹⁰².

Esse entendimento nasce no contexto da Idade Média, em que os soberanos do ocidente são vistos como legisladores universais, idealizados como sucessores dos imperadores romanos. É dessa noção que nasce a corrente de pensamento dos glosadores, segundo a qual o direito romano deveria ser aplicado universalmente como lei e justiça mundiais, por meio da redescoberta do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Dentre os pós-glosadores, Bartolo será a

¹⁰¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio. **El derecho y el Estado en San Agustín**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 71-106.

¹⁰² GUGGENHEIM, Paul. **Contribution à l'histoire des sources du droit des gens**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 094. Boston: Martinus Nijhoff, 1958, pp. 10-11.

expressão mais significativa do universalismo, na entoação de seu reconhecimento ao Imperador como o senhor do mundo¹⁰³.

No limiar da Idade Moderna, Francisco de Vitoria e Francisco Suarez serão pensadores do direito das gentes vinculados a uma corrente de pensamento ligada ao direito natural, preocupados em debater o comportamento dos Estados, trazendo para a sua doutrina certo conteúdo de direito das Nações, mas não sem inserir um importante conteúdo humanista e universalista às suas reflexões. Não é por outro motivo que ambos são modernamente compreendidos como estando entre os fundadores do direito internacional¹⁰⁴. Trata-se de um direito internacional que se diferencia da concepção clássica de Wolff e Vattel, centrada na figura dos Estados, aproximando-se agora muito mais de um direito internacional moderno que coloca os seres humanos como objetos principais de proteção.

Em sua obra *Reflectiones theologicae*, que porta os livros *Relectiones De Indis* e *De Jure belli Hispanorum in Barbarus*, ocupado em entender problemas relativos à coexistência dos povos e especialmente preocupado com a dominação espanhola sobre os povos das Américas, Francisco de Vitoria mencionou a necessidade de expansão do direito internacional em direção à edificação de um sistema mundial, tecendo conceitos como o da existência de uma comunidade de pessoas em todo o universo (*totus orbis*) e muito especialmente sobre a interdependência das pessoas e dos Estados, entendendo que os mesmos deveriam ser regrados pelo direito das gentes.

O conteúdo humanista do direito das gentes de Vitoria consistia precipuamente em sua concepção no sentido de que os seres humanos são dotados de direitos que cabe aos Estados respeitar. Este direito, ainda que de certa forma regulador das relações entre os Estados, teria como finalidade, portanto, a preservação do bem comum de todas as comunidades humanas, limitando, nesse sentido, as ações estatais. Pensa-se que a doutrina de Vitoria nesse aspecto ganha um conteúdo de universalidade na medida em que sua concepção do direito das gentes abrangeria todos os indivíduos e também todos os Estados¹⁰⁵, decorrendo o conteúdo

¹⁰³ NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History of the Law of Nations**. New York: The Macmillan Company, 1947, p. 46.

¹⁰⁴ Sobre a questão, ver: PILLET, Antoine; ALLAN, Denis. **Les fondateurs du droit international** : François de Vittoria, Albericus Gentilis, François Suarez, Hugo Grotius, Richard Zouch, Pufendorf, Cornélius Van Bynkershoek, Christian-Frédéric de Wolff, Emer de Vattel, Georges-Frédéric de Martens. Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2014.; TERNON, Yves. **Gènese du droit international** : des Pères fondateurs aux conférences de la Haye. Paris: Editions Karthala, 2016, pp. 39-60; pp. 99-118.

¹⁰⁵ VITORIA, Francisco de. **Relectiones**: Sobre os índios e sobre o poder civil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. Nessa obra, Francisco de Vitoria também apresenta os elementos por que entende a caracterização de uma guerra justa, como é o caso da existência de uma justa causa, que seria a reparação à lesão de um direito, mas muito mais a fim de satisfazer os interesses de um Estado em particular e sim de defender os direitos da comunidade internacional.

universalista dessa concepção especialmente pelo fato de sua análise ter sido abrangente às relações entre todos os Estados componentes do cenário internacional¹⁰⁶.

Uma releitura moderna da obra de Vitoria poderia encontrar em seu pensamento algumas raízes de uma concepção de unidade no gênero humano, no aspecto em que fundamentava sua doutrina afirmando a impossibilidade de haver distinção entre as pessoas, entre os Estados, e entre as comunidades de Estados. Desta unidade resultaria que também o *jus gentium* é uma criação da vontade humana, mas fundado sob os preceitos do direito natural¹⁰⁷. A fórmula de *jus gentium* de Vitoria possui uma dupla acepção: de um lado, um direito para os povos ou um direito para a humanidade; de outro lado, um direito para as Nações, expressas estas como fragmentos da humanidade.

Vitoria toma em consideração não somente a pessoa na sua concepção individual, mas também na sua dimensão social, com o que formula a noção de *jus inter gentes*, na qual estabelece um elo jurídico entre as Nações ou um princípio de interdependência entre os Estados, semente de uma sociedade jurídica internacional¹⁰⁸, sem que com isso coloque os Estados no centro de sua teoria em posição de superioridade em relação aos indivíduos e aos povos. Esse elo entre as Nações é um conteúdo importante da doutrina de Vitoria enquanto jurista, a ponto de elaborar uma construção que se preocupa com as regras a serem observadas pelos Estados nas suas relações, mas principalmente naquilo que diz respeito ao seu direito de ir à guerra, ou aos requisitos necessários para a existência de uma guerra justa, com o que começa a estabelecer um sistema de valores a serem respeitados pelos Estados.

Essas concepções de Vitoria trarão frutos importantes ao futuro direito internacional, na medida em que impõem limites tanto aos Estados quanto aos indivíduos e fundam princípios tais como o da inexistência de um Estado com soberania universal, muito embora à época este princípio ainda fosse utilizado como pilar de uma sociedade internacional fundada na igualdade entre os Estados. Nessa ordem de ideias e de construção de um legado doutrinário importante, Vitoria tece também as primeiras noções sobre o princípio da soberania dos povos¹⁰⁹, que hoje poderia ser lido como sendo o princípio da autodeterminação.

¹⁰⁶ “With Vitoria international law begins to delineate itself more definitely as a law among the states, which includes the entire world”. VAN DER MOLEN, Gezina H. J. **Alberico Gentili and the development of international law: His life work and times**. Amsterdam : H. J. Paris, 1937, p. 107.

¹⁰⁷ GUGGENHEIM, Paul. **Contribution à l’histoire des sources du droit des gens**. Recueil des Cours de l’académie de droit international de La Haye. Vol. 094. Boston : Martinus Nijhoff, 1958, p. 22.

¹⁰⁸ TERNON, Yves. **Genèse du droit international : Des pères fondateurs aux conférences de la Haye**. Paris : Éditions Karthala, 2016, p. 81.

¹⁰⁹ TRELLES, Camilo Barcia. **Francisco de Vitoria et l’école moderne du droit international**. Recueil des Cours de l’académie de droit international de La Haye. Vol. 017. Boston : Martinus Nijhoff, 1927, pp. 193-194.

Em uma linha de pensamento semelhante, Francisco Suarez, especialmente na obra *De Legibus ac Deo legislatore*¹¹⁰, funda uma espécie de teoria do contrato social a respeito da formação do Estado, referindo-se à livre adesão dos homens à criação de um ente estatal, fazendo-o em virtude de suas necessidades. Para Suarez, este ente possui o poder de criar regras de direito, mas inobstante a existência desse poder, a legitimidade de seu exercício depende do consenso moral de uma comunidade em seu conjunto, porquanto um Estado não vive isolado dos demais Estados e necessita com eles conviver em um mínimo de harmonia.

Justamente por não viverem no isolamento, os Estados necessitam de regras que coordenem suas relações, o que Suarez identifica como sendo um *jus inter gentes*, que se diferencia do *jus gentium* em razão da finalidade deste último de proteção da unidade de todo o gênero humano, que se ligaria por laços de ordem moral, sendo por isso um direito comum a todos os povos¹¹¹. Esse direito das gentes possuiria regras positivadas, erigidas a partir dos costumes e regidas pela observância de um bem comum de natureza universal.

O *jus gentium* concebido por Suarez contém uma semente universalista na medida em que ao mesmo tempo que imaginava um direito que obrigava a todas as Nações, buscava igualmente garantir proteção aos direitos de todos os povos, a que os Estados também deveriam ser chamados a respeitar. Com isto, Suarez retoma a ideia de unidade fundamental do gênero humano¹¹² (apoiado na noção de Deus legislador – *Deo legislatore*) e, a partir dessa premissa de que o gênero humano conservou a sua unidade, afirma que a humanidade continua a ser uma única sociedade em que nenhum Estado possui autossuficiência, porquanto membro de uma sociedade universal.

A partir de Francisco Suarez, o direito natural e o direito das gentes começam a ganhar distinções. Suarez reconhece que o *jus gentium* tem sua base de validade no direito natural, mas que além disso se trata de um conjunto de regras autônomas complementares ao direito natural, cujo caráter obrigatório não deriva de seu conteúdo, mas do fato de corresponder

¹¹⁰ SUÁREZ, François. **Des lois et du Dieu législateur** : Introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujon. Paris : Dalloz, 2003.

¹¹¹ « *Et c'est la raison pour laquelle 'les nations' ont besoin d'un droit particulier pour se diriger et organiser comme il convient ce genre d'échanges et d'association mutuelle. [...] Il en découle qu'on a pu introduire certains droits spéciaux par l'intermédiaire des coutumes de ces mêmes nations. Car, de même manière que dans un État ou dans un pays, la coutume est source de droit, de même, dans la communauté du genre humain il a été possible d'introduire un droit des gens à partir des coutumes* ». SUÁREZ, François. **Des lois et du Dieu législateur** : Introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujon. Paris : Dalloz, 2003, p. 627.

¹¹² « *Le genre humain même s'il est divisé en peuples et en royaumes maintient cependant à tout moment une certaine unité, non seulement l'unité spécifique du genre humain, mais également en quelque sorte une unité politique et morale, comme l'indique le précepte naturel de fraternité (mutui amoris) et l'aide qui est étendue à tous, même aux étrangers de quelque nation que ce soit* ». SUÁREZ, François. **Des lois et du Dieu législateur** : Introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujon. Paris : Dalloz, 2003, p. 627.

essencialmente à uma vontade humana. O direito das gentes, embora não possa revogar as normas imperativas do direito natural, possui regras que decorrem das relações que os Estados estabelecem entre si em conformidade com a unidade fundamental do gênero humano e que encontram sua origem nos costumes. Assim, sua distinção estaria no fato de que o *jus gentium* seria um direito criado pelo livre consentimento humano que tira sua força das próprias decisões humanas, ao passo que o direito natural retiraria seu caráter obrigatório unicamente da existência de princípios naturais. No entanto, esse *jus gentium* seria *a priori* um direito não escrito, derivado dos costumes comuns das Nações, diferentemente do direito civil, cuja força seria limitada ao interior de cada Estado¹¹³.

Estas regras comuns componentes do *jus gentium* seriam aquelas a que as Nações estariam obrigadas a observar nas suas relações recíprocas. Será este o fundamento da atual noção de princípio geral de direito reconhecido pelas Nações civilizadas, ora inserido no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹¹⁴. No entanto, para Suarez, esse direito das gentes, por ser autônomo em relação ao direito natural e por ser obra de um direito humano, não chega a ser imutável como o é aquele, mas é o direito que resulta do uso comum das Nações, o qual todos os povos e todas as Nações devem observar nas suas relações mútuas.

Com base nesses conceitos de direito natural e de direito das gentes, na obra de Suarez, a nosso ver, se encontram alguns fragmentos de um direito das gentes capaz de dar origem a uma justiça universal, porquanto somente uma lei válida e aceita pelos povos e Nações em geral pode servir de base para um conceito de justiça válido universalmente e mesmo para uma futura jurisdição internacional.

Para Suarez, os Estados, nas relações que estabelecem entre si, observam certas regras, as quais, para ele nada mais são do que o direito das gentes, o *jus gentium*, e que se baseia na existência de uma espécie de sociedade entre Estados, ou sociedade internacional¹¹⁵.

Embora esses dois autores tenham como paradigma a existência de Estados soberanos, a impregnação de seu pensamento pelo direito natural, enquanto lei superior e válida em todos os espaços territoriais, trazem as nuances de um universalismo. Segundo sua concepção, a soberania não libera os Estados do respeito ao direito natural e às regras do direito das gentes¹¹⁶.

¹¹³ JOUANNET, Emmanuelle. **Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique**. Paris : Pédone, 1998, pp. 60-61.

¹¹⁴ GUGGENHEIM, Paul. **Contribution à l'histoire des sources du droit des gens**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 094. Boston : Martinus Nijhoff, 1958, p. 27.

¹¹⁵ PILLET, Antoine ; ALLAN, Denis. **Les fondateurs du droit international** : François de Vittoria, Albericus Gentilis, François Suarez, Hugo Grotius, Richard Zouch, Pufendorf, Cornélius Van Bynkershoek, Christian-Frédéric de Wolff, Emer de Vattel, Georges-Frédéric de Martens. Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2014, pp. 103-104.

¹¹⁶ MANDELSTAM, André N. **La protection internationale des droits de l'homme**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 38. Boston : Martinus Nijhoff, 1931, p. 173.

Nesse sentido, Vitoria e Suarez seriam idealizadores de um direito internacional que considera a existência de Estados soberanos, mas cuja atuação encontra limites em regras de certa forma superiores ao direito interno, orientadas pelo direito natural.

Essa construção demonstrará grande importância na edificação do direito internacional, especialmente do direito internacional penal, quando necessitará buscar o sentido da existência jurídica prévia de ofensas que tocam a humanidade em seu conjunto, mas que no momento em que foram praticadas não se encontravam formalmente previstas pelo direito. Essa busca de sentido irá justamente remontar à existência de leis naturais, justificadoras da condenação por crimes contra a humanidade, de sorte a consagrar o direito natural como estando acima de todos os outros¹¹⁷.

Na mesma ordem de ideias, Alberico Gentili, na qualidade de teórico do direito das gentes, igualmente tentou investigar onde residiria o seu fundamento obrigatório, embora muito mais voltado a explicar o direito da guerra.

Gentili partiu da premissa de existência de uma comunidade internacional geral de leis, uma *societas gentium* ou *civitas gentium*, a qual seria regida pelo *jus gentium*, na sua concepção de um direito que compreenderia todos os Estados do mundo, os quais, por consenso, teriam concordado em seu conteúdo, com base em uma razão natural composta de certas leis não escritas¹¹⁸, que modernamente poderiam ser compreendidas como o direito internacional costumeiro.

Assim sendo, para Gentili o *jus gentium* seria um direito que teria sua fonte no consenso dos membros da *civitas gentium*, cuja demonstração de existência seria a cristalização dos costumes, a garantir sua força obrigatória.

Atribuído a Hugo Grócio o nascimento do direito internacional, sobretudo por seu contributo basilar ao futuro direito internacional humanitário e pela articulação do conceito de direito das gentes¹¹⁹, foi um tempo de guerras de grande amplitude o que propiciou o desenvolvimento de sua filosofia jurídica no que diz respeito à sua proposição de trazer um mínimo de humanidade a atos praticados pelos Estados.

Apesar de Grócio conceber um direito das gentes ancorado no protagonismo do Estado, conceituando-o como sendo as leis comuns que são produto do consentimento de todos

¹¹⁷ TERNON, Yves. **Genèse du droit international** : Des pères fondateurs aux conférences de la Haye. Paris: Éditions Karthala, pp. 5-6.

¹¹⁸ VAN DER MOLEN, Gezina H. J. **Alberico Gentili and the development of international law: His life work and times**. Amsterdam: H. J. Paris, 1937, p. 115.

¹¹⁹ NEFF, Stephen C. **War and the Law of Nations: A general History**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 98.

ou ao menos do maior número de Estados¹²⁰, pelo fato de reportar-se aos direitos dos indivíduos na condição de destinatários das consequências das ações estatais, traz um conteúdo humanista limitador das ações do Estado frente aos seres humanos.

Para Grócio, os Estados são componentes de uma comunidade humana, politicamente dividida, mas moralmente unida, que a eles tem prevalência em razão de seus direitos, os quais lhe são anteriores. Assim sendo, tal como os indivíduos, os Estados também são titulares de deveres em relação a essa comunidade humana, fazendo com que devam ser responsáveis por qualquer ato que desrespeite seus direitos mais fundamentais. O legado de Grócio foi, portanto, o de conceber a existência de um universo humano ou de uma comunidade de pessoas dotadas de prerrogativas a serem respeitadas, inclusive perante os Estados, formando uma verdadeira *civitas gentium*.

A relação dessa concepção de Grócio do direito das gentes com um princípio de justiça universal é tão presente na sua obra que seu pensamento serviu de estandarte para o primeiro julgamento por uma jurisdição de natureza internacional decorrente do comportamento de um Estado por agir em desrespeito à comunidade humana. Por isso Grócio é lembrado no discurso de abertura do Procurador-Geral Robert Jackson no processo de Nuremberg como um dos doutrinadores do direito internacional que tentou impor limites à total legitimidade das guerras¹²¹.

Essas ideias de conteúdo universalista e humanista são desenvolvidas especialmente na obra *De Jure Belli ac Pacis*, escrita em 1625, em que se refere ao direito natural como um direito ditado pela razão, apreendido graças à natureza racional e social do homem, que conhece o senso de torpeza moral e igualmente o de necessidade moral¹²². É essa lei proveniente do direito natural, apreendida pela razão, que rege a relação entre as pessoas, a que ele denomina direito das gentes, criando leis estabelecidas pelo consenso de uma comunidade maior, formada pelo conjunto dos Estados. Os Estados, compelidos a respeitar o direito das gentes, encontrariam suas ações limitadas pelo direito natural, que os submeteria a uma espécie da

¹²⁰ « *Le consentement de tous les Etats ou du moins le plus grand nombre, a pu produire entre eux certaines lois communes [...] que l'on appelle droit des gens* ». GROTIUS, Hugo. **Le droit de la guerre et de la paix**. Tome Premier. Traduction par Jean Barbeyrac. Amsterdam : Chez Pierre de Coup, 1724, p. 12.

¹²¹ “*The age of imperialistic expansion during the eighteenth and nineteenth centuries added the foul doctrine, contrary to the teachings of early Christian and international law scholars such as Grotius, that all wars are to be regarded as legitimate wars. The sum of these two doctrines was to give war-making a complete immunity from accountability to law*”. Second Day, Wednesday, 11/21/1945, Part 04”, in Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Volume II. Proceedings: 11/14/1945-11/30/1945. [Official text in the English language.] Nuremberg: IMT, 1947. p. 98-102.

¹²² Nesse aspecto se reconhece a influência da obra de Alberico Gentili sobre o pensamento de Grócio, presente sobretudo no direito da guerra. MATTÉI, Jean-Mathieu. **Histoire du droit de la guerre (1700-1819)** : Introduction à l’histoire du droit international. Marseille : Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2006, p. 787.

justiça universal. Essa justiça universal aparece no Livro II, em que Grócio dita aos Estados as condições para fazer uma guerra justa ¹²³.

É esse direito natural de Grócio, base de uma metafísica de subordinação universal¹²⁴ – logo substituído por um direito internacional de coordenação entre os Estados – o fundamento de um direito que mais tarde se fundará no princípio de justiça universal, porquanto seria do direito natural que partiriam as premissas de existência de uma lei maior situada acima dos Estados.

Até Grócio, porém, o direito internacional ainda não ultrapassa a condição de um direito de coordenação entre os Estados¹²⁵, mas isto muito em função de um contexto histórico limitador, porquanto impossível à época se pensar em uma perspectiva diversa. É o que Mireille Delmas-Marty denominará modelo de universalista moderado de Grócio, vinculado à estrita igualdade dos Estados soberanos, mais tarde substituído por uma visão cosmopolita kantiana, expressão de um universalismo mais radical¹²⁶.

Em razão desse contexto, na doutrina de Grócio, os Estados continuam por ocupar uma posição central, pois ainda que considere o fato de os indivíduos deverem ser protegidos no seu auspício de viverem em sociedade, entende que a comunidade que eles constituem deve ser regrada e que nesse sentido o Estado seria o elo principal a ligar os membros dessa comunidade (os indivíduos)¹²⁷.

O conjunto de valores que concebe não pode ser outro, portanto, senão o conjunto de regras morais relacionados à própria teoria do Estado que formula, vinculando-as ao direito natural e aplicando-as às relações dos Estados entre si. Este será o alicerce da doutrina de Grócio para formular o seu edifício relacionado ao direito da guerra, do qual emergirá o conceito de guerra justa¹²⁸ e que servirá mais tarde de base ao incipiente direito humanitário ao final do século XIX.

¹²³ GROTIUS, Hugo. **Le droit de la guerre et de la paix**. Tome Premier. Traduction par Jean Barbeyrac. Amsterdam : Chez Pierre de Coup, 1724, pp. 10-17 et Livre II.

¹²⁴ VLUGT, W. van der. **L'Œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 07. Boston: Martinus Nijhoff, 1925, p. 457.

¹²⁵ Em sentido contrário, Emmanuelle Jouannet entende que Grócio não evoca propriamente as relações entre os Estados soberanos ou sua suposta condição de igualdade no cenário internacional, mas que, antes disso, trata das Instituições dos Estados e dos poderes do Príncipe. JOUANNET, Emmanuelle. **Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique**. Paris : Pédone, 1998, pp. 352-355.

¹²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel**. Paris : Seuil, 2004, p. 27.

¹²⁷ PICTET, Jean. **Développement et principes du droit international humanitaire**. Genève : Institut Henry-Dunant ; Paris : Editions Pédone, 1983, p. 28.

¹²⁸ JOHANNOT-GRADIS, Christiane. **Le patrimoine culturel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?** Genève : Schulthess, 2013, p. 43.

A importância da concepção central do direito das gentes de Grócio está no fato de que as relações legais que prevaleciam entre Estados-Nações possuíam um caráter único qualitativamente diferente daquele que governava os contatos interpessoais e essa distinção não havia sido feita antes. Até esse período a lei aplicável às relações humanas era o direito das gentes (*Law of peoples*), que abrangeria uma subcategoria de direito natural. Passa a partir de então a existir um corpo especial de leis aplicáveis aos governantes, cuja fonte seria a vontade consciente dos próprios Estados e de seu consentimento mútuo¹²⁹.

Na obra *De jure naturale et gentium*¹³⁰, de 1672, Samuel Puffendorf se aproxima de seu antecessor. Comparando igualmente o direito das gentes ao direito natural¹³¹, conceitua-o como sendo uma lei da razão que dirige os seres humanos todo o tempo, com validade permanente. Essa incidência prática do direito natural aos Estados levaria à inteligível conclusão da genuína igualdade entre os mesmos. Em razão da concepção de Puffendorf de lei da natureza, que controlaria as relações internacionais como uma ordem legal imposta e sobreposta às pessoas e às Nações por um poder superior¹³², a igualdade dos Estados é concebida como uma ideia legal¹³³, mas que os submeteria à existência de normas (provenientes do direito natural) a cujo respeito estariam adstritos, retirando a liberdade irrestrita dos mesmos frente à existência de valores superiores, ditados por esse direito natural.

No final do século XVIII, importantes desdobramentos aportam ao direito das gentes. Apesar de na obra de Jeremy Bentham esse direito ainda ser concebido em sua essência como *Law of Nations*, porquanto ainda pensado como o direito que tem como principais atores os Estados nacionais soberanos e que serve a reger seus comportamentos externos, a mesma pode ser vista como marco de um novo direito das gentes na medida em que passa a denominá-lo direito internacional, pela primeira vez na história.

Porque ainda preocupado em reger os direitos das Nações, portanto, o pensamento de Bentham possui um aspecto que lhe confere um caráter híbrido, uma vez que por outro lado se

¹²⁹ NEFF, Stephen C. **War and the Law of Nations: A general History**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 98.

¹³⁰ Direito das gentes (*jure gentium*) consta na tradução inglesa da obra como *Law of Nations*.

¹³¹ PUFFENDORF, Samuel von. **Of the Law of Nature and Nations: Eight Books**. Oxford: Printed by L. Lichfield, 1703, p. 118.

¹³² Puffendorf chega a afirmar que a obrigação que resulta das leis naturais advém de sua criação por Deus advinda de sua condição de comando de toda a humanidade, cuja soberania obrigaria à observação dessas leis. “*The Obligation of Natural Law proceeds from GOD himself, the great creator and Supreme Governor of Mankind; who by Virtue of his Sovereignty hath bound Men to the Observation of it*”. PUFFENDORF, Samuel von. **Of the Law of Nature and Nations: Eight Books**. Oxford: Printed by L. Lichfield, 1703, p. 114.

¹³³ NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History of the Law of Nations**. New York: The Macmillan Company, 1947, p. 117.

ocupou de questões como o problema da guerra e sobretudo de tecer o que denominou plano para uma paz universal e perpétua, a que equiparou a princípios de direito internacional.

Será também desse contexto histórico que emergirão outros ditos projetos de paz perpétua a que se unirão os movimentos do século seguinte, inspiradores do (re)nascimento de um direito das gentes erigido sobre bases que tem os indivíduos e os elos por eles formados no centro de sua proteção, os quais ganharão ainda maior força com a chegada do direito internacional humanitário.

A teorização de um projeto de paz perpétua não nasce pela primeira vez nesse momento histórico¹³⁴. Mas é do período oitocentista que surgem os principais questionamentos sobre as novas relações entre o direito e os povos, sendo submetidos a críticas os sistemas de relações internacionais do regime vigente a ponto de criar uma nova perspectiva de pensamento político, desta vez mais próximo de um cosmopolitismo do direito das gentes que não mais se limita a teorizar sobre o direito da guerra, mas a partir de então vocacionado a se aplicar às relações entre as sociedades humanas¹³⁵. O *jus gentium* deixa enfim de ser pensado na sua acepção reduzida e reabre-se ao universalismo a que estava destinado em seu nascimento.

Essas ideias possuem suas primeiras sementes no pensamento de Abbé de Saint-Pierre, passando por Claude-Henri de Saint-Simon e tendo como grande estandarte a obra de Immanuel Kant.

Em seu *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Castel de Saint-Pierre, consciente da existência de uma sociedade internacional e do direito que deveria regular as relações entre os Estados, o direito das gentes, preocupa-se particularmente com o problema dos tratados internacionais, nem sempre cumpridos pelos soberanos e muitas vezes causas de novas guerras – ideia que será mais tarde retomada por Kant. Para ele, a única maneira de que esses compromissos sejam cumpridos é por meio da união de todas as soberanias¹³⁶.

¹³⁴ A obra *De Recuperatione Terrae Sanctae* de Pierre Dubois (1250-1321) constitui-se em um projeto de reconstrução do mundo político para a realização da paz perpétua em que prega a paz no seio do mundo cristão e a monarquia universal do rei da França, Felipe IV o Belo – registre-se que nessa época a sede do catolicismo fora deslocada para a França. A obra, no entanto, merece ser relativizada, porquanto Pierre Dubois foi um dos principais conselheiros do soberano para a fundamentação das Cruzadas. DUBOIS, Pierre. **De Recuperatione Terrae Sanctae**, 1306, Ms latin 10919 B.N.F., éd. C.-V. Langlois, Paris, 1891. Traduction anglaise de W. Brandt, *The Recovery of the Holy Land*, New York: 1955. Outros projetos de paz perpétua podem ser encontrados em: LA CROIX, Emeric de. **Le nouveau Cynée ou Discours d’Etat représentant les occasions & moyens d’établir une paix générale & la liberté du commerce par tout le monde**. Paris: chez Jacques Villery, 1623; PENN, Willian. **Essay towards the future Peace of Europe**. London, 1693.

¹³⁵ BELISSA, Marc. **Fraternité universelle et intérêt national (1713-1795)** : Les cosmopolitiques du droit des gens. Paris : Éditions Kimé, 1998. Collection Le sens de l’histoire. p. 7.

¹³⁶ « *S’ils étoient sages, ils verroient souvent que l’intérêt qui tend à les tenir unis est bien plus grand que l’intérêt qui tend à les diviser* ». CASTEL DE SAINT-PIERRE, Charles-Irénée. **Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe**. Tome 1. Utrecht : A. Schouten, 1713, p. 4.

Por isso propõe a criação de um corpo europeu (*Corps européen*), uma verdadeira sociedade de nações, a ser formado pelas principais soberanias europeias, submetidas a um sistema de arbitragem, chegando a mencionar a necessidade de criação de um sistema de União europeia, como sinônimo de um sistema de equilíbrio¹³⁷. Essa sociedade de nações será novamente pensada por Kant, mas em uma perspectiva universal e não unicamente europeia.

Embora a visão de Claude-Henri de Saint-Simon tenha sido igualmente limitada ao horizonte europeu, sendo, portanto, de um cosmopolitismo relativo, seu principal valor foi o de ter concebido a existência de um órgão jurisdicional superior aos Estados, algo então impensável no sistema oitocentista em que predominava o princípio da soberania baseado na igualdade entre os Estados. Para Saint-Simon, esse órgão superior, o Parlamento Europeu, seria o juiz das controvérsias que poderiam ser erigidas contra os governantes europeus, a favor dos povos¹³⁸.

Esse órgão jurisdicional superior, para Saint-Simon, teria por finalidade preservar interesses gerais de natureza superior aos interesses nacionais, de forma a reduzir as guerras e a resolver os conflitos entre a espécie humana¹³⁹, expressando a ideia de uma primazia de um organismo supranacional sobre os Estados.

De uma maneira ainda mais profunda, partindo-se da premissa de que o direito internacional dos tempos atuais não deve ser limitado a regular tão somente a relação entre os Estados, mas sim que deve ser voltado à proteção da humanidade em seu conjunto tendo o indivíduo como centro, deste direito internacional concebe-se Immanuel Kant como seu verdadeiro fundador.

Em toda a sua obra que versa sobre filosofia política, Kant parte da premissa de que a humanidade se encontra em constante evolução, entendendo esse progresso como corolário inexorável que se funda na liberdade dos seres humanos de agirem conforme a razão¹⁴⁰. Essa

¹³⁷ CASTEL DE SAINT-PIERRE, Charles-Irénée. **Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe**. Tome 1. Utrecht : A. Schouten, 1713, p. 50.

¹³⁸ « Si une portion quelconque de la population européenne, soumise à un gouvernement quelconque, voulait former une nation à part, ou entrer sous la juridiction d'un gouvernement étranger, c'est le parlement européen qui en décidera. Or il n'en décidera point dans l'intérêt des gouvernements, mais dans celui des peuples, et en se proposant toujours pour but la meilleure organisation possible de la confédération européenne ». SAINT-SIMON, Claude-Henri de. **De la réorganisation de la société européenne, ou De la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique, en conservant à chacun son indépendance nationale**. Paris : Chez Adrien Égron, 1814, p. 59.

¹³⁹ « Il viendra sans doute un temps où tous les peuples de l'Europe sentiront qu'il faut régler les points d'intérêt général, avant de descendre aux intérêts nationaux ; alors les maux commenceront à devenir moindres, les troubles à s'apaiser, les guerres à s'éteindre ». SAINT-SIMON, Claude-Henri de. **De la réorganisation de la société européenne, ou De la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique, en conservant à chacun son indépendance nationale**. Paris : Chez Adrien Égron, 1814, p. 111.

¹⁴⁰ KANT, Immanuel. **Filosofia da História**. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012.

premissa ficará ainda mais clara em seu pensamento a partir dos escritos tecidos em 1784, na obra *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, oportunidade em que formula o célebre entendimento de que a humanidade se encontra em constante processo evolutivo graças à transgressão que é natural aos seres humanos na medida em que são essas transgressões que, segundo Kant, fizeram e continuarão por fazer a humanidade evoluir.

Nesta obra, Kant sustenta por meio de nove proposições a existência de uma espécie de plano da natureza que teria como propósito impulsionar a evolução da humanidade, entendendo que a natureza dotara os seres humanos de razão a fim de que possam agir de acordo com esse plano. Kant sustenta a sua tese afirmando ser possível perceber na história da humanidade a existência de um curso regular que a estaria levando a esta evolução.

Quanto à maneira que as transgressões operam essa evolução da humanidade, Kant irá afirmar, já na quinta proposição tecida em *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, que os membros da sociedade vivem em um antagonismo universal e que é justamente esse antagonismo universal que os obriga a sair do que denomina estado de natureza para um estado de coação, o que será para ele a inauguração da constituição civil. Na obra *À Paz Perpétua*, Kant denominará esse estágio evolutivo da humanidade de *jus civitas*¹⁴¹, para ele o primeiro estágio de evolução que antecede o *jus gentium* e o *jus cosmopolitanum*.

Traduzindo de forma simples o pensamento kantiano, sua intenção é a de afirmar que os seres humanos são naturalmente transgressores – o que identifica com o estado de natureza – e que as normas jurídicas são necessárias para reger suas relações entre si e impor um pouco de ordem ao que seria o caos das relações humanas não fosse a existência do direito. Esta seria a primeira fase de um plano da natureza para a evolução da humanidade, porquanto se não fossem as transgressões não haveria necessidade de criação do direito e a humanidade permaneceria estagnada.

Esta ideia fica ainda mais clara a partir da formulação de sua sexta proposição, em que afirma que “o homem é um animal que, quando vive entre os seus congêneres, precisa de um senhor”¹⁴² e que justamente pelo fato de abusar constantemente de sua liberdade, necessita de uma lei não só que lhe imponha limites, mas precipuamente de uma força coercitiva – a que denomina *senhor* – que se imponha sobre a sua vontade.

Pensando em um segundo estágio evolutivo da humanidade, Kant parte para a construção de um pensamento voltado ao que se passa no plano além das relações interindividuais, afirmando que de nada serviria a constituição civil, regradora dos

¹⁴¹ KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012.

¹⁴² KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012, p. 27.

comportamentos no interior dos Estados, se esses mesmos Estados, nas relações que estabelecem entre si, não se sujeitassem a nenhuma forma de regramento. Nesse aspecto, Kant compara os Estados aos indivíduos e, ao formular a sua sétima proposição, lança a premissa de que a mesma insociabilidade que obrigou os indivíduos a estabelecer uma comunidade é novamente a causa para que cada comunidade se encontre numa relação exterior, de um Estado em relação a outro, primeiramente em uma liberdade irrestrita, mas posteriormente com a necessidade do surgimento de limitações dessa liberdade nas relações entre os Estados¹⁴³.

Kant denomina esse estágio evolutivo da humanidade de saída dos Estados do estado de natureza, comparando-o ao momento que os seres humanos saíam desse estágio e tiverem de ter suas relações regradas em razão de sua insociabilidade inerente. Da mesma maneira, pelo comportamento irregrado dos Estados, manifestado por meio das guerras e do armamento excessivo que chega até o esgotamento total de suas forças internas, os Estados viram-se obrigados a submeterem-se a normas limitadores. Mais uma vez, Kant atribui essa evolução a um plano da Natureza, que teria se utilizado novamente da incompatibilidade dos homens, das grandes sociedades e dos corpos estatais, para obrigá-los a deixar o estado de liberdade total. É nesse sentido que durante grande parte da sua obra irá afirmar que as guerras nada mais seriam do que um propósito da Natureza de provocar novas relações entre os Estados e, mediante a destruição e o fracionamento, formar novos entes, novas constituições civis no plano interno e novos acordos no plano externo, mais uma vez identificando nesse fluxo e tentando comprovar a sua tese de que a Natureza persegue um curso regular, conduzindo a espécie humana de um estágio inferior até um nível máximo, de um estágio de animalidade para um estágio de humanidade.

Kant não desconsidera o fato de que esse plano da Natureza somente poderá se concretizar após o transcurso de um longo tempo e entende que desse percurso a humanidade percorrera apenas uma pequena parte¹⁴⁴, para isso entendendo que “a própria guerra se tornará pouco a pouco não só um empreendimento artificioso, incerto quanto ao desenlace para ambos os lados, mas também em virtude das consequências dolorosas que o Estado sente na sempre crescente dívida [...] cuja amortização é imprevisível”¹⁴⁵, demonstrando assim de que maneira aos poucos entende que as guerras irão se reduzir, de forma a possibilitar esse lento progresso, até a concretização do propósito supremo da Natureza, a que denomina Estado de *cidadania*

¹⁴³ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹⁴⁴ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹⁴⁵ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 34

*mundial*¹⁴⁶, entendido como aquele em que deverão se desenvolver todas as disposições originárias do gênero humano.

Por isso Kant tem em si uma visão otimista sobre a humanidade, o que ele mesmo denomina vista consoladora do futuro, afirmando que os Estados entre si se encontram em estado de natureza, ao qual devem renunciar (em razão da mesma necessidade que levou os humanos individualmente a renunciarem a esse estado de natureza e entrarem no estado de coação, ou cercas), saindo da desordenada situação das relações estatais em busca de uma grande federação ou de um estado de cidadania mundial¹⁴⁷.

Kant irá, um pouco mais tarde, modificar essa concepção, quando em À Paz Perpétua, abandonará essa ideia de criação de um estado de cidadania mundial e passará a defender a criação de uma federação de Estados livres, sem que haja um Estado senhor sobre todos os demais¹⁴⁸. Será esta a ideia matriz que dará origem à concepção da Liga das Nações ao final da Primeira Guerra Mundial.

É particularmente nesta última obra que Kant formula seu legado sobre o direito das gentes e o direito cosmopolita, trazendo-os, ao lado do direito civil, como requisitos para a edificação de um estado duradouro de concórdia entre os povos.

Kant impõe como pressupostos preliminares para a paz perpétua a necessidade de desaparecimento gradativo dos exércitos permanentes, enquanto símbolos de uma ameaça constante de guerra em relação a outros Estados e indutores de uma competição armamentista entre eles. Ressalva, porém, que no caso de ocorrência de uma guerra e de necessidade superveniente de um tratado de paz, uma segunda condição preliminar para a paz perpétua seria a de que esse tratado de paz não possa comportar reservas que possibilitem o início de uma nova guerra, nem tampouco a possibilidade de um Estado ser adquirido por outro, já que concebe o Estado não como um patrimônio, mas como uma sociedade de pessoas, caso em que esse processo seria contraditório ao contrato originário.

Por esse mesmo motivo, Kant entende que em nenhuma hipótese um Estado pode ter ingerência sobre o governo e a constituição de outro Estado por meio da força, pois a intromissão de uma potência estrangeira constitui-se em lesão aos direitos dos povos livres, situação que colocaria em perigo a autonomia dos demais Estados. Nesse aspecto se torna muito

¹⁴⁶ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 35.

¹⁴⁷ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹⁴⁸ Nesse aspecto, Kant se distancia particularmente do pensamento de seu antecessor Claude-Henri de Saint-Simon, segundo o qual haveria a necessidade de criação de um órgão máximo de decisão posicionado acima dos Estados, identificado por ele como sendo um futuro Parlamento Europeu, visto a sua visão limitada do mundo ao espaço da Europa.

clara a concepção de Kant de um direito internacional centrado na proteção do ser humano, compreendendo os Estados como instrumentos de realização da vida em sociedade protagonizada por indivíduos.

Por entender que os Estados ainda não saíram totalmente do Estado de natureza, Kant prevê a possibilidade de ocorrência ainda de muitas guerras. Especialmente em razão da proteção que consagra aos direitos dos seres humanos, é categórico ao afirmar que no seu advento o uso de meios insidiosos não pode ser em nenhuma hipótese tolerado¹⁴⁹, tendo em vista que possuiriam o condão de impossibilitar a paz no futuro, em virtude da quebra total de confiança que opera entre as partes envolvidas nas hostilidades. Refere, assim, que a guerra é um meio necessário ao estado de natureza, mas que a guerra de extermínio seria a aniquilação total do direito, de forma a impossibilitar a paz perpétua.

O pensamento kantiano a respeito dos conceitos de *jus civitas*, *jus gentium* e *jus cosmopolitanum* é formulado na elaboração dos artigos definitivos para a paz perpétua. Para Kant, o *jus civitas* seria o primeiro estágio evolutivo da humanidade, consistente na saída dos seres humanos do estado de natureza e na formalização de um direito político sob a forma de um estado civil, ou de uma constituição civil, erigida sob a forma republicana¹⁵⁰. Trata-se da mesma concepção que desenvolvera em Ideia de uma história universal com propósito cosmopolita, no aspecto em que se referia às leis que iriam limitar o estado de liberdade absoluta de que eram dotados os seres humanos nos tempos mais primitivos da civilização.

Kant irá elaborar os preceitos do direito das gentes, ou as regras que devem reger os Estados nas relações que estabelecem entre si ao formular o segundo artigo definitivo para a paz perpétua, o qual diz respeito à necessidade de desenvolvimento das relações estatais (a saída dos Estados do estado de natureza) e à premência do desenvolvimento de uma federação de Estados livres capaz de retirar os Estados do que considera ser o contexto caótico das relações estatais, amparadas que são ainda no princípio da soberania. Nesse momento, os Estados abandonam o estado de natureza e para isso devem formar uma constituição semelhante à

¹⁴⁹ Refere-se ao emprego de *percussores* (assassinos), *venefici* (envenenadores) e ao *perduellio* (excitação traição).

¹⁵⁰ Kant fundamenta sua assertiva justificando que na “constituição republicana deve haver necessariamente o consentimento dos cidadãos para declarar a guerra. Nada mais natural, portanto, do que, já que eles devem sofrer as consequências da guerra: os combates, as despesas, a devastação, o peso desolador da dívida pública, que passa para os tempos de paz; que pensem muito e vacilem antes de se lançarem a um jogo tão arriscado. Por outro lado, numa constituição em que o súdito não é cidadão, numa constituição não republicana, a guerra é a coisa mais simples do mundo. O chefe de Estado não é um concidadão, mas um senhor; a guerra não perturba nada no seu sistema de vida faustosa, que passa em banquetes, caçadas e nas estadias em castelos acolhedores. A guerra, para ele, é uma espécie de diversão; pode declará-la pelos mais leves motivos, ordenando imediatamente que o corpo diplomático – sempre tão bem disposto – cubra as aparências e encontre uma justificação plausível”. KANT, Immanuel. **Zum Ewigen Frieden**: rumo à paz perpétua. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010, p. 43.

constituição política, porém em outro plano, de forma capaz a reger suas relações e formar o que denomina sociedade de nações, a que denomina federação de Estados livres, defendendo que uma garantia para a conquista da paz seria os Estados passarem a se submeter a regras que lhe são exteriores, a regerem suas relações e não mais permitirem seu isolamento no trato de questões que são comuns à comunidade internacional ou que são de interesse de mais de um Estado¹⁵¹.

Sustenta que considerando que os Estados já possuem uma constituição civil interna, não se submetem à pressão de outros Estados e às suas próprias concepções do direito, o que não é garantia nenhuma à paz, já que o recurso à guerra é sempre latente, a não ser que haja um pacto entre os povos – o que denomina federação da paz (*foedus pacificum*), que seria distinta de um mero tratado de paz (*pactum pacis*), esse caracterizado pela provisoriedade. Haveria, nesse caso, uma relação de coordenação, e não de subordinação, com vistas a assegurar a liberdade de todos os Estados¹⁵².

Refere que o direito das gentes seria incompatível com um direito à guerra e sustenta que o único meio de que dispõem os Estados para sair da situação anárquica que ampara a existência de guerras é justamente sacrificar a sua liberdade, ainda em estado selvagem, de modo a possibilitar a criação de leis públicas coercitivas que constituam um Estado de Nações (ou *civitas gentium*) de forma a progressivamente abarcar todos os povos. Refuta aqui a ideia de criação de uma república universal, contrapondo a necessidade de criação de uma federação de povos¹⁵³.

Até esse momento, Kant concebe um direito internacional, denominado por ele de direito das gentes, como o direito que irá fazer com que os Estados deixem de viver entre si em um estado caótico. Trata-se, portanto, de um direito regulador do comportamento dos Estados e por isso muito assemelhado à concepção de *Law of Nations*, não obstante acrescente a ele a premissa que o diferencia dos demais pensadores do direito internacional clássico ao propor a necessidade de criação de uma federação de Estados livres.

Mas o grande diferencial do pensamento kantiano, que o colocaria como o fundador do moderno direito internacional, centrado na proteção do indivíduo enquanto unidade fundamental do gênero humano, é a inserção de um terceiro patamar evolutivo desse direito.

¹⁵¹ KANT, Immanuel. **Zum Ewigen Frieden:** rumo à paz perpétua. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010.

¹⁵² KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹⁵³ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

Ao formular o terceiro artigo definitivo para a paz perpétua, pensando em um subsequente estágio das relações estatais, Kant entende ser necessário o desenvolvimento de um *jus cosmopolitanum*, baseado na existência do que denomina direito de hospitalidade universal amparado na assertiva de que todos os seres humanos possuem direito de serem respeitados em sua dignidade onde quer que se encontrem e independentemente da sua condição de nacionais de um determinado país¹⁵⁴.

A consideração do indivíduo como sujeito de direito em uma sociedade cosmopolita, sem importar a sua nacionalidade, é o elemento fundamental que cria o elo entre esses indivíduos de forma a que seu conjunto forme o que se pode chamar humanidade, ligada por valores que os aproximam e não por elos jurídicos que os ligam aos seus Estados nacionais. A visão da humanidade a partir da concepção de Estado é, como viu-se, sempre uma visão compartimentalizada, que não permitiria jamais universalizar seus valores.

Kant ressalta a hospitalidade universal como o direito que possui todo o ser humano a não ser tratado de forma hostil por encontrar-se em território alheio. Tratar-se-ia de um direito de apresentar-se na sociedade, fundado na posse comum da superfície terrestre, pertencente a todo e qualquer ser humano independentemente de sua nacionalidade.

Embora conceba o direito à hospitalidade universal de forma incipiente, chegando a admitir a possibilidade de, no futuro, existirem relações pacíficas entre povos de forma a converterem-se em relações legais, que poderiam levar a raça humana a instaurar uma constituição cosmopolita, Kant possibilita com ele pensar em um direito à cidadania mundial, a ser elevado à categoria de direito público da humanidade.

Muito embora tenha limitado a aceção de hospitalidade universal a um código não escrito do direito político e do direito das gentes, restringindo esse direito a um nível moral, a evolução moderna do direito internacional que já é dotada de órgãos jurisdicionais permitiria pensar a hospitalidade universal como um direito imperativo que, se desrespeitado, poderia ser entendido como lesivo a direitos de todos os seres humanos.

Além disto, sua proposta, amparada na forma de uma federação de povos, pugna pela expansão das estruturas institucionais para além do Estado-nação, com a necessidade de criação de governanças com competências não somente nacionais, mas também regionais e globais, centrada em um direito cosmopolita que tem como pilar a universalidade dos direitos humanos.

Por mais utópicos que possam parecer esses projetos, já que falar em paz perpétua pode parecer irrealizável em uma sociedade que vive a maior parte de sua história em guerra, o

¹⁵⁴ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

fato é que essas ideias propiciaram avanços que, como afirmam Dominique Carreau e Fabrizio Marrella, conheceram um considerável êxito, inspirando a fundação de instituições como a Sociedade das Nações em 1919 e a Organização das Nações Unidas em 1945. Essas ideias, além disso, reforçam a importância não somente de organizar, mas sobretudo de institucionalizar as relações internacionais entre os Estados com vistas a desenvolver a solidariedade natural dos membros da comunidade internacional, senão para eliminar, mas pelo menos para reduzir suas intenções belicosas¹⁵⁵.

Essas bases do pensamento kantiano podem ser vistas como o fundamento de um novo *jus gentium*, que concebe a humanidade a partir da premissa da unidade do gênero humano, por isso sem considerações a elos que unem as pessoas a seus Estados, mas considerando os elos que unem os indivíduos entre si – o que se chama aqui de valores universais e cujo conteúdo tenta-se desvendar. Entende-se esse direito como o único, ou pelo menos o mais importante, capaz de servir de base a uma justiça que se propõe a ser universal, na medida em que pretende ser um direito que alcance todos os seres humanos e possa se impor a eventual contrariedade dos Estados.

Nos séculos seguintes frutificarão outras importantes ideias sobre a concepção da humanidade vista como a unidade do gênero humano, de modo a trazer desdobramentos para o direito das gentes.

Contribuições importantes como a de Auguste Comte elucidam o que parecia óbvio: a ideia de que a humanidade é um ente distinto (e superior) dos indivíduos que a formam. Esses indivíduos, unidos por uma solidariedade universal, são a unidade que promove a sua evolução. Isto se deve à concepção coletiva da atividade humana da concepção comtiana, que também vê o homem como um ser moldado pelo tempo¹⁵⁶ e que reforçará a concepção já anunciada de que os valores de uma sociedade, absolutos que possam ser, são sempre temporalmente relativos.

Outros, como Pierre Leroux, dirão que a humanidade é um conceito intermediário entre os homens e Deus, ganhando com isso certo conteúdo metafísico, a que ele denomina ser abstrato. Ao pensar sobre a necessidade de se conceber uma ideia mais límpida e profunda, conceitua a humanidade como sendo cada homem na sua existência infinita¹⁵⁷, e que, ao mesmo

¹⁵⁵ CARREAU, Dominique ; MARRELLA, Fabrizio. **Droit international**. 11ème édition. Paris : Pédone, 2012, p. 53.

¹⁵⁶ COMTE, Auguste. **Système de politique positive**. Tome II. Paris : Mathias, 1852, p. 155.

¹⁵⁷ “Il faut avoir de l’humanité une idée plus nette et plus profonde. L’humanité, c’est chaque homme dans son existence infinie”. LEROUX, Pierre. **De l’humanité, de son principe, et de son avenir**. Paris : Perrotin, 1845, p. 198.

tempo que cada homem não existe sem a humanidade¹⁵⁸, a humanidade é os homens em um outro estágio, guiados que são sempre por uma lei de solidariedade¹⁵⁹.

Essas ideias que refletem uma preocupação com a existência da humanidade enquanto ente irão ecoar nos documentos diplomáticos do século XIX, de forma a possibilitar uma melhor identificação de quando essa humanidade é ferida em seus valores e tornar latente a necessidade de sua proteção. A busca por esse corpo de valores é, assim, de fundamental importância para que o incipiente direito que se ocupa dessa salvaguarda comece a delimitar as suas fronteiras.

¹⁵⁸ « *Nul homme n'existe indépendamment de l'humanité* ». LEROUX, Pierre. **De l'humanité, de son principe, et de son avenir**. Paris : Perrotin, 1845, p. 198.

¹⁵⁹ Em seu Livro Quarto, Leroux se refere à existência de uma solidariedade mútua entre os homens, decorrente de suas necessidades enquanto seres individuais. LEROUX, Pierre. **De l'humanité, de son principe, et de son avenir**. Paris : Perrotin, 1845, pp. 157-175.

2. AS BASES JURÍDICAS DO CONCEITO DE HUMANIDADE

Se a humanidade enquanto ente moral já existia nos espíritos desde a antiguidade, embora construída de maneira eminentemente descontinuada, conformar essa ideia de maneira mais ordenada e pensá-la enquanto ente jurídico foi um processo que não teve início senão em um momento histórico muito mais tardio.

Apesar do profuso substrato filosófico que teve a humanidade como uma de suas inquietações, sob prismas diferentes e sobre quais seriam os interesses comuns dos povos, até o surgimento do direito internacional e dos seus princípios reitores, e mais precisamente até o alcance de certo nível de seu desenvolvimento, toda essa construção é desordenada e muito menos permite sistematizar a noção de grave violação contra a humanidade. Por isso a construção jus filosófica do conceito de humanidade e de seus valores não se completa enquanto não se ocupa da sua proteção jurídica em uma esfera de maior amplitude.

Muito embora gradativamente desencadeie-se um processo de verticalização protetiva, a partir de um movimento de internalização nos direitos domésticos, a apreensão da humanidade pelo direito se inicia pela via do direito internacional. E essa apreensão da humanidade pelo direito internacional acaba por produzir um fenômeno de dupla dimensão: de um lado, a juridicização do conceito de humanidade é transformadora do próprio conceito – de um conceito filosófico e metafísico para um conceito jurídico; de outro lado, o direito internacional começa a passar por um processo de humanização propiciado pelo rompimento de algumas de suas bases herdadas do pilar da concepção de soberania do Estado – de um direito internacional clássico para um novo direito internacional.

Essas mudanças no conceito de humanidade e da própria concepção do direito internacional são obra de determinados acontecimentos sociais contemporâneos ao processo, que passaram a exigir a proteção do ser humano na cena internacional e a imposição de limites à razão de Estado. As atrocidades que marcaram o fim do século XIX e a primeira metade do século XX acabaram por despertar “a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento jurídico internacional”¹⁶⁰.

A expressão consciência jurídica universal foi cunhada por Antônio Augusto Cançado Trindade emergindo em período em que liderou frutífera produção jurisprudencial a partir de

¹⁶⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111.

seus votos enquanto juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁶¹, representando a expressão da fonte primária que desencadeia a necessidade de proteção dos valores da humanidade pelo direito internacional.

Esse direito internacional nasce de um corpo de princípios e de costumes e transforma-se pouco a pouco em uma ordem jurídica convencional, encontrando um desenvolvimento sem precedentes a partir do século XIX. É quando uma série de documentos diplomáticos passam a tratar de problemas que se tornam preocupação comum na cena da sociedade internacional, gerando um movimento criador de toda a série de convenções internacionais positivadoras dessas inquietações, que têm a proteção da humanidade como um de seus centros.

2.1 O edifício principiológico

Até que a humanidade fosse apreendida pelo direito e, antes disso, enquanto não fosse concebida como um ente jurídico, seu processo de construção, então puramente filosófico, começou a ganhar um entorno, não propriamente sendo inserida diretamente em textos convencionais enquanto objeto de definição ou de proteção, mas sendo referida como uma espécie de fórmula constante, ao mesmo tempo expressando uma simbologia e uma preocupação que pouco a pouco começa a aflorar e extravasar o domínio puramente estatal.

Esse entorno que passa a ter a humanidade como uma espécie de *Leitmotiv* se traduz ora pela edificação de princípios visando garantir a obediência a regras mínimas que devem se traduzir na sua própria preservação, ora pela ideia de que essa preservação deve passar por um quadro principiológico que dite a hierarquia superior dessas normas protetivas.

¹⁶¹ Destacam-se especialmente os seguintes votos : Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso *Barrios Altos versus Perú* (Fondo, sentencia del 14.03.2001), §§12, 15 e 16; Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso *Maritza Urrutia versus Guatemala* (Fondo y reparaciones, sentencia del 27.11.2003), §8; Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay* (Interpretación de Sentencia, del 06.02.2006), §9; Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Interpretación de Sentencia, del 08.02.2006), §21; Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay* (Fondo y reparaciones, sentencia del 29.03.2006), §32; Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso *Almonacid Arellano versus Chile* (Fondo y reparaciones, sentencia del 26.09.2006), §28; Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso *La Cantuta versus Perú* (Fondo y reparaciones, sentencia del 29.11.2006), §§ 49, 52 e 56. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Esencia y Transcendencia. (Votos en La Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa, 2007.

Especialmente a partir do século XIX, expressões tais como sentimento de humanidade¹⁶², motivo de humanidade¹⁶³, dever de humanidade¹⁶⁴ e, mais tarde, leis da humanidade¹⁶⁵ serão correntes nos documentos diplomáticos e nos tratados internacionais firmados sobretudo no eixo europeu.

Fruto de um conjunto de ideias que se conectam de modo íntimo com os projetos de paz perpétua do contexto histórico imediatamente antecedente, será a insurgência de alguns princípios de humanidade que fará aparecer a noção de que a ofensa a valores de uma determinada população é capaz de justificar mesmo a intromissão à soberania do Estado.

Este será o fio condutor de duas ordens principiológicas cardeais que imprimiram uma incipiente humanização ao pensamento jurídico: a teoria de intervenção por causa de humanidade e os princípios humanitários.

Embora de certo modo relacionada com as teorias da guerra justa do século XVI naquilo em que justificavam o uso da força de uma Nação sobre outra, mas agora completamente desconectada da razão de Estado, a teoria da intervenção por causa da humanidade na sua acepção clássica ganha força no século XIX e se coloca em antagonismo em relação aos princípios da soberania e da não-intervenção no aspecto em que justifica a interferência de uma força estrangeira sobre as questões internas de um Estado¹⁶⁶. Essa teoria

¹⁶² A expressão *sentimento de humanidade* aparece no Tratado de Londres de 6 de julho de 1827 firmado entre Inglaterra, França e Rússia a fim de legitimar a intervenção desses três países contra a dominação da Turquia na Grécia: « *Traité signé à Londres le 6 juillet 1827, entre la France, la Grande-Bretagne et la Russie, pour la pacification de la Grèce. Au nom de la Très-Sainte et indivisible Trinité [...] Ont résolu de combiner leurs efforts et d'en régler l'action par un Traité formel (1^o, dans le but de rétablir la paix entre les parties contendantes, au moyen d'un arrangement réclamé, autant par un sentiment d'humanité, que par l'intérêt du repos de l'Europe* ». RECUEIL DES TRAITÉS DE LA FRANCE. Tome 3/ oubl. Sous les auspices du Ministère des affaires étrangères par M. Jules de Clerq. Paris: Éditeur A. Durant et Pedone-Lauriel, 1880-1917, pp. 454-455.

¹⁶³ Ao fim da guerra da Crimeia (1854-1855), o Tratado de Paris de 3 de março de 1856 refere-se à necessidade de ingerência permanente da Europa sobre a Turquia, por motivo de humanidade. REPUBLIQUE FRANÇAISE. Congrès de Paris. Traité signé le 3 mars 1856 mettant fin à la guerre de Crimée et concernant l'affaire des détroits, les bâtiments de guerre dans la Mer noire, et les îles d'Alans. Protocoles des séances, 25 février 1856 – 6 janvier 1857. Édition: Paris Impr. Impériale, 1856. Éditeur scientifique: France. Ministère des affaires étrangères (1588-2007).

¹⁶⁴ Ao final da guerra de independência da Grécia, em 1830, os Estados que lhe deram sustentação contra o império otomano (Inglaterra, França e Rússia) elaboraram uma nota em que justificam sua intervenção sob o argumento de “cumprir um dever imperioso de humanidade”. « *8 avril 1830 Note Adressée à la Sublime-Porte, le 8 avril 1830, par les Représentants des trois Cours au sujets des Protocoles de Londres du 8 février concernant l'Independence et la délimitation de la Grèce, ainsi que le choix du Prince Léopold de Saxe-Cobourg comme souverain du nouvel État. Les soussignés [...] rappelleront sommairement ici les vues qui ont motivé l'alliance des trois Cours entre elles. Remplis un devoir impérieux d'humanité en mettant en terme aux troubles qui désolaient ces contrées malheureuses [...]* ». RECUEIL DES TRAITÉS DE LA FRANCE. Tome 3/ oubl. Sous les auspices du Ministère des affaires étrangères par M. Jules de Clerq. Paris: Éditeur A. Durant et Pedone-Lauriel, 1880-1917.

¹⁶⁵ Será na Convenção de Haia de 1899, no texto da Cláusula Martens, que a expressão entrará na cena jurídica internacional pela primeira vez.

¹⁶⁶ GARIBIAN, Sévane. **Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne** : Naissance et consécration d'un concept. Genève : Schulyheh Médias Juridiques S.A., 2009, pp. 35-47.

coloca em cheque os postulados de *Law of Nations* segundo os quais todos os Estados agem em igualdade no cenário internacional sem uma força jurídica que lhes seja superior.

Alinhadas com esses pressupostos, as teorias não-intervencionistas, defensoras acima de tudo do princípio da independência dos Estados uns em relação aos outros, pregam como consequência que nenhum Estado soberano é juiz dos atos de outro Estado soberano. A não-intervenção excluiria, assim, toda espécie de controle de um Estado sobre outro. A teoria não sofreria exceção sequer na hipótese de violação grave de eventuais leis da humanidade, cujo conceito é nessa época ainda nascente¹⁶⁷.

A ideia de intervenção por causa de humanidade rompe, portanto, com o primeiro paradigma do princípio da soberania, ligado à não-intervenção. Esse princípio de não-intervenção, *a priori*, não estaria submetido a qualquer espécie de exceção na medida em que os assuntos internos do Estado somente a ele concerniriam. A necessidade de intervenção começa a se introduzir, no entanto, como uma espécie de princípio moderador com vistas a humanizar a ação dos Estados nas suas relações internas.

Nesse sentido, as teorias intervencionistas, ao reconhecerem a existência de direitos pertencentes ao gênero humano e que por sua natureza teriam certa superioridade em relação ao direito nacional, pugnam por justificar a intervenção nos assuntos internos de um Estado no caso de esses direitos serem violados, em geral pelo próprio Estado¹⁶⁸. Pouco a pouco começa-se a identificar uma embrionária escala de valores a se proteger no seio da ordem internacional.

Um dos principais tratados internacionais do século XIX a regular a intervenção por causa da humanidade, o Tratado de Berlim, assinado em 13 de julho de 1878¹⁶⁹, ainda que tenha imposto uma série de regras no que tange ao princípio da não-ingerência aos assuntos internos do Império Otomano¹⁷⁰, constituiu-se em uma pedra angular de desestabilização do princípio da soberania ancorada na necessidade de respeito dos direitos da minoria armeniana que vivia à época na Turquia. Essa desestabilização se fez sentir notadamente porque o tratado conferiu poderes a uma comissão europeia para fiscalizar que os direitos dessa população fossem

¹⁶⁷ CARNAZZA-AMARI, G. **Nouvel exposé du principe de non-intervention**. Revue de droit international et de législation comparée, Paris, Tome 5, 1873, pp. 531-532 (531-565).

¹⁶⁸ GARIBIAN, Sévane. **Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne : Naissance et consécration d'un concept**. Genève: Schulyheess Médias Juridiques S.A., 2009, p. 54.

¹⁶⁹ Substituindo o Tratado de Santo Estefano, assinado em 3 de março de 1878, trazendo uma série de condições ao Império Otomano. OAKES, Augustus; MOWAT, R.B. **The Great European Treaties of the Nineteenth Century**. Oxford: Claredon Press, 1930, pp. 325-326.

¹⁷⁰ O primeiro artigo do tratado começa, por exemplo, por reconhecer a soberania da Bulgária: "**ARTICLE I. Bulgaria is constituted an autonomous and tributary Principality under the suzerainty of His Imperial Majesty the Sultan; it will have a Christian Government and a national militia**". OAKES, Augustus; MOWAT, R.B. **The Great European Treaties of the Nineteenth Century**. Oxford: Claredon Press, 1930, p. 332.

assegurados¹⁷¹ e, de forma geral, elevou a um alto patamar o princípio de respeito amplo aos direitos das diferentes populações¹⁷².

Fora esse o espírito do Tratado que lhe antecedeu, o Tratado de Paris de 1856 que, ao colocar fim à guerra da Criméia, de um lado garantia a independência do Império Otomano, mas de outro lado impunha às demais potências signatárias a responsabilidade de a garantir¹⁷³, chegando a transparecer mesmo uma ideia de obrigação de intervenção de humanidade.

Será, no entanto, a doutrina de Antoine Rougier a que trará maior profundidade para o tema da intervenção por causa da humanidade.

Na sua obra *La théorie de l'intervention d'humanité*¹⁷⁴, o então professor da Universidade de Caen começa por afirmar que se trata de uma teoria segundo a qual os atos de um poder público interno cometidos contra as leis da humanidade dariam abertura à intervenção de Estados terceiros ou a um controle internacional. Seu desenvolvimento seria indício da evolução de uma nova sociedade internacional, composta por Nações solidárias e interdependentes, pouco compatível com os dados tradicionais do direito internacional, tais como a total independência dos Estados.

Rougier opõe dentro dessa sociedade internacional, de um lado, a existência de Nações civilizadas, cuja ordem repousa no respeito às liberdades de seus cidadãos e, de outro lado, a presença de governos menos civilizados que praticam atos de tirania e arbitrariedade, ou

¹⁷¹ O artigo XLI do Tratado de Berlim prevê um direito de ingerência europeu para assegurar a observância das garantias dos direitos do povo armênio na Turquia, ainda que esse direito deva ser assegurado, em um primeiro nível, pelo poder soberano: “*Asia. Improvements and Reforms in favour of Armenians. Protection against Circassians and Kurds. The Powers to be kept periodically informed. ARTICLE LXI. The Sublime Porte undertakes to carry out, without further delay, the improvements and reforms demanded by local requirements in the provinces inhabited by the Armenians, and to guarantee their security against the Circassians and Kurds. It will periodically make known the steps taken to this effect to the Powers, who will superintend their application.*” OAKES, Augustus; MOWAT, R.B. **The Great European Treaties of the Nineteenth Century**. Oxford: Clarendon Press, 1930, p. 358.

¹⁷² “*ARTICLE IV. [...] Rights and Interests of different Populations to be considered. In the districts where Bulgarians are intermixed with Turkish, Rumanian, Greek, or other populations, the rights and interests of these populations shall be taken into consideration as regards the elections and the drawing up of the Organic Law.*” OAKES, Augustus; MOWAT, R.B. **The Great European Treaties of the Nineteenth Century**. Oxford: Clarendon Press, 1930, p. 335.

¹⁷³ « *Article 7. Sa Majesté l'Empereur des Français, Sa Majesté l'Empereur d'Autriche, Sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande, Sa Majesté le Roi de Prusse, Sa Majesté l'Empereur de toutes les Russies et Sa Majesté le Roi de Sardaigne déclarent la sublime Porte admises à participer aux avantages du droit public et du concert européen. Leurs Majestés s'engagent, chacune de son côté, à respecter l'indépendance et l'intégrité territoriale de l'Empire Ottoman, garantissent en commun la stricte observation de cet engagement, et considéreront, en conséquence, tout acte de nature à y porter atteinte comme une question d'intérêt général. Article 8. S'il survenait, entre la Sublime Porte et l'une ou plusieurs autres Puissances signataires, un dissentiment qui menaçât le maintien de leurs relations, la Sublime Porte et chacune de ces Puissances, avant de recourir à l'emploi de la force, mettront les autres parties contractantes en mesure de prévenir cette extrémité par leur action médiatrice.* » TRAITÉ DE PAIX entre la Sardaigne, l'Autrich, la France, le Royaume uni de la Grande Bretagne et d'Irlande, la Prusse, La Roussie, et la Turquie. Paris. 30 mars 1856. Disponível em : <<https://archive.org/stream/traitdepaixsign00itagoog#page/n4/mode/2up>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

¹⁷⁴ ROUGIER, Antoine. **La théorie de l'intervention d'humanité**. Paris : Pédone, 1910.

Estados que constituem uma esfera de humanidade bárbara¹⁷⁵. Reconhece que mesmo algumas Nações ditas civilizadas por vezes acabam por esquecer sua missão de garantir a justiça e assim fundamenta sua teoria sob a base da defesa dos povos atingidos por esses atos de ofensa. Nesse sentido, afirma que um governo deixa de ser respeitável quando falta com sua missão de ordem e paz. Em contextos como esse, seu povo tem o direito de defender suas vítimas e socorrer seus oprimidos. Ademais, os Estados não estão isolados e não são autorizados a tudo fazer no interior de suas fronteiras¹⁷⁶.

Por ser a violação às leis da humanidade a causa de justificativa da intervenção, e pelo fato de seu conteúdo colocar dificuldades especiais quanto ao fundamento jurídico, bem como por trazer a necessidade de precisá-las enquanto preceito, o professor Rougier acrescenta alguns indícios de sua essência. Nesse sentido, insere o questionamento acerca da existência efetiva de uma regra de direito imperativo, geral e obrigatória, superior às legislações nacionais, que constitua um direito comum da humanidade¹⁷⁷.

Se de um lado as teorias não-intervencionistas negam a existência de uma lei internacional superior, diante da defesa do postulado da independência absoluta dos Estados, de outro lado essas teorias desconsideram totalmente o dever desses Estados de respeitar os direitos e liberdades humanos. Uma lei internacional superior, como regra geral e imperativa, condicionaria a liberdade estatal interna.

Em sentido oposto, Rougier defende a possibilidade de intervenção sob o fundamento do que denomina teoria do direito humano e do poder-função. Sustenta a existência de uma regra de direito que se impõe aos governantes e aos governados, superior ao direito nacional, a qual coloca sob sua proteção as prerrogativas essenciais do indivíduo. Essas regras seriam o conjunto de direitos humanos, que fariam com que o poder dos governantes fosse única e exclusivamente uma contrapartida para o exercício de uma função¹⁷⁸.

Os requisitos para que esta regra de direito seja dotada de superioridade seriam ligados à existência dessa regra propriamente dita, ao seu conteúdo e à espécie de sanção que ela pode aportar.

¹⁷⁵ Antoine Rougier retoma a classificação política da humanidade feita por James Lorimer, consistente em humanidade civilizada, humanidade bárbara e humanidade selvagem. Diz o Professor Lorimer: “*As a political phenomenon, humanity, in its present condition, divides itself into three concentric zones or spheres – that of civilized humanity, that of barbarous humanity and that of savage humanity*”. LORIMER, James. **The Institutes of the Law of Nations**: A treatise of the jural relations of separate political communities. In two volumes. Vol. I. Edinburgh and London: William Blackwood and sons, 1883, p. 101.

¹⁷⁶ ROUGIER, Antoine. **La théorie de l'intervention d'humanité**. Paris : Pédone, 1910, pp. 1-9.

¹⁷⁷ ROUGIER, Antoine. **La théorie de l'intervention d'humanité**. Paris : Pédone, 1910, pp. 15-16.

¹⁷⁸ ROUGIER, Antoine. **La théorie de l'intervention d'humanité**. Paris : Pédone, 1910, p. 26.

Interessa particularmente aqui o requisito da existência de uma regra: se bem que entendendo que a mais antiga concepção de uma regra superior seria a do direito natural, Rougier reconhece a insuficiência de sua precisão por se tratar de uma noção muito mais moral do que jurídica e vai buscar essa existência no conceito de direito humano¹⁷⁹. Apoiar-se para isto em construções como a de Antoine Pillet e sua concepção de direito comum da humanidade.

Em um artigo escrito em 1894¹⁸⁰, Pillet sustenta a visão de que em função das espécies de elos que o ser humano forma, ele pertence ao mesmo tempo à sociedade nacional, à sociedade internacional e à uma grande associação que formam todos os membros do gênero humano. Tendo em vista que cada sociedade possui seu respectivo direito, à primeira corresponde o direito nacional, à segunda o direito internacional e à última o que denomina direito comum da humanidade.

O direito internacional teria por objeto, segundo Pillet, a regulação da sociedade das Nações, ao qual incumbiria conciliar o particularismo dos Estados com o cosmopolitismo da sociedade internacional, ponto sobre o qual sustenta a supremacia do direito internacional, haja vista que não poderia fazer o seu papel se suas prescrições não fossem aceitas por todos. Essa supremacia existiria, portanto, por força da necessidade e como uma consequência inexorável da formação da sociedade internacional.

Seguindo essa mesma lógica, à comunidade humana, um direito humano, portanto, diverso do direito internacional¹⁸¹. Esse direito consistiria no conjunto de princípios obrigatórios que, segundo Pillet, encontraria sua causa na própria existência humana, cuja observância é reclamada e imposta de e a todo Estado ou indivíduo. Sua força faria penetrar sua influência por onde se encontre a humanidade, sendo por isso mesmo universal e superior a todos os outros direitos. Como fundamento, cita uma série de fatos exemplificativos que foram se impondo às leis (de humanização das guerras, de garantia de liberdade de expressão), todos por consideração à dignidade humana e aos direitos imprescritíveis que a ela se ligam.

Asseverando a existência de uma lei inerente à natureza humana ou de um direito verdadeiramente comum à humanidade, Pillet reconhece, no entanto, que sua identificação é

¹⁷⁹ ROUGIER, Antoine. *La théorie de l'intervention d'humanité*. Paris : Pédone, 1910, p. 27.

¹⁸⁰ PILLET, A. Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet., *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, vol. I, p. 1-32, 1894. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k73471r/f22.image>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁸¹ Mesmo que para Pillet direito internacional e direito comum da humanidade tenham objetos inconfundíveis, dele retira-se parte do seu ensinamento para entender que este último é uma parcela que faz parte do direito internacional após as transformações que sofrerá a ponto de deixar de ter como objeto único a relação entre as Nações. Entende-se que o direito internacional seria, portanto, o direito das Nações somado ao direito comum da humanidade concebido por Pillet. E é precisamente nesse ponto, quando o direito internacional toma para si a tutela dos interesses humanos mais fundamentais, que se sustenta a sua supremacia.

difícil e só se pode tecer lentamente, caso a caso. Mas desde já os identifica no fato de o direito nacional dos Estados garantir um lugar privilegiado a certo grupo de direitos públicos do indivíduo – uma homenagem que todos os Estados devem ao direito comum da humanidade. Sua emergência seria reconhecida igualmente na necessidade de o direito internacional dever assegurar a intervenção por causa da humanidade em caso de sua violação. Isto decorreria da impossibilidade de renunciar-se ao seu exercício, que interessa ao gênero humano em seu conjunto, e não a um Estado ou a um indivíduo em particular.

Para a legitimação da intervenção por causa de humanidade, importa também precisar o conteúdo do que seriam essas regras autorizadoras. Para decodificá-las, Rougier afirma que se o direito humano consiste na expressão mais geral da solidariedade humana, seu conteúdo deve se expressar em todas as regras suscetíveis de desenvolver essa solidariedade, exigindo que as atividades que caracterizam o homem em todas as suas dimensões sejam protegidas. O autor se refere precisamente às dimensões do ser humano enquanto ser físico, ser moral e ser social.

Assim, o direito humano deve garantir aos indivíduos o direito à vida, o respeito à liberdade material e moral e o reconhecimento de uma ordem legal, esta última enquanto condição indispensável da vida em sociedade¹⁸².

Expondo o conteúdo das normas justificadoras da intervenção, Antoine Rougier começa a traçar uma das primeiras escalas dos valores essenciais da humanidade, inserindo no topo dessa estrutura alguns dos direitos que conferem dignidade ao indivíduo, como o respeito à vida e à liberdade. Faz transparecer com isso que a existência de uma ordem legal seja apenas uma garantia a esses direitos e não um direito propriamente dito.

Ainda, a existência dos direitos humanos mais fundamentais é limitadora dos poderes do Estado, segundo Rougier, nisso consistindo o sentido da sanção da regra, que advém de uma força externa. Isto porque os membros da comunidade internacional não podem admitir em seu seio a existência de um Estado que desconhece esses direitos de natureza superior, de forma a que os atos arbitrários praticados na esfera interna não são reconhecidos como atos de soberania. Por esse motivo é que para Rougier o princípio da independência não possuiria mais o alcance de outrora, somente sendo verdadeiramente independente o Estado que se conforma ao direito¹⁸³.

¹⁸² ROUGIER, Antoine. **La théorie de l'intervention d'humanité**. Paris : Pédone, 1910, p. 31.

¹⁸³ ROUGIER, Antoine. **La théorie de l'intervention d'humanité**. Paris : Pédone, 1910, pp. 32-33.

A teoria de intervenção por causa da humanidade, ainda que traga uma série de controvérsias¹⁸⁴ – tendo ensejado mesmo uma previsão na Carta das Nações Unidas no seu Capítulo VII para as hipóteses de ameaça à paz e à segurança internacionais –, aportou, por outro lado, uma quebra de paradigma importante naquilo em que colocou em xeque os postulados em vigor do direito internacional clássico, chamando a atenção para a possível existência de direitos dos seres humanos que extravasariam o direito nacional e que relativizariam a independência dos Estados e a sua liberdade absoluta de gerir seus assuntos internos.

A essa primeira quebra de paradigma irão somar-se outras, pouco a pouco aportando um novo desenho ao que se tinha por postulados sólidos herdados da doutrina do direito das Nações, de modo a que no fio do tempo o conceito jurídico de humanidade começa a se delinear.

É nessa mesma ordem de ideias, no sentido de que alguns valores poderiam ter superioridade e de que a preservação de alguns direitos das populações civis prevaleceria frente aos interesses dos Estados, que se encontram as fundações do futuro direito internacional humanitário e do qual se pode retirar alguns indícios do conteúdo jurídico do conceito de humanidade.

Apesar de ganhar o terreno das convenções internacionais, o direito internacional humanitário tem sua origem nos costumes e em princípios gerais, cuja fonte pode-se ir buscar nas mais antigas construções jus filosóficas dos pensadores do direito da guerra e de onde se extraem os postulados concernentes à proteção das pessoas e dos bens afetados pelos conflitos armados.

Será a pequena-grande obra de Henri Dunant, escrita em 1868, uma das principais referências dos princípios humanitários¹⁸⁵. Dela resultará a Conferência Internacional de Genebra de 1864, o nascimento da Cruz Vermelha e postulados como o direito de os militares atingidos nos conflitos armados receberem tratamento médico, independentemente de sua nacionalidade, além da previsão legal ao direito à proteção dos lugares indicados como sendo pertencentes à Cruz Vermelha.

A expressão humanidade começa a se fazer presente nos documentos de ordem política e diplomática de maneira mais regular a partir dessa segunda metade século XIX, denotando

¹⁸⁴ Dentre elas, a quem pertenceria a legitimidade de realizar a intervenção, questão essa enfrentada por Antoine Rougier nas páginas seguintes de sua obra, mas que não serão aqui debatidas para que não haja um distanciamento demasiado do objeto central dessa tese.

¹⁸⁵ Escandalizado com os horrores que presenciou na batalha de Solferino, onde testemunhou o sofrimento humano em toda sua crueza diante da total ausência de proteção das pessoas feridas, Dunant conclamou as potências da época à Conferência Internacional de Genebra. DUNANT, Henri. **Un souvenir de Solferino**. Reproduction textuelle de l'édition originale de 1862. Genève : Comité International de la Croix-Rouge, 1950-1990.

efetivamente uma espécie de desvio da inquietação dos Estados e, ainda que tal se faça sentir de modo bastante sutil, essa mudança acaba por gerar um efeito importante de humanização dos conflitos armados, com vistas à proteção dos envolvidos nas hostilidades.

Em matéria de conteúdo terminológico, muito embora de alcance restrito, é destacável o teor da Reunião da uma comissão militar convocada pelo governo Russo, que tem lugar em São Petersburgo, a qual culmina com a elaboração da Declaração a fim de proibir o uso de certos projeteis em tempo de guerra, de 11 de dezembro de 1868, em que os Estados falam em nome das nações civilizadas, conclamam as exigências da humanidade e o progresso das civilizações, e mencionam o emprego de certas armas como sendo contrária às leis da humanidade¹⁸⁶.

Nessa mesma perspectiva é a inquietude que predomina ao fim da guerra Franco-alemã em 1871. Ela se fez sentir por meio da elaboração pelo governo francês da declaração dirigida ao exército alemão, pelo fato de não ter respeitado as leis mais sagradas da humanidade, sobretudo por não ter observado os engajamentos solenemente contratados, referindo-se à Convenção de Genebra de 1864 e seus atos adicionais de 1864 e 1866¹⁸⁷.

Nesse mesmo ano, o jurista suíço e ex-Presidente da Cruz Vermelha, Gustave Moynier, propõe pela primeira vez na história a organização de uma jurisdição internacional com competência para reprimir crimes contra o direito das gentes, proposição que fora arduamente combatida em virtude do entendimento que prevaleceu de que a competência das jurisdições nacionais era exclusiva¹⁸⁸.

¹⁸⁶ « *Sur la proposition du cabinet impérial de Russie, une commission militaire internationale ayant été réunie à St-Petersbourg, afin d'examiner la convenance d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre entre les nations civilisées, et cette commission ayant fixé, d'un commun accord, les limites techniques où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité, les soussignés sont autorisés, par les ordres de leurs gouvernements, à déclarer ce qui suit: Considérant que les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre; Que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible; Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable; Que l'emploi de pareilles armes serait, dès lors, contraire aux lois de l'humanité;(...* ». **Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre**. Saint Petersburg, 11 décembre 1868. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/WebART/130-60001?OpenDocument>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

¹⁸⁷ *Comte Chaudordy, note circulaire du 29 novembre 1870 aux représentants de la France. « La Prusse, écrit le comte Chaudordy, dans sa note-circulaire du 29 novembre 1870 aux représentants de la France auprès des cours neutres, a non seulement violé les lois les plus sacrés de l'humanité, mais elle a en outre manqué aux engagements qu'elle a solennellement contractés. Elle conduit aujourd'hui ses armées, transformées en hordes de pillards, à une guerre d'extermination »*. ARCHIVES DIPLOMATIQUES, 1871, III, p. 1082 *apud* MARTENS, Fedor Fedorovič. **La paix et la guerre** : la Conférence de Bruxelles, 1874, droits et devoirs des belligérants (leur application pendant la guerre d'Orient 1874-1878), la conférence de La Haye, 1899. Traduit du russe par M. le comte N. de Sancé. Paris : Éditeur A. Rousseau, 1901, p. 92.

¹⁸⁸ DUMAS, Jacques. **Responsabilité internationale des États à raison des crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers**. Paris : Recueil Sirey, 1930, p. 392.

Com vistas a implementar uma positivação desses princípios, em 27 de julho de 1874 teve lugar em Bruxelas a Conferência que adotou o Projeto de uma Declaração internacional relativa às leis e aos costumes de guerra¹⁸⁹. Embora não tenha sido ratificada, a Convenção teve como um dos seus frutos a adoção do Manual de Oxford pelo Instituto de direito internacional de Genebra em 1880, o qual, juntamente com a declaração de Bruxelas, formou as bases das Conferências de Haia que lhe sucederiam.

O Manual de Oxford, incipiente codificação do direito de guerra, fala na existência de princípios de justiça que dirigem a consciência pública manifestados por costumes gerais, propondo-se a ser um guia de orientação aos Estados no regramento da guerra a fim de manter os soldados dentro do limite do respeito aos direitos da humanidade¹⁹⁰.

Até esse momento, no entanto, essa comunidade internacional é traduzida unicamente pela representação diplomática dos Estados e a preocupação em proteger esses ditos direitos da humanidade é espelhada em textos declaratórios sem qualquer espécie de caráter cogente.

O intuito de proteger a humanidade da violação de alguns de seus interesses mais importantes deixa o terreno das declarações e ingressa a esfera do ordenamento jurídico internacional no fim do século XIX, quando em 1899 a Primeira Convenção de Haia prevê regras mínimas a serem observadas pelos Estados beligerantes por ocasião de uma guerra, na esteira desses precedentes históricos. Foi com esse propósito que a busca de criação de instrumentos capazes de assegurar a paz no mundo animou os espíritos dos representantes dos países que tomaram assento na Conferência¹⁹¹, de forma a que sua proposição principal consistia em trabalhar pelo bem da humanidade em seu conjunto¹⁹².

¹⁸⁹ Ver o relatório sobre a Conferência de Bruxelas de 1874 em: MARTENS, Fedor Fedorovič. **La paix et la guerre** : la Conférence de Bruxelles, 1874, droits et devoirs des belligérants (leur application pendant la guerre d'Orient 1874-1878), la conférence de La Haye, 1899. Traduit du russe par M. le comte N. de Sancé. Paris : Éditeur A. Rousseau, 1901, pp. 73-119. Disponível também em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=0474964C976342E3C12563140043A163&action=openDocument>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁹⁰ « Une réglementation positive, au contraire, si elle est judicieuse, loin d'entraver les belligérants, sert utilement leurs intérêts, puisque, en prévenant le déchaînement des passions et des instincts sauvages - que la lutte réveille toujours en même temps que le courage et les vertus viriles -, elle consolide la discipline qui fait la force des armées; elle ennoblit aussi, aux yeux des soldats, leur mission patriotique, en les maintenant dans les limites du respect dû aux droits de l'humanité ».

¹⁹¹ « Mais, de toutes les nouveautés qu'offrait dans la forme la Conférence de La Haye, il n'y avait pas de comparables à celle qu'elle présentait dans le fond. Cas sans précédent dans l'histoire, elle n'avait pas pour objet de régler des différends politiques ou des questions de frontières, pas même des questions d'ordre économique ou pénal. Mais elle avait pour mission d'appeler sur le monde le règne de la paix ». CONFÉRENCE DE LA PAIX (1899 ; La Haye). La conférence de la paix. **Revue générale de droit international public**. Paris : Pédone, 1900, p. 7.

¹⁹² Opinion de M. Frantz Despagnet : « Mais il était permis d'espérer que les puissances profiteraient de l'occasion que leur était offerte par l'initiative du Tsar Nicolas II de reprendre les questions relatives au droit de la guerre, pour rendre les hostilités moins fréquentes et introduire les améliorations et les atténuations commandées par les

Pela primeira vez, a expressão humanidade aparece em uma convenção internacional¹⁹³, impulsionando o estabelecimento de um processo cíclico de positivação do direito internacional, a partir de normas de direito humanitário que continuamente tiveram nascedouro no direito internacional costumeiro, sempre motivador de novas positivações¹⁹⁴.

É nesse momento preciso que se entende que a humanidade foi capturada pelo direito e passou a existir como uma categoria verdadeiramente jurídica¹⁹⁵, e não mais unicamente filosófica ou moral. A humanidade se torna ao mesmo tempo objeto da tutela do direito, naquilo em que é concebida como vítima de ofensas ao conjunto de normas que, para utilizar a expressão de Antoine Pilet, formam o direito comum da humanidade. Ao mesmo tempo, porque a humanidade permanece compreendida como ente moral, ela continua a ser projetada como um ente portador de um conjunto de valores. A humanidade é vítima e é também valor.

Além de toda essa construção, surge paralelamente no mesmo cenário uma concepção que contribuirá para romper as bases do direito internacional clássico e fazer emergir a ideia de que no seu âmbito de proteção alguns valores humanos possuem maior força do que outros. Trata-se da elaboração relativa aos princípios de *jus cogens*, relacionando-se precipuamente com o debate acerca da existência de uma hierarquia das normas de direito internacional e com a existência ou inexistência de liberdade absoluta dos Estados em escolherem o objeto das suas convenções internacionais.

Os principais questionamentos de que parte essa doutrina referem-se ao fato de os Estados soberanos serem ou não limitados na sua prerrogativa de celebrar tratados, bem como da suposta existência, no cenário internacional, de normas que se sobreporiam a outras hierarquicamente, umas limitando o conteúdo das outras.

exigences tous les jours plus grandes de la civilisation et de l'humanité ». CONFÉRENCE DE LA PAIX (1899 ; La Haye). La conférence de la paix. **Revue générale de droit international public**. Paris : Pédone, 1900, p. 214.

¹⁹³ Descrevendo esse contexto histórico, Catherine Le Bris afirma que « *c'est à cette époque que l'humanité a été saisie par le droit international, c'est-à-dire, 'aspirée' d'u mouvement rapide, pour combler un manque qui convenait intenable* ». LE BRIS, Catherine. **L'humanité saisie par le droit international public**. Paris : LGDJ, 2012, p. 20.

¹⁹⁴ Esse processo evolutivo é destacado pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda no julgamento do caso Akayesu, ao lembrar que a noção de crime contra a humanidade nasceu bem antes de sua primeira definição legal. NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §§ 565-566. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>.

Acesso em: 14 abr. 2016.

¹⁹⁵ Em sentido contrário, Catherine Le Bris entende que a humanidade não foi protegida pelo direito senão em 1945 a partir do Estatuto de Nuremberg, ao afirmar que « *C'est en 1945, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, que l'humanité va être 'saisie' par le droit international* ». LE BRIS, Catherine. Esquisse de L'humanité Juridique : L'humanité juridique, une sphère infinie dont le centre est partout, la circonférence nulle part. **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**, Paris, Vol. 69, pp. 1-50, 2012/2. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-2-page-1.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

O direito internacional clássico, que foi dominado pela doutrina voluntarista até o fim do século XIX e início do século XX, segundo o qual os Estados são os autores soberanos das convenções internacionais e por isso não podem ser limitados no seu poder de escolherem o seu objeto, sofre um novo revés com a doutrina de Alfred Verdross, diametralmente oposta a esses postulados. Em outras palavras, o velho direito internacional, herdeiro da *Law of Nations*, estremece diante de eventual tentativa de imposição à liberdade total dos Estados em celebrar tratados e de aplicá-los ou não no seu âmbito interno.

No seu artigo *Forbidden Treaties in International Law*¹⁹⁶, Verdross refere-se à existência de certas regras de direito internacional que contêm o caráter de *jus cogens*, os quais prescrevem comportamentos positivos ou negativos incondicionais e que não podem ser derogados pela vontade das partes contratantes, os Estados.

Segundo o professor da Universidade de Viena, é necessária uma cuidadosa análise para se perquirir a razão de existência dessas normas, as quais se dividiriam em dois grupos. O primeiro grupo de normas de *jus cogens* pertenceria às normas compulsórias provenientes do direito internacional costumeiro, às quais não é dado aos Estados por sua livre vontade perturbar. O segundo grupo seria decorrente do princípio geral que proíbe os Estados de concluir tratados *contra bonos mores*, princípio comum na ordem jurídica de Nações civilizadas, consequência do fato de que toda ordem jurídica regula a coexistência de membros de uma comunidade, motivo porque nenhuma ordem jurídica pode admitir tratados que estejam em contradição com a ética de uma comunidade.

Verdross traz à guisa de argumento o artigo 38.3 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas – enquanto princípios de direito internacional universalmente reconhecidos e a invalidade de um tratado internacional que fosse supostamente contrário a esses princípios.

A fim de saber que tratados internacionais seriam imorais, deve-se indagar que obrigações morais os Estados devem cumprir perante a comunidade internacional a fim de encontrar os princípios que correspondem à ética universal dessa comunidade internacional. Deve-se, pois, segundo Verdross, tentar encontrar o mínimo ético reconhecido por todos os Estados.

Nesse sentido, algumas funções são atribuídas aos Estados pela comunidade internacional, tais como: manutenção da lei e da ordem, defesa contra os ataques externos, cuidar do bem-estar dos seus cidadãos. Assim é que um tratado que impede um Estado de se

¹⁹⁶ VERDROSS, Alfred von. *Forbidden Treaties in International Law*. **American Journal of International Law**. Vol. 31, n° 4, pp. 571-577, 1937.

desobrigar dessas funções é imoral, como seria o caso de um tratado internacional reduzindo a organização das instituições de um Estado competentes para fazer a proteção da vida, da liberdade, da honra ou da propriedade das pessoas.

Como conclusão, Verdross afirma que tratados internacionais desrespeitando princípios de *jus cogens* não criam obrigações válidas entre os Estados, com o que propõe a existência de uma certa hierarquia dentro da ordem jurídica internacional.

A limitação do poder dos Estados em celebrar tratados pode ser, no entanto, contestável, porquanto em direito internacional público o princípio segundo o qual os Estados nacionais possuem competência ilimitada para celebrar acordos internacionais não teria exceções. Representantes da doutrina do direito internacional voluntarista, como Gaetano Morelli¹⁹⁷, são da opinião de que normas regulando a criação do direito internacional não restringem a liberdade dos Estados ou de que uma norma de direito internacional não teria supremacia para revogar outra, como sobressai da doutrina do professor Charles Rousseau¹⁹⁸.

Sobre esse assunto, Alfred von Verdross escreve em 1966 o artigo intitulado *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*¹⁹⁹, no qual enfrenta a questão. Evoca primeiramente a escola de direito internacional ancorada no direito natural e na ideia da existência de uma lei necessária à qual os Estados estariam obrigados. Utiliza como uma de suas bases as doutrinas de Christian Wolff e Emeric de Vattel, que distinguem as leis voluntárias criadas pela vontade dos Estados e as leis necessárias, que não podem ser modificadas pelas Nações por força de um acordo, tanto quanto as leis da natureza não se modificam pela vontade.

Assim Verdross diferencia as normas dispositivas (*Jus Dispositivum*) das normas imperativas (*Jus Cogens*) e menciona que o princípio da supremacia dessas últimas fora reconhecido após a II Guerra Mundial, tendo a Comissão de direito internacional tentado codificá-lo no então projeto de Convenção do direito dos tratados – o qual se transformará mais tarde na Convenção de Viena do direito dos tratados.

Nos comentários ao então artigo 50 da Convenção de Viena – posteriormente artigo 53 – a comissão de direito internacional refere expressamente ser cada vez menos sustentável a tese segundo a qual não existiria nenhuma regra de direito internacional que os Estados não poderiam por sua vontade derogar. A fim de criar um critério para que uma norma de *jus cogens* fosse reconhecida universalmente, a comissão menciona tratem-se de regras criadas

¹⁹⁷ MORELLI, Gaetano. **Notions de droit international public**. Paris : Pédone, 2013, p. 37.

¹⁹⁸ ROUSSEAU, Charles. De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, vol. 39, pp. 133-192, 1932.

¹⁹⁹ VERDROSS, Alfred von. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. **American Journal of International Law**. Vol. 60, n° 1, pp. 55-63, 1966.

no interesse da comunidade internacional em seu conjunto, ou normas que expressam as mais altas necessidades sociais. Nessa linha de pensamento, conclui a comissão que as regras que fazem parte do conjunto de *jus cogens* não se tratam de normas que existem para satisfazer as necessidades de um Estado, mas sim os mais elevados interesses do conjunto da comunidade internacional²⁰⁰.

Embora delegue à prática dos Estados e à jurisprudência dos tribunais internacionais a construção de um conceito mais aprimorado de *jus cogens*, a comissão enumera alguns exemplos, relacionados à natureza e à amplitude geral de certas regras, em que se identificaria a nulidade de um tratado internacional por inobservância dos princípios de *jus cogens*. Esses exemplos consistiriam em tratados internacionais contendo previsão de emprego ilícito da força ou prevendo a execução de ato que constitua crime definido pelo direito internacional, bem como tratados internacionais que estabeleçam ou tolerem a prática de atos como o tráfico de escravos, a pirataria ou o genocídio.

A adoção da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados ingressa no ordenamento jurídico internacional, portanto, para modificar a concepção existente de ausência de primazia de uma norma de direito internacional sobre outra. Seu artigo 53²⁰¹ cristaliza a existência de uma norma que limita a liberdade contratual dos Estados.

Como ensinou o professor Prosper Weil em seu curso geral na Academia de Direito Internacional da Haia²⁰², uma das características da ordem jurídica internacional sempre foi a ausência de hierarquia entre as normas, mas esse padrão passou a se modificar a partir de uma tendência de criação de um direito de natureza superior ou de normas de autoridade reforçada.

Tocante à norma da limitação da liberdade dos Estados soberanos de escolherem o objeto de suas convenções internacionais, entre a corrente da ausência de limites superiores dos Estados, Weil lembra que especialmente após II Guerra Mundial surgem indagações tais como:

²⁰⁰ NATIONS UNIES. PROJET D'ARTICLES SUR LE DROIT DES TRAITES ET COMMENTAIRES. Texte adopté par la Commission à sa dix-huitième session, en 1966, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, pp. 270-271. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/1_1_1966.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2016.

²⁰¹ Article 53. TRAITÉS EN CONFLIT AVEC UNE NORME IMPERATIVE DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL (« JUS COGENS ») Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. NATIONS UNIES. Convention de Vienne sur le droit des traités. Vienne, le 23 mai 1969.

²⁰² WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité** : cours général de droit international public. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 237. Boston : Martinus Nijhoff, 1992, pp. 262-262.

não haveria algum limite à liberdade dos Estados sobretudo diante do fato que muitas vezes são eles que cometem atos ilícitos? Não existiriam, portanto, valores éticos a salvaguardar²⁰³?

Assim é que por mais livres e soberanos que sejam os Estados, não estariam os mesmos autorizados, por meio de suas convenções internacionais, a desafiar as exigências éticas fundamentais. É nesse sentido que nos trabalhos preparatórios da Comissão de direito internacional se falará tão reiteradamente em consciência jurídica, ou consciência universal, que segundo Prosper Weil seria a própria consciência moral, fonte mesma do conceito de *jus cogens*²⁰⁴.

Esses princípios de primazia das normas de direito internacional que advêm do *jus cogens* irão reverberar na jurisprudência das Cortes Internacionais e na forma de interpretação dos tratados internacionais, caso em que quanto maior for o seu nível de internacionalização, portanto quanto mais voltado à proteção dos interesses da comunidade internacional em seu conjunto, mais teleológico-protetiva deve ser a sua interpretação. Esse é o caso preciso dos tratados internacionais de direitos humanos.

A propósito da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, a Corte Internacional de Justiça formulará a opinião consultiva de 28 de maio de 1951, especificamente sobre o direito de um Estado a formular reservas a determinados aspectos da convenção, entendendo que o direito de fazer reservas não pode comprometer os fins superiores da convenção, oportunidade em que afirma que os princípios de base da convenção são aqueles reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigando os Estados, mesmo aqueles Estados que se encontram fora do elo convencional²⁰⁵.

Os princípios de *jus cogens* se aplicam igualmente à proibição da tortura, ressaíndo da jurisprudência internacional dois de seus principais aspectos. De um lado, seu caráter *erga omnes* decorrente do pertencimento desses princípios ao domínio da coerção internacional. De outro lado, em virtude do reconhecimento de existência de uma hierarquia de normas na esfera internacional, e tudo isto em razão de ter se sedimentado na jurisprudência desses tribunais o

²⁰³ WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité** : cours général de droit international public. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 237. Boston : Martinus Nijhoff, 1992, p. 265.

²⁰⁴ WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité** : cours général de droit international public. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 237. Boston : Martinus Nijhoff, 1992, p. 266.

²⁰⁵ « Les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel ». COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Avis Consultatif du 28 Mai 1951**. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951, p. 12. Disponível em : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

entendimento de que as mesmas protegem valores que pertencem a um nível mais elevado, impassíveis por isso de serem ignorados pelos Estados.

Esse entendimento tem como um dos principais pilares o julgamento do caso Anto Furundzija pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, processado e condenado por violação às leis e aos costumes de guerra, em especial pela prática de crimes de tortura, estupro e outras violências sexuais graves em direito internacional.

A decisão condenatória, ao mencionar o valor de *jus cogens* da proibição da tortura, refere que sua natureza *erga omnes* advém do domínio da coerção internacional, bem como da hierarquia das regras na ordem normativa internacional. O juiz internacional se refere expressamente à importância dos valores que a proibição da tortura protege, motivo porque se trata de princípio que se transformou em norma imperativa ou norma de *jus cogens*, significando que se situa na hierarquia internacional em um patamar mais elevado tanto em relação ao direito convencional quanto em relação ao que denomina direito costumeiro ordinário. Como consequência, os Estados não poderiam derogar princípios dessa natureza pela via de tratados internacionais, os quais não possuem o mesmo valor normativo de uma norma internacional como a que contém a proibição da tortura²⁰⁶.

Paralelamente à questão da hierarquia das normas de direito internacional, será também no aspecto da responsabilidade internacional e do direito internacional imperativo que o *jus cogens* ganhará um aspecto significativo. Essa dimensão fez com que as jurisdições tanto nacionais quanto internacionais passassem a levar em consideração a existência em direito internacional de normas imperativas, ainda que com algumas nuances no que se refere à amplitude que cada jurisdição conferiu a essas normas²⁰⁷.

Essas premissas são muito claras no pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade, especialmente na produção jurisprudencial tecida enquanto Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, impulsionando uma verdadeira mudança de paradigma

²⁰⁶ « Alors que la nature *erga omnes* dont il vient d'être question ressortit au domaine de la coercition internationale (au sens large), l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire'. La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Anto Furundzija**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 10 décembre 1998, § 153. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁰⁷ DUPUY, Pierre-Marie. *Le Jus Cogens, les mots et les choses. Où en est le droit impératif devant la Cour Internationale de Justice près d'un demi-siècle après sa proclamation ?* In : Mélanges offerts à Charles Leben. **Droit international et culture juridique**. Paris: Pédone, 2015, pp. 79-80 (pp. 77-99).

do direito internacional com os seus votos apartados, arrazoados e dissidentes, em tantos casos de violações graves de direitos humanos apreciados pela Corte.

Em um dos tantos julgamentos envolvendo a prática recorrente nas ditaduras Latino-americanas de desaparecimento forçado, o caso *Blake vs. Guatemala*, Cançado Trindade expõe a razão porque normas prevendo condutas proibidas, por se configurarem como crimes contra a humanidade, devem fazer parte do rol de normas imperativas de direito internacional.

Em seu voto arrazoado, afirma que as normas de *jus cogens*, não se limitando aos tratados internacionais previstos pela Convenção de Viena, estendem-se a toda violação, compreendidas especialmente pelos atos dos Estados que correspondam à responsabilidade internacional objetiva dos mesmos. Estes atos ilegais, denominados atos de ilegalidade objetiva, se enquadrariam, segundo Cançado Trindade, nas práticas de tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados que paralelamente ao fato de serem proibidas por tratados, são condenadas pela consciência jurídica universal e materialmente configuram crime contra a humanidade²⁰⁸.

É especialmente a partir dessa premissa que se retira a tese de superioridade do direito internacional naquilo em que protege os seres humanos e a humanidade em seu conjunto de violações graves a direitos reconhecidos muito além do direito interno dos Estados. Entende-se que essa superioridade não necessariamente está presente naquilo em que se caracteriza por toda e qualquer violação a direitos praticada pelo Estado, mas especificamente em relação ao que se compreende por direitos absolutos e universais, a cuja identificação busca-se chegar.

Para os casos em que as normas tratando da proteção desses direitos fazem parte do *jus cogens*, proibindo, portanto, a sua violação, esse seu caráter protetivo gera obrigações a todos os indivíduos e a todos os Estados. Por esse motivo essas obrigações são denominadas *erga omnes*. Ainda segundo Cançado Trindade, elas se constituem em obrigações que dizem respeito à proteção de todos os seres humanos, devidas à comunidade internacional como um todo, do que decorre a noção de garantia coletiva compreendida pela própria natureza dos tratados de direitos humanos. Dentre essas decorrências estariam a aplicação direta das normas internacionais de proteção no âmbito do direito interno dos Estados e a garantia de adoção de meios assecuratórios da fiel execução das decisões dos Tribunais Internacionais em matéria de violação de direitos humanos.

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §25. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

E isto por uma razão lógica: pelo fato de essas normas pertencerem ao domínio do *jus cogens*, possuindo superioridade em relação a outras normas, e por conterem a característica da imperatividade, impondo obrigações *erga omnes*, elas retirariam do direito internacional, nesse aspecto, o seu caráter voluntarista que submete a sua aplicação à vontade absoluta dos Estados²⁰⁹.

Após buscar-se encontrar quais são esses valores superiores que, se violados, ferem direitos absolutos e universais, retornar-se-á a essa premissa referente à existência das normas de *jus cogens* como um dos pilares de sustentação de ideia de superioridade do direito internacional. Essa construção passa, porém, pela ideia de que esses valores, antes de serem protegidos pelos tratados de direito internacional, ou pelo direito internacional convencional, fazem parte antes do direito internacional costumeiro, como uma expressão da vontade de todo o conjunto da comunidade internacional de que determinadas regras e princípios sejam respeitados.

Por isso, naquilo em que o direito internacional convencional protege esses valores universais e absolutos, ele seria nada mais do que a formalização de um direito previamente existente, cuja fonte seria a prática reiterada dos povos e das Nações com vistas à proteção de um bem maior ligado aos direitos de toda a humanidade.

2.2 O direito internacional

Se a humanidade foi por muito tempo pensada pela filosofia, não foi senão com o direito que ela passou a ser objeto de proteção, inicialmente por meio de toda uma construção de princípios jurídicos e em seguida por regras.

Essa relação de proteção jurídica da humanidade se dará especialmente com o desenvolvimento do direito internacional, seja pela identificação de uma prática reiterada criadora de normas não-escritas, o direito internacional costumeiro, seja por normas escritas positivadas no direito convencional.

Nesse sentido, é realmente a partir do fim do século XIX que todos esses movimentos anteriores convergem para a constatação de que um novo edifício começa a ser erguido por meio do arranjo feito pelo direito internacional costumeiro. Ainda que não houvesse tratados internacionais regulando direitos da humanidade em seu conjunto, uma série de declarações

²⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§ 26-28. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

começaram a ser realizadas com o fim de proteger as constantes ameaças de tragédias massivas de que o mundo era palco naquele momento, fazendo com que surgisse um corpo de princípios, concebidos com vistas a fazerem parte de um eixo de preceitos inderrogáveis e de observância obrigatória, mais tarde transformados em direito escrito.

O longo processo de identificação dos valores pertencentes a uma nova categoria jurídica chamada humanidade torna mais clara a percepção de que esses valores são continuamente ameaçados, especialmente por obra dos próprios Estados, gerando a necessidade de que o seu âmbito de proteção fosse alargado para situá-la acima dos próprios Estados e, por isso mesmo, no âmbito não do direito interno, mas do direito internacional²¹⁰.

Se de um lado o direito internacional costumeiro tem seu nascimento em princípios evidentes representados por fatos, como é o caso da própria existência dos Estados, essencial para a existência da vida em sociedade, de outro lado, o direito internacional não escrito que dá lugar ao nascimento de certas obrigações que concernem esses mesmos Estados é de uma apreensão mais lenta e complexa²¹¹.

Não obstante, o costume é consagrado expressamente como fonte de direito internacional, sedimentado que é pela cristalização do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, definindo-o como a expressão de uma prática geral aceita como sendo uma regra de direito²¹², bem assim pela própria jurisprudência da Corte que em diversas oportunidades se ocupou de sedimentar o conceito de costume em direito internacional²¹³.

Foi sobretudo pelo direito internacional costumeiro que a humanidade começou a ser protegida e uma vez por ele apreendida pouco a pouco essa proteção passou a fazer parte do direito internacional convencional, o que ganha ainda mais sentido a partir do momento em que

²¹⁰ Por esse motivo Yves Ternon chama atenção para o fato de que durante a maior parte da história da humanidade, filósofos e juristas ocuparam-se em publicar obras nas quais propunham sistematicamente arbitrar os conflitos e limitar a soberania dos Estados, submetendo-os a obrigações. TERNON, Yves. **Genèse du droit international** : Des pères fondateurs aux conférences de la Haye. Paris: Éditions Karthala, 2016, p. 9.

²¹¹ “*What then constitutes an authoritative international usage? Up to a certain point there is no difficulty in answer this question. A large part of international usage gives effect to principles which represent facts as state existence, essential under the conditions of modern civilized state life. Whether these are essential facts in the existence of all states is immaterial; several of them indeed are not so. The assumption that they are essential, so far as that group of states which is subject to international law is concerned, lies at the root of the whole of civilized international conduct [...]. Another portion of international usage gives effect to certain moral obligations, which are recognized as being the source of legal rules with the same unanimity as marks opinion with respect to the facts as state existence*”. HALL, W.E. **A Treatise on International Law**. 8th ed., Oxford: A. pearee Higgins, 1924, pp. 5-6.

²¹² Article 38 [...] La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Statut de la Cour International de Justice. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/fr/statut>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

²¹³ Colombie c/ Perou, *affaire Haya dela Torre*, arrê du 20 novembre 1950 ; Grande-Bretagne c/ Norvège, *affaire des pêcheries*, arrê du 18 décembre 1951 ; Inde c/ Portugal, *affaire du droit de passage*, arrê du 12 avril 1960 ; Allemagne/Danemark, Allemagne/Pays-Bas, *affaire du plateau continental de la Mer du Nord*, arrê du 20 février 1969.

se compreende que o costume é em geral a fonte primeira de direito, possuindo em direito internacional um lugar privilegiado diante da inexistência de um legislador centralizado²¹⁴.

A dificuldade em lhe apreender diz com o problema de comprovar sua existência e de delimitar seus contornos. O fato é que esse direito costumeiro somente se faz reconhecido pela longa obra do tempo e, na maioria das vezes, depois de ter sido traduzido em norma jurídica escrita, que por isso passa a ser entendida como meramente declaratória, haja vista a existência de um direito anterior criado pelos costumes. Essa regra é muito presente quando se trata da proteção da humanidade, ainda que seja de uma sutileza ímpar, mas que pode ser percebida no reconhecimento da jurisprudência internacional, reiterada em afirmar que cada estatuto que a constitui se traduz em um esforço de codificar uma situação fática já em vigor na época de sua criação.

Em uma das primeiras manifestações da Corte Internacional de Justiça a esse respeito, por ocasião do julgamento do *Affaire du Lotus*, a Corte ainda se viu vinculada ao entendimento de que o direito internacional serve para reger as relações entre Estados independentes e que as regras de direito que ligam esses Estados dependem da vontade dos mesmos. Para a Corte, essa anuência dos Estados se manifestaria não somente por meio da aprovação de convenções internacionais, mas também na aceitação dos usos e costumes aceitos como consagradores dos princípios de direito a fim de reger a coexistência dessas comunidades independentes²¹⁵. Nesse segundo aspecto, portanto, percebe-se que a Corte Internacional de Justiça, mesmo ao direito internacional costumeiro, atribuía-lhe inicialmente um caráter voluntarista, sujeitando-o à anuência dos Estados.

Se em grande medida as decisões da Corte Internacional de Justiça exteriorizam esse caráter voluntarista do direito costumeiro²¹⁶, compreende-se como um voluntarismo relativo, na medida em que esse voluntarismo do direito internacional costumeiro, aparentemente perde seu sentido quando tem por objeto a proteção da humanidade, paralelamente a outros objetos do direito costumeiro como o direito do mar e as relações diplomáticas e consulares.

Entende-se que quando o objeto de proteção do direito internacional costumeiro são comportamentos que se relacionam com direitos de natureza superior, que não dizem respeito às relações puramente estatais, mas à proteção do ser humano e, conseqüentemente, da

²¹⁴ CARREAU, Dominique ; MARRELLA, Fabrizio. **Droit international**. 11ème édition. Paris : Pédone, 2012, pp. 302-303.

²¹⁵ COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE. **Affaire du Lotus**. Recueil des arrêts. Series A – N° 10, La Haye, le 7 septembre 1927, p. 18. Disponível em : <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2016.

²¹⁶ CARREAU, Dominique ; MARRELLA, Fabrizio. **Droit international**. 11ème édition. Paris : Pédone, 2012, p 306.

humanidade em seu conjunto, o costume internacional não se vincula especificamente à aceitação dos Estados, mas antes disso a uma espécie de aceitação da comunidade internacional posicionada acima desses, formada não apenas por Estados mas precipuamente por pessoas.

Essa compreensão aparentemente ganha maior nitidez nas decisões da jurisprudência a partir da entrada em cena do direito internacional penal, especialmente a partir da criação do Tribunal de Nuremberg²¹⁷ e sobretudo naquilo em que o direito internacional costumeiro se ocupa em proteger violações graves aos direitos humanos. Encarregado de julgar os crimes cometidos pela Alemanha nazista durante a II Guerra Mundial, o Tribunal de Nuremberg representou a primeira expressão de um caráter meramente declaratório do direito internacional escrito, frente à existência prévia de normas não-escritas proibindo condutas violadoras de valores superiores pertencentes à humanidade em seu conjunto.

O julgamento de Nuremberg em diversas passagens reitera que o seu estatuto de criação é o reflexo do direito internacional que se encontrava em vigor no momento de sua criação e que, mais do que isso, se constitui em um instrumento impulsionador do desenvolvimento desse direito no momento em que o formaliza²¹⁸.

Referindo-se ao princípio da legalidade penal, a decisão menciona que os atos dos acusados feriram ao mesmo tempo a consciência do mundo e o direito internacional em vigor à época dos fatos. O Estatuto apenas se ocupou de os formalizar. Essa consciência do mundo ficaria muito antes chocada com a ausência de condenação daqueles que desprezaram seus compromissos para com a comunidade internacional do que com uma condenação daqueles que, em pleno conhecimento de causa, violaram o direito internacional dando seguimento deliberado às suas intenções agressivas e a seus projetos de invasão²¹⁹.

Mais importante ainda, a decisão refere-se à existência de normas internacionais existentes em 1939, destacando especificamente o Pacto Bryan-Kellog, o Tratado de Versalhes e as Convenções de Haia. Esses instrumentos, embora proibissem a guerra e mencionassem o

²¹⁷ Criado pelo Acordo de Londres, firmado em 1945 pelas quatro potências vencedoras da II Guerra Mundial (Estados Unidos da América, União Soviética, Grã-Bretanha e França), o Estatuto de Nuremberg foi a Carta inaugural da jurisdição internacional penal – o Tribunal Penal Internacional de Nuremberg – que pela primeira vez tipificou enquanto figura jurídica os crimes contra a humanidade. *In* : NATIONS UNIES. Commission du Droit International. **Le Statut et le jugement du tribunal de Nuremberg. Historique et analyse.** (Mémorandum du Secrétaire général). New York: Lake Success, 1949.

²¹⁸ « *Le Statut ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le Droit international en vigueur au moment de sa création ; il contribue, par cela même, au développement de ce droit* ». TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International.** Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947, p. 230.

²¹⁹ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International.** Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947, p. 231.

sentimento de preocupação para com o bem da humanidade, não previam penas nem crimes para o cometimento de tais atos. Por outro lado, eles seriam a expressão de que o direito internacional não é obra de um organismo legislativo comum aos Estados, porquanto independentemente dos tratados, algumas normas proibitivas advêm dos usos e costumes progressivamente e universalmente reconhecidos, além da doutrina dos juristas e da jurisprudência dos tribunais.

Segundo a decisão de Nuremberg, esse direito não é imutável, mas antes é a expressão das necessidades de um mundo que se modifica. Por isso os tratados internacionais nada mais fazem do que expressar e precisar os princípios e regras de um direito que já se encontra em vigor, transformando o direito internacional costumeiro em direito internacional convencional²²⁰.

É muito nítida a percepção de que os princípios de Nuremberg impregnaram uma nova forma de pensar na jurisprudência internacional, da qual transparece mesmo uma sutil mudança de posição da Corte Internacional de Justiça.

Essa maior evolução no entendimento da Corte se faz sentir no período do segundo pós-guerra, no julgamento do *affaire Détroit de Corfou*. O caso trata da obrigação de advertir sobre a existência de um campo de minas nas águas territoriais albanesas em relação aos navios de guerra britânicos em virtude do perigo iminente a que os mesmos estariam sujeitos pela presença dessas minas. Analisando a questão, a decisão da Corte refere-se não somente às convenções internacionais existentes sobre a matéria (como as Convenções de Haia), mas muito especialmente à existência de princípios gerais e de bem comum reconhecidos, elencando como tais o que irá denominar considerações elementares de humanidade, que segundo a Corte seriam de natureza absoluta, não somente em tempo de guerra, mas com ainda mais razão em tempo de paz²²¹.

Em matéria de proteção contra violações a direitos superiores, pertencentes a toda a humanidade, por isso de natureza absoluta e universal, esse voluntarismo do direito internacional perde espaço diante da própria existência do direito costumeiro, que acaba por se impor sobre a vontade individual dos Estados.

Como afirma o Juiz Cançado Trindade em seu voto arrazoado emitido no paradigmático caso *Blake vs. Guatemala*, por mais que o direito dos tratados condicione-se à

²²⁰ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947, pp.231 – 233.

²²¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire du Détroit de Corfou (Fond)**. Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances. Arrêt du 9 avril 1949, p. 22.

vontade dos Estados e tenha, por isto, um forte caráter voluntarista, esta vulnerabilidade não se aplicaria ao direito costumeiro, a começar pelo ato de que este por sua natureza não admite a existência de reservas por parte dos Estados e ainda mais fortemente porque o direito costumeiro seria uma manifestação da consciência jurídica internacional, enquanto um elemento subjetivo do costume. Essa particularidade irá revelar que quando se trata de estabelecer novos regimes jurídicos de proteção do ser humano, os tratados que o fazem apresentam uma natureza diversa se comparados a outros tratados²²².

Aderindo integralmente ao pensamento de Cançado Trindade, entende-se que isto se deve ao fato de eles serem a mera expressão de um direito internacional costumeiro preexistente naquilo que intenta proteger as pessoas componentes de todos os grupos humanos contra graves violações, mediante a existência de regras que em virtude dos valores protegidos se tornam imperativas.

Esse estado de espírito da jurisprudência ganhará uma dimensão ainda mais ampla na medida em que os julgamentos pela prática de graves violações contra a humanidade vão se cristalizando, do que é um dos símbolos a decisão do já mencionado caso Furundzija, em que o Tribunal Penal Internacional refere-se à prática de atos cruéis que são objeto de uma repulsa universal²²³.

Em razão disto, a sua erradicação se tornou uma preocupação dos Estados e passou a dar lugar a toda uma série de regras tanto de direito convencional quanto de direito costumeiro, assim como ocorre com a proibição de outras formas de graves violações, como é o caso do genocídio, da escravidão e da discriminação racial, dentre outras. Essa proibição universal da tortura decorreria da existência de princípios gerais protetores de direitos fundamentais do ser humano, que compreenderia a importância que a comunidade internacional concede à proteção dos indivíduos contra a tortura, a qual exige não somente a sua rigorosa proibição como também a sua prevenção, cabendo aos Estados evitar todo tratamento desumano e degradante efetivo e potencial tratamento desumano, bem como adotar todas as medidas, inclusive legislativas, para que violações dessa natureza não sejam cometidas.

Inserindo a proibição da tortura no rol de regras de *jus cogens*, criadas a partir do direito internacional costumeiro, decisões como a do caso Furundzija acabam por estabelecer

²²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. §24. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

²²³ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Anto Furundzija**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 10 décembre 1998, §§147-148. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

uma superioridade dessas normas proibitivas frente aos ordenamentos jurídicos internos, na medida em que impõem aos Estados a sua observância. Além disso, reconhecem a existência de valores superiores dentro da comunidade internacional, que quando protegidos são determinantes para a elevação dessas normas protetivas ao nível máximo da hierarquia da ordem jurídica internacional. Trata-se, em suma, de violações a proibições absolutas²²⁴ e de lesões graves a direitos reconhecidos universalmente²²⁵.

Esse entendimento irá logo reverberar na jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos. No julgamento do caso *Al-Adsani vs. Reino-Unido*, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece a proibição da tortura como um princípio de natureza universal, impondo aos Estados a tomada de medidas legislativas, administrativas e judiciárias eficazes para impedir que atos de tortura sejam cometidos, reconhecendo a proibição da tortura como tendo valor *jus cogens*²²⁶.

Assim como no que se refere à tortura, também em outras matérias o direito internacional costumeiro passou a se ocupar da proteção dos direitos mais fundamentais dos seres humanos em seu conjunto, como na proibição do genocídio ou nas diversas formas de proibição de condutas que se passaram a entender por lesivas à humanidade (e que mais tarde fixarão os contornos dos crimes contra a humanidade), assim como na proibição da escravidão, do desaparecimento forçado ou da discriminação racial, tornando tão cristalizadas essas proibições no âmbito da comunidade internacional de modo a impulsionar um processo de codificação dos costumes vigentes.

²²⁴ BASSIOUNI, Cherif M. **Crimes against humanity in International Criminal Law**. 2^o éd. rev. La Haye: Kluwer, 1999, pp. 210-211.

²²⁵ Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, crimes como o genocídio e o crime contra a humanidade, dentre outras atrocidades, por se tratarem de violações graves aos direitos humanos, importam violações a proibições absolutas que decorrem do *jus cogens*, consistente no conjunto de normas imperativas que caracterizam em grande parte o direito internacional atual. Além disto, essas normas seriam inspiradas em um processo de humanização por que passou o direito internacional e, em suma, no próprio princípio de humanidade, que impregna o novo *Jus gentium* e impregna todo o *corpus juris* do direito internacional moderno. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet de droit international. In ALLAND, Denis ; CHETAIL, Vincent ; FROUVILLE, Olivier de; VIÑUALES, Jorge E. (Dir). **Unité et diversité du droit international**. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy. Leiden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 160. Sobre a humanização do direito internacional: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The construction of a humanized international law**. A collection of individual opinions (1991-2013). Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2014, pp. 99-164. Sobre o princípio da humanidade: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; CANÇADO TRINDADE, Vinícius Fox Drummond. A Pré-história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estoico. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; LEAL, Cesar Barros. **O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2016, pp. 49-84.

²²⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Al-Adsane c. Royaume-Uni**. Requête n^o 35763/97, Arrêt al-adsane, Strasbourg, 21.11.2001, §§60-61. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-64442\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Acesso em: 10 jun. 2016.

Essa lógica pode explicar os entendimentos nascidos no seio dos Tribunais Penais Internacionais, cujos estatutos nada mais serão do que a codificação de um direito internacional costumeiro já existente. As normas (consuetudinárias) que reconhecem a existência de certas condutas proibidas seriam, por isso, anteriores à própria norma escrita. E isto porque cada Estatuto desses Tribunais nada mais seria do que um espelho do direito internacional costumeiro vigente à época dos fatos que serão julgados²²⁷.

Esse esforço de codificação de um *status quo* jurídico não escrito no plano internacional será engendrado em dois ramos paralelos, mas conexos, do direito internacional escrito, em um movimento que ganha pleno desenvolvimento a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.

O primeiro deles, tendente à penalização das condutas compreendidas como graves ofensas à humanidade, estará na origem do que serão as jurisdições internacionais penais e na formulação do conceito dessa grave ofensa como sendo a prática dos crimes de genocídio e contra a humanidade. O segundo deles passará por um esforço de codificação do direito costumeiro liderado pela então nascente Organização das Nações Unidas, em especial pela sua Comissão de Direito Internacional, fonte de uma série de convenções internacionais em matéria de proteção de direitos humanos.

No entanto, se de um lado a codificação do direito é uma atividade conhecida, a sua transposição em direito internacional não se fará sem ambiguidades²²⁸.

De todo esse contexto, compreende-se que a humanidade fora de fato pela primeira vez tutelada pelo direito internacional tanto no preâmbulo da Convenção de Haia de 1899, portadora da Cláusula Martens²²⁹, quanto no corpo do seu anexo, aparecendo ao lado de outras

²²⁷ “*Chaque Statut constitue donc un effort de codification du droit international général en vigueur à l’époque des faits*”. FROUVILLE, Olivier de. **Droit international pénal** : Sources. Incriminations. Responsabilité. Paris : Pédone, 2012, p. 59.

²²⁸ Por esse motivo, Georges Abi-Saab fala em quatro acepções distintas do processo de codificação do direito internacional costumeiro: a codificação *stricto sensu* (uma versão fotográfica do costume); a codificação *lato sensu* (acrescentando regras às lacunas do costume); uma mais larga codificação definida pelo produto final dos tratados multilaterais que proclamam princípios gerais de direito obrigatórios para um certo número de partes; a codificação definida por seu produto final, sob a forma de código ou tratamento sistemático em forma de regras gerais de um determinado sujeito de direito internacional. In: ABI-SAAB, Georges. **Cours général de droit international public**. Recueil des Cours de l’académie de droit international de La Haye. Vol. 207. Boston : Martinus Nijhoff, 1987, pp. 139-140.

²²⁹ [...] *Animés du désir de servir encore, dans cette hypothèse extrême, les intérêts de l’humanité et les exigences toujours progressives de la civilisation; [...] En attendant qu’un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens, tels qu’ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité et des exigences de la conscience publique.* CONVENTION (II) CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE ET SON. **Annexe** : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/150?OpenDocument>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

expressões como civilização, nações civilizadas e consciência pública. De seu texto se pode desde logo depreender a existência de valores mínimos a preservar mesmo em tempo de guerra, como o direito dos prisioneiros de serem tratados com humanidade²³⁰, o direito à preservação dos prédios consagrados aos cultos, às artes, às ciências e à beneficência, bem como os hospitais²³¹, e o direito à honra e à vida da família, da propriedade privada, assim como da liberdade religiosa e de culto²³². É a partir desse momento que a humanidade, enquanto objeto de proteção, passará a ser apreendida pelo direito internacional convencional.

O direito internacional de natureza convencional que se ocupa da proteção da humanidade nasce, portanto, com o direito internacional humanitário, o qual contém em sua gênese, princípios de natureza costumeira que portam um direito geral de piedade inculpidos no direito convencional, com a finalidade última de guardar um mínimo de dignidade e de reduzir ao máximo o sofrimento das pessoas tocadas por hostilidades conduzidas entre os Estados envolvidos em um conflito armado.

Seu ponto de partida são as Convenções de Haia de 1899 e 1907, tidas à época como o maior evento do direito internacional moderno por se tratar de uma espécie de lei comum aberta à adesão de todos os Estados e com o propósito de organizar o mundo dito civilizado, e que, apesar de todas as perspectivas que guardavam, as declarações e promessas trocadas exerceram então pouca ou nenhuma influência sobre o destino da humanidade²³³, que mais uma vez sucumbiu ao flagelo da guerra em 1914.

²³⁰ Article 4. *Les prisonniers de guerre sont au pouvoir du Gouvernement ennemi, mais non des individus ou des corps qui les ont capturés. Ils doivent être traités avec humanité.* CONVENTION (II) CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE ET SON. **Annexe** : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/150?OpenDocument>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²³¹ Article 27. *Dans les sièges et bombardements, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire.* CONVENTION (II) CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE ET SON. **Annexe** : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/150?OpenDocument>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²³² Article 46. *L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés.* CONVENTION (II) CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE ET SON. **Annexe** : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/150?OpenDocument>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²³³ « *La négociation et la signature des conventions de La Haye ont été, sans contestation, le plus important événement de l'histoire du droit international moderne. [...] Les travaux des Conférences de La Haye ont subi un échec complet au moment même où ils paraissaient devoir porter leurs fruits. La codification des lois de la guerre et de la neutralité était sinon entière du moins avancée. Les lois que ces conférences avaient portées, les principes qu'elles pensaient avoir établis ont été foulés au pied sans l'ombre d'un scrupule. Par ailleurs, les déclarations et les promesses échangées dans l'intérêt de la cause de la paix n'ont exercé aucune influence sur les destinés de l'humanité* ». PILLET, A. **Les Conventions de la Haye du 29 Juillet 1899 et du 18 octobre 1907**. Étude juridique et critique. Paris : Pédone, 1918, p. V.

No mesmo ano surgia a tentativa de criação de uma jurisdição internacional de natureza penal, a partir da proposição de uma comissão holandesa ao governo de criar um juiz criminal em Haia, competente para constatar as injustiças ou os crimes dos Estados, à condição de que as prescrições violadas estivessem contidas em um tratado internacional, compreendido entre essas prescrições o fato de praticar uma agressão ao território de um Estado por meio das armas. A comissão também propunha que o direito das gentes contido nos tratados pudesse ser garantido pelo conjunto das potências e submetido ao controle de um juiz internacional. Essa proposição foi, no entanto, infrutífera, porquanto algumas semanas depois a Europa iniciava a Primeira Guerra Mundial²³⁴.

Por sua vez, a expressão crime contra a humanidade e contra a civilização teve lugar pela primeira vez na cena internacional em uma declaração emitida pela França, Grã-Bretanha e Rússia em 24 de maio de 1915²³⁵ após o massacre do povo armênio na Turquia. A declaração tinha como propósito nomear os atos de violações e de punir seus principais responsáveis, e é ainda mais significativa pelo fato de dirigir-se à intenção de responsabilizar os membros do governo, sabendo-se que à época prevalecia sem exceções o princípio da imunidade do Chefe de Estado. Apesar de não se tratar de um texto jurídico, mas de uma declaração, sua importância enquanto documento oficial decorre da afirmação solene de conhecimento dos crimes perpetrados e da qualificação dos massacres cometidos contra os armênios²³⁶.

No entanto, em razão das considerações do governo turco no sentido de que essa declaração consistiria em uma pretensão dos signatários a intervir nas questões interiores do império, os aliados renunciaram a promover as responsabilizações a que se propunham, afirmando logo em seguida que as advertências dirigidas aos Estados praticantes das agressões eram meramente formais e desprovidas de consequências²³⁷, manifestando-se a prevalência do princípio da soberania e seu corolário da não-intervenção sobre uma eventual primazia dos direitos das populações afetadas pelas violações.

²³⁴ VAN VOLLENHOVEN, Cornelis. **Les trois phases du droit des gens**. La Haye : Martinus Nijhoff, 1919, p. 79.

²³⁵ « *En présence de ces nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité et la civilisation, les gouvernements alliés font savoir publiquement à la Sublima-Porte qu'ils tiendront personnellement responsables desdits crimes tous les membres du gouvernement Ottoman ainsi que ceux de ses agents qui se trouveraient impliqués dans de pareils massacres* ». REPUBLIQUE FRANÇAISE. Archives du Ministère des Affaires étrangères. Guerre 1914-1918, tome 887, folio 127.

²³⁶ RACINE, Jean-Baptiste. **Le génocide des Arméniens**. Origine et permanence du crime contre l'humanité. Paris : Dalloz, 2006, pp. 6-7.

²³⁷ Como afirma Vicent Duclert, esse que poderia ter sido um evento fundador é logo transformado em uma derrota das leis de humanidade. « D'événement fondateur, cette action internationale de 1915 se transforme en dérouté des lois de l'humanité dans leur effort pour repousser la toute-puissance des tyrannies et l'anéantissement des peuples qui leur sont soumis ». DUCLERT, Vincent. **La France face au génocide des Arméniens du milieu du XIXe siècle à nos jours** : Une nation impériale et le devoir d'humanité. Paris : Fayard, 2015.

Durante a Conferência de paz de Paris em 1919, tiveram assento os países vencedores da Primeira Guerra Mundial a fim de tratar das consequências do conflito, oportunidade em que a delegação nacional da Armênia apresentou um memorando sobre a questão armêniana, postulando suas reivindicações em nome da humanidade e pedindo uma decisão por parte da consciência e da honra do mundo civilizado²³⁸.

Ao longo da conferência, foi nomeada uma comissão encarregada de tratar das responsabilidades decorrentes dos atos praticados durante a Primeira Guerra Mundial, cuja missão fora a de estudar as violações das leis e costumes de guerra e das leis da humanidade, o que resultou na apresentação de relatório em que manifesta a prática dessas violações nomeando-as por diversas ocasiões a expressão crimes contra a civilização e ofensas contra as leis da humanidade²³⁹ e recomendando o julgamento dos fatos por uma Alta Corte.

O Tratado de Versalhes, porém, não inseriu as referências relativas a essas ofensas às leis da humanidade²⁴⁰, referindo-se exclusivamente aos atos contrários às leis e costumes de guerra, criando, em seus artigos 227 e 228, uma jurisdição especial tendo como uma das finalidades a de julgar, respectivamente, o ex-Kaiser Guilherme II da Alemanha (cujo processo nunca pôde ser iniciado) e demais dirigentes do governo alemão²⁴¹, referindo inspirar-se nos

²³⁸ « *La question arménienne est une de celles qui devront être résolues par la Conférence de la fin de la guerre. 'Au point de vue de la population, elle n'est qu'un des plus petits problèmes qui seront soumis à la Conférence, mais envisagé sous un autre angle, elle s'imposera à son attention aussi fortement que les questions concernant des nations beaucoup plus grandes. 'Et si on place sur le terrain de l'humanité, de la justice et des réparations dues aux maux que l'Arménie a soufferts, on ne pourra lui refuser le premier rang pour les revendications qui seront présentées au Grand Tribunal réuni pour prononcer les verdicts de la Conscience et de l'honneur du Monde Civilisé* ». CONFÉRENCE DE LA PAIX (1919/1920 ; Paris). **Memorandum à la Conférence de la paix, 1919-1920] sur la question arménienne**. Présenté par la Délégation nationale arménienne. Paris : Éditeur impr. M. Flinkowski, [s.d.], p. 5.

²³⁹ “*All persons belonging to enemy countries, however high their positions may have been, without distinction of rank, including Chiefs of State, who have been guilty of offences against the laws and customs of war or the laws of humanity, are liable to criminal prosecution*”. COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report Presented to the Preliminary Peace Conference, March 29, 1919. **The American Journal of International Law**, Vol. 14, n°. 1/2, pp. 95-154, Jan.-Apr., 1920. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/pdf/2187841.pdf?refreqid=excelsior%3Ab9fcfa70bdcc9d32289c329c5e0ff10a>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

²⁴⁰ A não-inserção do texto no Tratado de Versalhes se deveu muito particularmente à posição dos representantes americanos na Comissão, dissentindo da expressão *ofensas às leis da humanidade*, considerando-a vaga em razão da dificuldade de se definir um conceito padrão de humanidade. COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report Presented to the Preliminary Peace Conference, March 29, 1919, **The American Journal of International Law**, Vol. 14, n°. 1/2, pp. 95-154, Jan.-Apr., 1920. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/pdf/2187841.pdf?refreqid=excelsior%3Ab9fcfa70bdcc9d32289c329c5e0ff10a>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

²⁴¹ O ex-Kaiser Guilherme II encontrou refúgio na Holanda, que se recusou a extraditá-lo. Além dele, os pedidos de extradição fracassaram em relação a outras 896 pessoas que os Aliados intentavam processar. Haja vista a possibilidade deixada pelo Tratado de Versalhes, os seus artigos 228 e 229, de que as jurisdições nacionais processassem criminosos de guerra, os processos de Leipzig foram iniciados, culminando com a absolvição de seis

princípios mais elevados da política entre as Nações, no respeito das obrigações e dos enajamentos internacionais, bem como na moral internacional²⁴².

As cláusulas prevendo o julgamento do Imperador alemão e de seus oficiais teriam sido a fórmula encontrada para puni-los pelas atrocidades que sua agressão causara à humanidade, fundamentadas em uma alta ideia de justiça. A solução, no entanto, era por demais espinhosa e arrojada para os padrões existentes à época, culminando com a sua não aplicação prática²⁴³.

As observações concernentes à violação das leis da humanidade e à necessidade de responsabilizar os perpetradores baseadas nas conclusões retiradas da Conferência de Paz de Paris, especialmente no que toca ao genocídio armênio, ingressam timidamente no texto do Tratado de Paz de Sèvres. Embora seu artigo 226 contenha apenas o reconhecimento da Turquia no que tange à pratica de violações às leis e aos costumes de guerra e à aceitação a submeter-se a um Tribunal militar, seu artigo 230²⁴⁴ utiliza-se da expressão massacre, o que poderia ser qualificados como crime contra a humanidade, embora não tenha recebido essa denominação expressa no texto, tendo-se perdido a oportunidade de utilizar a expressão crime contra as leis da humanidade, já utilizada na Conferência de Paz de Paris.

O Tratado de Paz de Sèvres, no entanto, não foi ratificado pelos Estados signatários, sendo substituído pelo Tratado de Lausanne, que além de não conter previsões de

acusados e com a condenação de outros seis. AMBOS, Kai. **Treatise on International Criminal Law**. Volume I: Foundations and General Part. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 3.

²⁴² Article 227. *Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohensollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. Un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense. Il sera composé de cinq juges, nommés par chacune des cinq puissances suivantes, savoir les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon. Le tribunal jugera sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale Internationale. Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il estimera devoir être appliquée. Les puissances alliées et associées adresseront au Gouvernement des Pays-Bas une requête le priant de livrer l'ancien empereur entre leurs mains pour qu'il soit jugé.* TRAITÉ DE VERSAILLES. Paris : [s.n.], 1919.

²⁴³ PILLET, Antoine. **Le traité de paix de Versailles : conférences faites au Collège libre des sciences sociales**. Paris : Rivière, 1920, p. 89.

²⁴⁴ ARTICLE 230. The Turkish Government undertakes to hand over to the Allied Powers the persons whose surrender may be required by the latter as being responsible for the massacres committed during the continuance of the state of war on territory which formed part of the Turkish Empire on August 1, 1914. The Allied Powers reserve to themselves the right to designate the tribunal which shall try the persons so accused, and the Turkish Government undertakes to recognize such tribunal. In the event of the League of Nations having created in sufficient time a tribunal competent to deal with the said massacres, the Allied Powers reserve to themselves the right to bring the accused persons mentioned above before such tribunal, and the Turkish Government undertakes equally to recognise such tribunal. **THE PEACE TREATY OF SÈVRES. Sèvres, 1920. The Treaty was signed between the Allied and Associated Powers and Turkey at Sevres on August 10, 1920.** Paris: [s.n.], 1920.

responsabilização dos membros do governo Turco, portava uma declaração de anistia referente a todos os atos praticados entre 1914 e 1922²⁴⁵.

Ainda, no limiar da criação da Corte Permanente de Justiça Internacional²⁴⁶, em 1920, o comitê de juristas de Haia apresenta o projeto que continha a ideia de criar uma organização internacional de justiça criminal para julgar crimes contra o direito das gentes universal, cuja finalidade precípua era a de evitar a criação de uma jurisdição internacional penal *ex post facto* e de criar uma organização judiciária estável, sabendo-se que além dos crimes de guerra existem outros crimes de direito internacional universal.

Tratava-se do projeto do Baron Descamps que previa a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional juntamente com a criação de uma Alta Corte de Justiça Internacional, o qual foi analisado pela Assembleia da Sociedade das Nações, mas, entendido como prematuro demais, não foi objeto nem de aprovação nem de rejeição. O projeto foi abandonado pela Assembleia, apenas com a menção da possibilidade de ser criada uma Câmara Criminal no seio da Corte Internacional de Justiça²⁴⁷.

Até o final da Segunda Grande Guerra não existia definição escrita do conceito de crime contra a humanidade, limitando-se a ideia de violação às leis da humanidade a declarações de propósitos contidas nos preâmbulos de convenções internacionais ou em relatórios de comissões encarregadas de elaborá-las, sem que jamais tenham essas previsões ingressado efetivamente no direito internacional sob a forma de descrição de uma conduta proibida enquanto violação de direitos pertencentes à comunidade humana em seu conjunto.

No entanto, apesar de fracassadas as tratativas anteriores de criação de uma justiça internacional para julgar uma nova moldura de crimes, por todos os movimentos que antecederam esse período histórico, essas novas acepções de natureza penal começam a extravasar do direito não-escrito, fazendo-se sentir uma preocupação da comunidade jurídica com a prevenção e a punição de violações que ultrapassam os interesses puramente estatais. É

²⁴⁵ BASSIOUNI, Cherif M. **Crimes against humanity in International Criminal Law**. 2^o éd. rev. La Haye: Kluwer, 1999, p. 68.

²⁴⁶ A Corte Permanente de Justiça Internacional foi idealizada a partir da Conferência de Paz de Paris que deu origem ao Pacto da Sociedade das Nações, assinado em 28 de abril de 1919 e promulgado em 10 de janeiro de 1920, tendo a Corte iniciado suas atividades em 1922 e sendo posteriormente substituída pela Corte Internacional de Justiça, criada pelas Nações Unidas em 1945. O artigo 14 do Pacto da Sociedade das Nações assim dispôs: « *Article 14. Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour permanente de Justice internationale et de le soumettre aux membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous différends d'un caractère international que les Parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point, dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée* ». PACTE DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS Y COMPRIS LES AMENDEMENTS EN VIGUEUR. [s.;l.], Le 16 décembre 1935. Disponível em: <<https://www.peacepalacelibrary.nl/pmfiles/S24-48-005.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

²⁴⁷ SALDAÑA, Quintiliano. **La justice pénale internationale**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 010. Boston : Martinus Nijhoff, 1925, pp. 362-365.

por essa razão que expressões como leis da humanidade e da civilização se fazem tão presentes, de sorte que restou possível, algum tempo depois, concluir que os crimes contra a humanidade, antes de fazerem parte do direito escrito, já integravam o direito costumeiro, por se tratarem de violações substanciais ao direito das gentes²⁴⁸.

No limiar da Segunda Guerra Mundial, era sensível a necessidade de um direito protetor de alguns valores relacionados com essa incipiente solidariedade universal, ainda limitada à repartição da competência penal legislativa e jurisdicional dos Estados soberanos.

Essa necessidade se fez sentir especialmente por diversos esforços dos juristas que compunham o Instituto de Direito Internacional no que diz respeito à responsabilidade dos Estados pelo cometimento de crimes contra o direito das gentes.

Esse sentimento resta evidenciado do teor dos escritos da época, de que é símbolo a conclusão de Donnedieu de Vabres, escrita em 1928, ao mencionar a solidariedade no tempo e no espaço existente entre os homens na luta contra o crime e o fato de que somente a ligação da lei penal a uma ideia de obrigação moral poderia criar um reconhecimento a suas prescrições como sendo de um valor obrigatório para o conjunto da humanidade. Nesse sentido, apenas o direito superior ao Estado poderia, segundo ele, pretender o privilégio da universalidade, apesar de todas as barreiras políticas que a soberania e as fórmulas tradicionais impõem ao legislador internacional e que devem ser superadas em nome da evolução e das novas imposições trazidas pela sociedade contemporânea²⁴⁹.

Uma dessas imposições impulsionadas pela sociedade contemporânea foi justamente uma criminalidade desafiadora da imaginação humana, chegada ao mundo com o advento dos massacres praticados no curso da Segunda Guerra Mundial e que fez com que a força dos fatos se impusesse sobre o direito, de sorte a tornar imperativa a criação e o funcionamento efetivo, pela primeira vez, do tipo penal crime contra a humanidade, que de alguma forma já estava presente nos espíritos, mas ainda não se encontrava formalizado por algum instrumento que descrevesse.

A formulação do conceito de crimes contra a humanidade foi, assim, uma espécie de produto das circunstâncias históricas, tendo em vista que o conhecimento de atrocidades

²⁴⁸ Como afirma Benjamin Ferencz: *“Prosecuting crimes against peace and humanity was not invented at Nuremberg in 1945. Since ancient days, the legality of war itself and how wars were waged had been debated by renowned scholars from Plato to Grotius. Over 200 years ago, Immanuel Kant’s Zum Ewigen Frieden called for the protection of peace and human rights through the rule of international law”*. FERENCZ, Benjamin. *From Nuremberg to Rome: A Personal Account*. In: LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (Ed.). **Justice for crimes against humanity**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 31 (pp. 31-45).

²⁴⁹ DONNEDIEU DE VABRES, Henri. **Les principes modernes du droit pénal international**. Paris : Editions Panthéon-Assas, 2004, pp. 450-451.

cometidas em larga escala tornou imperativo o julgamento de seus autores. A humanidade que já era objeto de proteção do direito internacional humanitário foi a partir de então apreendida pelo direito internacional penal.

Antes mesmo do final da II Guerra Mundial é de significativo valor a Declaração sobre as atrocidades, assinada em Moscou em 30 de agosto de 1943 pelos Chefes de Governo americano, britânico e russo. Seu texto passará a fazer parte da Lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado, o que lhe confere valor de direito positivo. Nessa declaração se destaca a menção expressa do direito dos Estados liberados de editarem leis novas visando a repressão dos crimes cometidos pelos membros da Alemanha nazista e seus aliados.

Após a II Guerra Mundial, portanto com a assinatura do Tratado de Londres, a figura do crime contra a humanidade passou a fazer efetivamente parte do ordenamento jurídico internacional sob a forma de descrição de uma conduta proibida a que se atribui a responsabilização de natureza penal. Esta construção, no entanto, foi fruto de uma lenta elaboração do direito internacional penal, tendo como finalidade precípua a sua diferenciação dos crimes de guerra, fazendo com que o direito internacional penal ganhasse autonomia em relação ao direito internacional humanitário.

A partir desse momento, a humanidade resta definida pelo direito, em uma lógica que segue duas vias: a primeira via é a da identificação de que os seus valores mais caros são ofendidos e de que os perpetradores devem ser responsabilizados. Se as jurisdições nacionais foram incapazes de se ocupar dessa responsabilização, a mesma deve passar ao domínio da jurisdição internacional. A segunda via diz respeito à necessidade de criação de mecanismos de preservação e promoção desses valores de modo a evitar ao máximo a possibilidade de que sejam violados. Essas duas missões restarão a cargo, respectivamente, do direito internacional penal e do direito internacional dos direitos humanos.

TÍTULO II – A HUMANIDADE E SEUS VALORES: UMA CONSTRUÇÃO JURÍDICO-CASUÍSTICA

« L’humanité, comme catégorie du droit, est née de sa propre perte et de cette catastrophe, inscrite à jamais dans son histoire, que constitue la Shoah. C’est en effet seulement après la guerre, quand on a ‘découvert’ que l’humanité avait été violée et bafouée, qu’on lui a accordé des droits »²⁵⁰.

A história do mundo é uma história de transformações. E a história do direito é a história que deve acompanhar as transformações do mundo cujos acontecimentos busca tutelar.

Com o direito internacional, esse direito que hoje parece ter como uma de suas vocações a de proteger a humanidade, não foi diferente. Se durante a história já triunfou o pensamento daqueles que acreditavam na unidade do gênero humano, afirmando que a sociedade humana existiu muito antes de sua divisão em sociedade civil²⁵¹, também houve aqueles que se posicionaram pela existência de uma comunidade humana unida por uma lei natural coexistente com a existência de Estados soberanos fortes encarregados de fazer essa união²⁵² ou ainda pela ideia, que prevaleceu quando do fortalecimento dos Estados nacionais nos séculos XVI e XVII, de que as sociedades humanas são as sociedades de cada Estado, cada qual com sua respectiva ordem jurídica, momento em que a humanidade como que se desarticulou em soberanias, seus interesses passaram a ser identificados ou confundidos com os próprios interesses dos Estados soberanos e a noção de razão de Estado teve prevalência na elaboração do direito enquanto processo axiológico.

Se de um lado o conceito de humanidade e a noção de sua grave violação ainda passam pela influência dessa era vestfaliana que tantos ecos produziu na filosofia, calcada no menosprezo da perspectiva cosmopolita e na ideia de que os elos existentes no interior dos

²⁵⁰ ALLARD, J, « L’humanité, un concept juridique sans précédent ? » In BERNS, Th (Dir.). Le droit saisi par le collectif. Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 195-196.

²⁵¹ CONNAN, François. **Commentarius Juris Civilis Libri Decem**. Paris : François Hotman Ed., 1958, I, C. 5., C. 6.

²⁵² BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Paris : Librairie Iuré, 1576. Especialmente em: Chapitre VIII – De la seveté et droit des alliances et traitez entre les Princes (pp. 87-124), Chapitre IX – De la souveraineté (pp. 124-154); GARDOT, André. **Jean Bodin** : Sa place parmi les fondateurs du droit international. Recueil des Cours de l’académie de droit international de La Haye. Vol. 50. Boston : Martinus Nijhoff, 1934, pp. 602-611.

Estados são mais sólidos²⁵³ do que se considerada a totalidade do gênero humano, de outro lado a força dos fatos impuseram e continuam a impor mudanças nessa concepção²⁵⁴.

As profecias kantianas, produto da efervescência das luzes, se realizaram e foram a força motriz para uma nova percepção sobre a real existência de um elo capaz de unir todas as pessoas, um elo capaz de dar origem a uma sociedade humana a que se pode chamar humanidade. Disse Kant, em Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita²⁵⁵, que seriam as transgressões humanas que fariam as sociedades evoluir e, paralelamente a outras razões, foi de fato o rompimento desse elo, consistente na negação do mínimo de humano a vítimas de crimes de massa, que fez evoluir o direito internacional, redimensionando seu objeto em razão sobretudo das exigências de proteção decorrentes dessas ofensas²⁵⁶.

Foi justamente dessa ruptura que o direito internacional deu à luz ao direito internacional penal e ao direito internacional dos direitos humanos, trazendo novos contornos ao conceito de humanidade.

Se de um lado a concepção de humanidade é fruto de uma longa construção filosófica e de direito não-escrito e convencional que permitem aferir, ainda que de forma aproximada, alguns de seus valores mínimos, e ainda muito fluidos, que se constituem no elo de ligação entre as comunidades humanas, de outro lado uma noção mais precisa de quais são esses elos advém da análise da sua própria negação ou do rompimento desses valores que, em uma derradeira apreciação, irão se constituir no que hoje se entende por crimes contra a humanidade e crime de genocídio.

Os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio, enquanto os crimes mais graves de que o mundo já foi palco em toda a história da humanidade, são o rompimento definitivo dos elos que unem todas as comunidades humanas, por meio de violações a direitos compreendidos como necessários a serem protegidos por todas as culturas e por todas as Nações, por se tratarem de direitos mínimos à existência digna, sendo por isso entendidos como

²⁵³ Sobre a problemática da soberania econômica e referindo-se ao princípio da soberania dos Estados sobre seus recursos naturais, ver: CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. **Humanités et souverainetés** : Essai sur la fonction du droit international. Paris : Éditions la découverte, 1995, pp. 265-267.

²⁵⁴ Analisando a questão sobre outro prisma, Monique Chemillier-Gendreau refere-se à perda da capacidade dos Estados de manter sua respectiva soberania como sendo uma capacidade que se degrada continuamente, e afirma : *“Il est vain de tenter la restauration de la souveraineté classique, image de puissance sans limites et de compétence maîtrisée. Il s’agit d’une page d’histoire définitivement tournée. Si quelque chose est à réinventer sous le nom de souveraineté, c’est plus modestement le signe d’une irréductible singularité, la marque du refus de l’indifférenciation abstraite”*. CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. **Humanités et souverainetés** : Essai sur la fonction du droit international. Paris: Éditions la découverte, 1995, p. 316.

²⁵⁵ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita**. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

²⁵⁶ LEJBOWICZ, Agnès. **Philosophie du droit international** : L’impossible capture de l’humanité. Paris : PUF, 1999, pp. 188-198.

direitos (fundamentais) universais e absolutos. São crimes que animalizam suas vítimas, que deixam um tecido social a reconstruir após uma subversão provocada pelas desumanidades e cuja gravidade perturba a ordem internacional.

Consubstancia-se a ideia de grave violação a partir da negação desses valores sob a concepção de dois crimes, de natureza internacional desde seu nascedouro, porque não tem como fontes primárias o direito emanado dos Estados e sim tratados internacionais: o Estatuto de Nuremberg e a Convenção Internacional para a prevenção e a punição do genocídio, respectivamente.

Essa característica dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, de definição emanada de uma fonte que transborda os limites do Estado, relaciona-se à sua natureza de violação que não encontra fronteiras. Essa característica começa por desconstruir conceitos, tais como os decorrentes de que o direito interno é a única fonte de criminalização, assim como dá nascimento a uma ordem jurídica internacional que traz uma série de significações. A primeira dessas significações é o marco do direito internacional penal, que se inicia com o Estatuto do Tribunal Internacional Penal de Nuremberg. A segunda é marco do direito internacional dos direitos humanos, com as diversas convenções internacionais que se seguiram à criação das Nações Unidas.

De um lado, essas figuras jurídicas do crime contra a humanidade e do crime de genocídio possuem uma existência material intrínseca²⁵⁷ em razão do massivo grau de violações que sua prática sempre acarretou desde longa data, mas, por outro lado, são recentes enquanto direito. Seu delineamento formal por meio de convenções internacionais não tem início senão após a II Guerra Mundial. Seu movimento de chegada dos fatos ao direito foi de multiplicação de descrições de comportamentos proibidos somados àquela primeira e rudimentar percepção da existência de atos inicialmente denominados crimes de “lesa-humanidade”, concebidos na contramão de uma construção jurídico-moral, na medida em que se buscou encontrar os valores lesados em um momento *a posteriori* e não como substrato da incriminação.

Assim é que, de um contexto deixado pelo direito internacional humanitário e da herança, apesar de todas as frustrações, da criação de uma Sociedade de Nações, e principalmente somada aos horrores das violações massivas de direitos humanos ocorridos na II Guerra Mundial, finalmente a partir de 1945 a humanidade é apreendida pela entrada em cena

²⁵⁷ Antoine Pillet refere-se ao fato de que o direito comum da humanidade, apesar de difícil identificação, que somente pode ser feita caso a caso, possui por outro lado uma estabilidade, por ele nomeada como imutabilidade, decorrente da percepção de que determinados fatos passam a fazer parte desse direito de maneira definitiva. PILLET, Antoine. *Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet*. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, vol. I, pp. 1-32, 1894, p. 21.

de um direito internacional convencional que exerce essa função de tutela por meio de dois pilares principais: o pilar do direito penal e o pilar dos direitos humanos.

É quando se instaura um novo marco ou uma segunda fase da identificação dos valores universais, a partir do aporte que lhe trazem o direito internacional penal e o direito internacional dos direitos humanos, um em complementaridade ao outro tanto no que toca às construções convencionais quanto no que diz respeito às construções jurisprudenciais.

3. O CRIME CONTRA A HUMANIDADE E O GENOCÍDIO: UMA CONSTRUÇÃO NEGATIVA FEITA PELO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

O direito internacional penal é filho do pós-Segunda Guerra Mundial²⁵⁸: ele representa, naquele momento histórico, um propósito partilhado pela comunidade internacional de julgar os altos responsáveis da Alemanha nazista e seus aliados pelas graves violações de direitos humanos praticadas no curso da guerra. Até então a história não conhecia responsabilização penal internacional do indivíduo e este não era sequer concebido como sujeito de direito internacional.

É neste momento histórico que o direito internacional penal nasce, porquanto pela primeira vez uma norma jurídica que tem como fonte um tratado internacional cria e conhece a aplicação efetiva da responsabilização penal individual, dando origem a uma construção normativa e jurisprudencial que terá logo em seguida o reconhecimento de seus princípios como sendo parte do direito internacional escrito.

Mesmo que o julgamento de Nuremberg tenha sido apenas uma etapa de um direito, ao mesmo tempo importante e imperfeito, ainda em formação, ele marcou um novo desenho da soberania estatal, impondo a emergência de uma espécie de instauração de uma soberania internacional democrática, para utilizar a expressão de Eugène Aroneanu²⁵⁹, no sentido de que uma nova ordem pública internacional se tornou capaz de destruir soberanias criminosas e, assim, conferir proteção dos direitos dos seres humanos.

O surgimento de uma jurisdição internacional decorrente da imposição da pena a partir de um ente que não o Estado conferiu-lhe a natureza de jurisdição de direito internacional, ao mesmo tempo em que a imposição desta pena ao indivíduo passou a conferir a essa jurisdição a natureza de jurisdição de direito penal. Daí ser seu regramento a primeira fonte de direito internacional penal e o marco a partir do qual se desencadeia uma longa construção normativa e jurisprudencial do conteúdo jurídico dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio. Essa construção não foi senão negativa, que pensou a humanidade a partir de seu conceito inverso – o de desumanidade, fazendo com que o direito respondesse a atrocidades com a função remediadora de corrigir essa ausência de humanidade²⁶⁰.

É quando se começa a formular o conceito de humanidade a partir da concepção de desumanidade, nascida do receio da mortalidade impostos sobretudo pela bomba atômica e pela

²⁵⁸ A esse respeito: GLASER, Stefan. **Droit international pénal conventionnel**. Vol I. Bruxelles : Bruylant, 1970, pp. 16-20.

²⁵⁹ ARONEANU, Eugène. **Le crime contre l'humanité**. Paris : Dalloz, 1961, p. 189.

²⁶⁰ LE BRIS, Catherine. **L'humanité saisie par le droit international public**. Paris : LGDJ, 2012, p. 31

*Shoah*²⁶¹, de tal modo que a ofensa a um indivíduo passou a ganhar uma dimensão mais ampla, de ofensa a todas as comunidades humanas.

3.1 A construção normativa

Especialmente após a assinatura do Estatuto de Roma em 1998, ocorreu uma maior sedimentação no que tange ao conceito de crimes internacionais, neles compreendidos os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio, entendidos como sendo os crimes de maior gravidade que compõem um núcleo duro que, pelo seu alto grau de reprovação ofendem a comunidade humana em seu conjunto²⁶². Descartou-se de sua conceituação outros crimes que até 1998 discutia-se serem ou não pertencentes a esse rol, tais como o terrorismo e os crimes transnacionais.

Mas até se chegar ao conceito que hoje se encontra relativamente consolidado, o direito internacional penal trilhou um percurso de construção do conceito dos crimes contra a humanidade e do genocídio, tendo início em uma fase de identificação das violações mais graves que atingem a comunidade internacional, para mais tarde atingirem uma fase de sedimentação, em que esses conceitos passaram a se solidificar.

A construção normativa é a fonte que definiu com maior precisão o conceito de crime contra a humanidade e de genocídio, porquanto a ideia de ofensa às leis da humanidade começou a ser nomeada pelas convenções internacionais que cuidaram de identificar essas violações por meio de exemplos retirados dos fatos e que se entende já estarem previstos previamente no direito internacional costumeiro. Nesses instrumentos encontram-se especialmente os Estatutos originários dos Tribunais a que se atribuiu competência para o julgamento dessas violações.

Trata-se de um exercício feito pelo direito penal, em um nível não mais estatal, a fim de conferir conteúdo jurídico a atos praticados, que se tornam conhecidos em escala mundial, e que por seu grau de atrocidade e por sua extensão geraram gradativamente o consenso acerca da existência de violação de direitos reconhecidos independentemente de onde e quando fossem

²⁶¹ Expressão que em hebreu significa catástrofe, a qual é utilizada para designar o holocausto, referindo-se especificamente aos crimes em massa praticados pela Alemanha nazista contra o povo judeu.

²⁶² « *Corps d'incriminations cristallisées autour du génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre, de la torture, considérées comme composant le noyau dur des crimes internationaux, un core delicta juris gentium, un ensemble de crimes graves dont la commission affecte l'humanité toute entière et offense la conscience et le droit de toutes les nations* ». VERVAELE, John A. E. Violations graves des droits de l'homme et crimes internationaux. Du jus (non) puniendi de l'état a un deber puniendi impératif tiré du ius cogens. **Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé**, Paris, n. 3, Jui-Sep. 2014. pp. 487-521.

praticados. Trata-se de crimes que não se vinculam ao tempo ou ao espaço, sendo por isso violações ao mesmo tempo atemporais e onipresentes.

Esse processo inicialmente desordenado feito pelo direito (internacional) penal foi um movimento eminentemente casuístico, cuja realização partiu da força (absoluta) dos fatos à força (relativa) do direito, em uma tentativa de criminalizar segundo o que Mireille Delmas-Marty atribui ao primeiro nível moral utilizado para a universalização do direito penal, de base humanitária, a que denominou moral da indignação²⁶³.

Se analisada a história do direito penal, mesmo no âmbito do direito penal interno, trata-se de uma história em sua generalidade de construção casuística, constituída pela formação de tipos penais que sempre foram muito mais fruto da observação dos fatos que lhe precederam do que da elaboração de uma escala ideal de valores. Essa escolha dos tipos penais fez-se instrumento de garantia do poder do Estado.

Essa lógica se repete no direito internacional penal, que surge de forma tardia, como instrumento de coerção de um direito internacional já existente, e igualmente mediante o emprego da metodologia casuística da observação de fatos ocorridos no passado. Esse processo é fruto também de uma construção aberta e em contínua evolução, que sofre a influência de outros domínios, como é o caso especialmente do direito internacional dos direitos humanos, cujas convenções irão acrescentar elementos ao conteúdo jurídico dessas violações.

Nesse processo de penalização do direito internacional, em que entram em cena as figuras do crime contra a humanidade e do genocídio, surge um movimento que repete a história do direito penal, mas de forma a projetá-la para além do Estado-Nação: durante toda a história da humanidade, o direito penal representou ao mesmo tempo um instrumento de proteção dos valores mais importantes de uma sociedade e o símbolo da força do Estado e de suas instituições, sendo por isso a parcela mais cara de sua soberania. A toda ocasião que esses valores eram ofendidos, ao Estado incumbia a demonstração de seu poder, mediante a imposição de pena, a fim de restabelecer a sua força.

A chegada do direito penal em nível internacional tem causas semelhantes à existência do direito penal nacional, que é justamente a função precípua de proteção de valores fundamentais. Desta vez ele o faz em virtude do aparecimento de um novo ente, a que se convencionou chamar comunidade internacional. Assim como os membros de um Estado são ligados pelo elo da nacionalidade e possuem um conjunto de valores comuns em última análise protegidos pelo direito penal, os membros da comunidade internacional são também ligados

²⁶³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (IV)** : Vers une communauté de valeurs ? Paris : Seuil, 2011, p. 18.

por eles outros, que não a nacionalidade, mas que se constituem igualmente em valores comuns para o que o direito internacional penal foi chamado a proteger e para o que a entrada em cena do direito internacional foi de fundamental importância na medida em que centralizou o indivíduo no seu âmbito de proteção.

A partir de 1945, uma força motriz, que torna impossível negar a existência de interesses comuns, cria um elo universal que começa a ser tecido. Essa construção se elabora a partir da superveniência daquilo que pode acontecer de pior à humanidade²⁶⁴: a guerra, naquilo que nega aos seres humanos toda a sua dignidade e lhes impõe o máximo de sofrimento.

Com o advento do Estatuto de Nuremberg, tem início um período de construção dos alicerces do conceito jurídico de grave violação contra a humanidade, de maneira a formar uma concepção-base que não mais deixará integrar o núcleo do crime contra a humanidade, mas que, por seu caráter precário, necessitará de outros elementos que a ele se acrescentarão ao longo do tempo, também pela influência dos fatos, sob o impulso da moral da indignação.

Nesse período inicial, que na presente pesquisa se denomina fase de identificação, e que se estende desde o Estatuto de Nuremberg até a elaboração do Estatuto de Roma, os comportamentos reputados como ofensivos à toda comunidade humana vão se agregando à figura dos crimes contra a humanidade mediante o emprego da mesma metodologia casuística, no sentido de que a cada violação massiva de que o mundo passa a ser palco justifica o aditamento de um novo comportamento proibido.

O fenômeno metodológico não se repete exatamente da mesma forma com a descrição do crime de genocídio por duas razões principais: de um lado, porque a convenção que o previu pela primeira vez o fez de forma mais completa se comparada aos primeiros tratados que tipificaram os crimes contra a humanidade; de outro lado, e principalmente, porque a convenção foi criada tendo como referência o genocídio cometido pela Alemanha nazista, cuja gravidade e amplitude fora suficiente para uma descrição completa do tipo penal, servindo de modelo para os genocídios que se repetiram no futuro, como será o emblemático caso de Ruanda.

Diante desse novo quadro, com o nascimento do direito internacional penal por meio da entrada em cena do Estatuto e do julgamento do Tribunal de Nuremberg, o direito internacional passa a conhecer a quebra de alguns paradigmas que hoje se encontram consolidados, mas que à época modificaram o que tradicionalmente existia no que toca à responsabilização de violações praticadas em massa.

²⁶⁴ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. **Humanités et souverainetés** : Essai sur la fonction du droit international. Paris: Éditions la découverte, 1995, p. 330.

O primeiro desses paradigmas refere-se à previsão mesma do crime, porquanto até então a simples referência às leis da humanidade ou mesmo à prática de crime contra a humanidade e à civilização eram declarações que não descreviam os atos representativos desse ilícito e não lhes possibilitavam a imposição de uma pena. Por mais que se compreenda que fora no momento da previsão da Cláusula Martens, por ocasião da Convenção de Haia, que a humanidade fora apreendida pelo direito, porquanto pela primeira vez prevista como objeto de proteção do direito internacional, foi no Estatuto de Nuremberg que pela primeira vez que a humanidade fora apreendida pelo direito internacional penal²⁶⁵. Desta proteção decorreu um caráter eminentemente imperativo que inexistia na proteção jurídica anterior, porquanto agora associado à imposição de uma pena.

O Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg definiu os crimes contra a humanidade pela primeira vez na história²⁶⁶, descrevendo-o como sendo o homicídio, a exterminação, a redução à escravatura, a deportação, bem como todo ato desumano cometido contra população civil, antes ou depois da guerra, bem como as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, nas hipóteses em que esses atos sejam cometidos como consequência de, ou em ligação com qualquer dos crimes que sejam de competência do Tribunal, tendo eles ou não constituído uma violação ao direito interno onde foram cometidos²⁶⁷.

Essa foi uma definição incipiente que identificou a prática de seis comportamentos traduzindo-os como crimes contra a humanidade, desde que cometidos em conexão com um crime de guerra ou um crime contra a paz – o que fora uma solução encontrada pelo direito a fim de tentar resolver a debatida questão da legalidade penal.

Certamente que o cenário jurídico dos Estados onde os crimes foram praticados já previa como ilícito penal condutas como o homicídio, a exterminação – traduzida na prática de homicídios em massa –, a redução em escravidão e a deportação²⁶⁸, inovando no que diz

²⁶⁵ Nesse aspecto concorda-se parcialmente com Catherine Le Bris, para quem 1945 é o ano em que « *l'humanité a été saisie par le droit international* », embora reconheça a existência como fundamentais os processos que lhe foram anteriores, tais como a Declaração de São Petersburgo de 1868 e as declarações das potências aliadas de 1915. LE BRIS, Catherine. **L'humanité saisie par le droit international public**. Paris : LGDJ, 2012, p. 20.

²⁶⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. **International criminal law: Crimes**. Vol. I. 2nd ed. New York: Transnational Publishers, 1998, p. 521.

²⁶⁷ « Article 6. [...] (c) *Les Crimes contre l'humanité, c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime* ». STATUT DU TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL DE NUREMBERG. Accord de Londres du 8 août 1945. In : Nations Unies. Commission du Droit International. **Le Statut et le jugement du tribunal de Nuremberg. Historique et analyse**. (Mémoire du Secrétaire général). New York : Lake Success, 1949.

²⁶⁸ Conforme menciona o ato de acusação: « *Beaucoup de ces actes et de ces persécutions constituent des violations des lois internes des pays où ils ont été perpétrés* ». TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL

respeito à inclusão de uma conduta de natureza ampla e aberta como é a prática de ato desumano²⁶⁹, a fim de nela incluir todo o sofrimento humano de gravidade considerável, além de inserir a perseguição política, racial ou religiosa, somando-se que todos esses atos deveriam ser praticados contra população civil, o que se fez no intuito de distinguir os crimes contra a humanidade do crime de guerra.

No que diz respeito ao conteúdo material do crime contra a humanidade, o Acordo de Londres²⁷⁰ traça um esboço não somente sobre a sua definição, mas também sobre o seu sentido, referindo-se à prática de atrocidades e de crimes abomináveis, característica intrínseca à violação de valores, mas até então expressa de forma rudimentar²⁷¹, sem definir o que seja efetivamente uma atrocidade ou um crime abominável, senão por meio dos exemplos elencados na conduta proibida.

No mesmo sentido, a Lei n° 10 do Conselho de Controle Aliado²⁷² tratou expressamente da repressão dos crimes contra a humanidade, contendo em seu artigo II previsão semelhante à do Estatuto de Nuremberg, mas em rol não taxativo, já que o tipificou como sendo todo tipo de atrocidade ou ofensa, incluindo, mas não limitado a homicídio, extermínio, escravidão, prisão, tortura, sequestro, ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, bem como perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos. O artigo ainda contém relevante dispositivo acerca do conteúdo de violação do direito das gentes, porquanto assevera ser irrelevante o fato de esses atos representarem violação do direito

NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947, p. 31.

²⁶⁹ Comportamento cuja criminalização foi motivada a propósito das experiências médicas praticadas pelo regime nazista. A esse respeito, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. Paris, n. 3, Jui-Sep. 1994, pp. 477-490.

²⁷⁰ Vide nota 219.

²⁷¹ Assim estabelece o preâmbulo do Acordo de Londres: « *Considérant que la Déclaration publiée à Moscou le 30 octobre 1943 sur les atrocités allemandes en Europe occupée a spécifié que les officiers et soldats allemands et les membres du parti nazi qui sont responsables d'atrocités et de crimes, ou qui ont pris volontairement part à leur accomplissement, seront renvoyés dans les pays où leurs forfaits abominables ont été perpétrés, afin qu'ils puissent être jugés et punis conformément aux lois de ces pays libérés et des Gouvernements libres qui y seront établis* ». Accord concernant la Poursuite et le Châtiment des Grands Criminels de Guerre des Puissances Européennes de l'Axe et Statut du Tribunal International Militaire. *In*: Nations Unies. Commission du Droit International. **Le Statut et le jugement du tribunal de Nuremberg. Historique et analyse**. (Mémorandum du Secrétaire général). New York : Lake Success, 1949.

²⁷² A Lei n° 10 do Conselho de Controle Aliado para a Alemanha foi promulgada em 20 de dezembro de 1945 dando efeito ao Acordo de Londres de 1945, bem como à anterior Declaração de Moscou de 1943 – a qual manifestara que os responsáveis pelos crimes praticados pela Alemanha nazista seriam julgados. A lei forneceu a base jurídica para os processos criminais que se seguiram ao julgamento de Nuremberg. Esses processos tiveram andamento por meio das jurisdições nacionais e sob o comando das zonas de ocupação.

nacional vigente²⁷³, em uma afirmação de que o conteúdo dessas normas proibitivas é declaratório de um direito costumeiro preexistente, e não constitutivo.

Distanciando-se do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, mas aproximando-se do sentido verdadeiro de uma grave ofensa à humanidade, a lei não exigiu a necessidade de prova de conexão entre um crime contra a humanidade e um crime de guerra ou um crime contra a paz, mesmo porque outorgou competência temporal relativamente a fatos anteriores ao início das hostilidades, no que apresentou um avanço em relação à norma internacional, porquanto desde o princípio reforçou a noção de que crimes contra a humanidade podem ser praticados tanto em tempo de guerra quanto em tempo de paz.

Na esteira do Tribunal de Nuremberg e dos julgamentos pelos Tribunais alemães e pelo Conselho de Controle Aliado, e em seguimento à construção normativa que teve lugar logo em seguida ao término da guerra, o Tribunal Militar de Tóquio foi instituído pela Proclamação Especial feita pelos poderes aliados, dando origem à denominada Carta de Tóquio ou Carta do Extremo Leste, cujo artigo 1º cria a jurisdição²⁷⁴.

Sua constituição possui alguns antecedentes, como a proclamação de Potsdam de 1945²⁷⁵ e as recomendações publicadas pela Comissão de crimes de guerra das Nações Unidas

²⁷³ Article II [...] (c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated. CONTROL COUNCIL LAW N° 10. Punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity. Disponível em: < <https://www.legal-tools.org/en/doc/ffda62/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

²⁷⁴ ARTICLE 1. Tribunal Established. The International Military Tribunal for the Far East is hereby established for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals in the Far East. The permanent seat of the Tribunal is in Tokyo. INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. **Special Proclamation, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; charter dated January 19, 1946; amended chartered dated April 26, 1946; Tribunal established January 19, 1946.** Tokyo, 1946. Disponível em: <http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

²⁷⁵ A Proclamação de Postdam continha uma série de determinações feitas pelos países aliados ao Terceiro Reich, à Itália, à Polônia e ao Japão e, no que concerne a esse último, uma imposição de rendição incondicional. Assim consta na declaração: “*Proclamation Defining the Terms for the Japanese Surrender, July 26, 1945 (I) WE — THE PRESIDENT of the United States, the President of the National Government of the Republic of China, and the Prime Minister of Great Britain, representing the hundreds of millions of our country, have conferred and agree that Japan shall be given an opportunity to end this war(...).*”

(6) *There must be eliminated for all time the authority and influence of those who have deceived and misled the people of Japan into embarking on world conquest, for we insist that a new order of peace, security and justice will be impossible until irresponsible militarism is driven from the world.*

(7) *Until such a new order is established and until there is convincing proof that Japan's war making power is destroyed, points in Japanese territory to be designated by the Allies shall be occupied to secure the achievement of the basic objectives we are here setting forth".* THE POTSDAM DECLARATION. Potsdam, July 26, 1945. Disponível em: <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c06.html>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

em 25 de agosto de 1945²⁷⁶, sendo a Carta do Tribunal promulgada em 19 de janeiro de 1946 pelo Comando Supremo das Forças Aliadas, sem inovar no que concerne ao conceito de crimes contra a humanidade se comparado à previsão feita pelo Estatuto de Nuremberg.

A Resolução n° 3(I) adotada na primeira sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de fevereiro de 1946 referiu-se à necessidade de extradição e punição de criminosos de guerra²⁷⁷, reportando-se: às declarações feitas em 1943 pelos Estados Unidos, União Soviética e Inglaterra a propósito das atrocidades inimigas cometidas no curso da guerra; à declaração feita pelos governos aliados em 1942 sobre o mesmo tema²⁷⁸; às leis e costumes de guerra estabelecidos pela Convenção de Haia em 1907; e a definição de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade conforme descrito na Carta do Tribunal Internacional de 8 de agosto de 1945.

Da herança desse corpo normativo, expressaram as Nações Unidas a vontade de que os princípios contidos na Carta de Nuremberg fossem reconhecidos e aplicados universalmente, de modo a que foram adotados em Resolução²⁷⁹ com vistas à formulação de uma codificação das ofensas à paz e à segurança da humanidade ou de um Código Penal Internacional, projeto que à época era regado pela indignação do pós-segunda guerra mundial, especialmente após a

²⁷⁶ No que concerne à rendição do Japão, a Comissão das Nações Unidas recomendou a entrega e punição dos criminosos de guerra: "*War Criminals. Persons charged by the Supreme Commander or appropriate United Nations Agencies with being war criminals, including those charged with having visited cruelties upon United Nations prisoners or other nationals, shall be arrested, tried and, if convicted, punished. Those wanted by another of the United Nations for offenses against its nationals, shall, if not wanted for trial or as witnesses or otherwise by the Supreme Commander, be turned over to the custody of such other nation.*" THE STATE-WAR-NAVY COORDINATING COMMITTEE. Memorandum for the Secretary of State. Washington, D.C., 6 Sep. 1945. Disponível em: <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryo/01/022/022tx.html>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

²⁷⁷ A recomendação final da resolução era no sentido de que os Estados membros e não membros das Nações Unidas tomassem as medidas necessárias para que os responsáveis por crimes de guerra fossem presos e entregues aos países onde esses crimes foram cometidos a fim de lá serem julgados e punidos conforme às leis desses países. NATIONS UNIES. **Resolutions adoptées par l'assemblée générale au cours de sa première session**. Londres, 1946. Disponível em: <<http://www.un.org/french/documents/ga/res/1/fres1.shtml>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

²⁷⁸ Na Conferência dos países aliados, dita *conférence interalliée*, realizada em 13 de janeiro de 1942 em Londres, refere-se à necessidade de uma solidariedade internacional para responder ao sentimento de justiça do mundo civilizado, relembra o direito das gentes previsto pela Convenção de Haia de 1907 e prevê que a violência praticada contra a população civil e pela política de agressão do Reich e de seus aliados deve ser punida pela via de uma justiça organizada. CONFÉRENCE INTERALLIÉE DU 13 JANVIER 1942. Londres, 1942. Disponível em: <<http://mjp.univ-perp.fr/france/fli3.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

²⁷⁹ A Resolução 95(I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 11 de dezembro de 1946, confirmou os princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto da Corte de Nuremberg e por suas decisões, os quais deverão ser conhecidos pela comissão encarregada de criar seja uma codificação geral dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade, seja um Código de Direito Penal Internacional. NATIONS UNIES. *Assemblée générale. Résolution 95(I)*. Londres, 1946. Disponível em: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/95\(I\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/95(I))>. Acesso em: 10 dez. 2016.

descoberta dos campos de exterminação, que suscitaram o sentimento de horror por parte de todas as comunidades humanas²⁸⁰.

A Segunda Guerra Mundial foi, assim, o contexto que trouxe definitivamente a humanidade para a esfera da proteção jurídica internacional. Segundo Catherine Le Bris, essa apreensão definitiva da humanidade pelo direito se dera pela convergência de três fatores. O primeiro, relacionado à generalização do conflito, do que decorre a conclusão de que se a guerra é mundial, a sociedade internacional que dela será produto e seu direito também o são. O segundo fator refere-se à introdução do conceito de humanidade em direito internacional, decorrente dos atos particularmente odiosos perpetrados na guerra, fazendo com que a humanidade fosse definitivamente descoberta a partir do conceito de desumanidade e, portanto, de sua completa negação. Este fator se liga intimamente ao terceiro, o da consciência do gênero humano na sua mortalidade, evidenciada pela guerra atômica²⁸¹. Foi esse mesmo sentimento a força motriz da elaboração da declaração universal dos direitos humanos e a elaboração de convenções internacionais como a do genocídio.

Como frutos das Cartas inaugurais de duas jurisdições internacionais penais e da vontade comum de proteger os povos contra a violação de direitos os mais fundamentais, a VIII Conferência para a unificação do direito penal, realizada em Bruxelas em julho de 1947, recomendou a criação de um Código Penal Internacional e sua inclusão em todos os códigos repressivos nacionais, contendo a previsão de crimes contra a humanidade. No mesmo sentido, a Comissão de direito comum internacional instituída pelo Movimento nacional judiciário francês desenvolveu um Projeto de Convenção internacional sobre os crimes contra a humanidade, acompanhado de um Projeto de Estatuto da Corte Penal Internacional e de um Projeto de Convenção internacional sobre direitos humanos.

No texto da Convenção de Bruxelas, a proposta de definição de crime contra a humanidade descreve-o como sendo o homicídio ou qualquer ato capaz de produzir a morte, cometido em tempo de guerra ou de paz, contra indivíduos ou grupos humanos, em razão de sua raça, de sua nacionalidade, de sua religião ou de suas opiniões²⁸². O texto continha, em realidade, a descrição de crime de genocídio, consistente na prática de atos que intentam a eliminação de um grupo enquanto tal.

²⁸⁰ Para um relato acerca dos trabalhos que se seguiram à Resolução 95(I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, ver: DONNEDIEU DE VABRES, Henry. La codification du droit pénal international. **Revue Internationale de Droit Pénal**. Faculté de droit, Recueil Sirey-Paris, pp. 21-35, 1948.

²⁸¹ LE BRIS, Catherine. **L'humanité saisie par le droit international public**. Paris : LGDJ, 2012, pp. 24-25.

²⁸² GLASER, Stefan. **Droit international pénal conventionnel**. Vol I. Bruxelles : Bruylant, 1970, p. 105.

Apesar do legado das normas internacionais e das leis internas autorizando o julgamento dos crimes perpetrados durante a II Guerra Mundial, bem como dos Tribunais Internacionais de Nuremberg e de Tóquio e das próprias jurisdições nacionais, que acabaram por desencadear essa série de movimentos tendentes a adoção de um regramento comum em matéria de crimes contra a humanidade, esse processo acabou por ser suspenso com o advento da guerra fria, impedindo o desenvolvimento do direito internacional penal durante várias décadas.

Mas foi a força dos fatos, no amanhecer da queda da cortina de ferro, que mais uma vez impulsionou a retomada do seu desenvolvimento com a criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia [TPII] e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR], em decorrência dos conflitos que devastaram esses dois países no início dos anos 1990 e que fizeram milhares de vítimas diretas²⁸³.

O estatuto do TPII foi adotado pela Resolução n° 827 de 25 de maio de 1993 pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, com base no Relatório do Secretário Geral²⁸⁴ que noticiou a grave violação do direito internacional humanitário no território da ex-Iugoslávia desde 1991, constituindo-se em ameaça à paz e à segurança internacionais.

O Relatório não se furta a abordar o princípio *nullum crimen sine lege*, defendendo a posição no sentido de que o Tribunal Internacional deverá aplicar as regras do direito internacional humanitário que façam parte do direito costumeiro, não constituindo empecilho o fato de os Estados não terem aderido a convenções internacionais específicas, compreendido como aspecto do direito internacional humanitário costumeiro que passou a fazer parte do direito internacional convencional o direito aplicado aos conflitos armados previsto pelas Convenções de Genebra de 1949, pelas Convenções de Haia de 1907, pela Convenção para a

²⁸³ Para uma melhor compreensão do conflito ocorrido no território da ex-Iugoslávia, são elucidativas as primeiras decisões rendidas pelo TPII, dentre eles as decisões de primeira instância dos casos Dusko Tadic e do caso Dejnili Delalić. NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic alias «DULE»**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 7 mai 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016; NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnili Delalić, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic et Esad Landzo alias “zenga”**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016; Para a compreensão das raízes do genocídio ruandês, é elucidativa a decisão do caso Akayesu. NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁸⁴ NATIONS UNIES. Conseil de Sécurité. **Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) présenté le 3 mai 1993 (S 25704)**. [s.l.], 1993. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_re808_1993_fr.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016

prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948 e pelo Estatuto de Nuremberg de 1945²⁸⁵.

A instituição da jurisdição internacional nestes termos reforça a tese consagrada em Nuremberg de que em matéria de violações que tocam a humanidade em seu conjunto e que por isso atingem um núcleo de direitos intangíveis que fazem parte das normas de *jus cogens*, o direito internacional convencional é apenas uma formalização de um direito internacional costumeiro previamente existente, versando especialmente sobre normas mínimas de humanidade aceitas por um consenso das Nações.

A herança de Nuremberg é tão marcante que o Acordo de Londres será utilizado como base da conceituação do crime contra a humanidade, incluído dentre as competências materiais do Tribunal. Sua definição vem prevista no artigo 5º do seu estatuto, repetindo a fórmula de Nuremberg no que concerne à previsão de assassinato, exterminação, perseguição por razões políticas, raciais ou religiosas e prática de outros atos desumanos, substituindo a expressão deportação por expulsão²⁸⁶, e acrescentando as figuras de aprisionamento, tortura e estupro²⁸⁷.

O artigo 5º também especifica a necessidade de que os crimes sejam dirigidos contra uma população civil e cometidos no curso de um conflito armado, de caráter internacional ou interno, inspirando-se na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, especificamente no que pertine ao caso Nicarágua contra Estados Unidos da América, ocasião em que a Corte tece considerações acerca de considerações mínimas de humanidade que não podem ser violadas nem mesmo no curso de uma guerra, confirmando que esses princípios fazem parte do direito internacional inspiradores das convenções internacionais de direito humanitário²⁸⁸.

Ao apresentar a proposta de redação aos crimes contra a humanidade, o relatório do Secretário Geral das Nações Unidas a eles se refere como sendo os crimes que designam atos

²⁸⁵ NATIONS UNIES. Conseil de Sécurité. **Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) présenté le 3 mai 1993 (S 25704)**. [s.l.], 1993, §§ 35 e 36. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_re808_1993_fr.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

²⁸⁶ Para o Estatuto escrito em francês, a palavra utilizada é *expulsion*, no lugar de *déportation*, enquanto na versão de língua inglesa, utiliza-se a expressão *déportation*. O mesmo irá ocorrer no Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda.

²⁸⁷ Article 5. *Crimes against humanity. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e) imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts*. NATIONS UNIES. Conseil de Sécurité. **Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) présenté le 3 mai 1993 (S 25704)**. [s.l.], 1993. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_re808_1993_fr.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

²⁸⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)**. Arrêt du 27 juin 1986. C.I.J. Recueil 1986, p. 114.

desumanos de extrema gravidade²⁸⁹, mencionando a ocorrência de homicídios em massa, torturas, estupros, destruição de bens, prisões arbitrárias, além de indícios da colocação em prática de um plano de limpeza étnica.

Essa possível limpeza étnica que se teria produzido ao longo do conflito, e que será mais tarde objeto de acirrada discussão jurisprudencial, dá ensejo à previsão do crime de genocídio no artigo 4º do estatuto, repetindo os termos da Convenção Internacional para a prevenção e a punição do crime de genocídio de 1948 e com isto ingressando pela primeira vez na seara do direito internacional penal, porquanto até então seus contornos vinham definidos na Convenção Internacional para a Prevenção e a Punição do Genocídio, sem a respectiva previsão de uma pena de natureza criminal.

Da leitura de seu texto, entende-se por genocídio a prática de atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, para tanto cometendo contra seus membros: homicídio, ofensa grave à integridade física ou mental, submissão a condições de existência que leve à sua destruição física total ou parcial, medidas visando impedir nascimentos no seio do grupo ou transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

A partir de então sua tipificação pelo direito internacional convencional seguirá o mesmo padrão conceitual, incumbindo posteriormente à jurisprudência a lapidação de seus contornos.

Em um contexto temporal semelhante entrou em vigor o Estatuto do Tribunal Internacional Penal para Ruanda, com a finalidade de julgar os crimes em massa cometidos no território do país de abril a julho de 1994²⁹⁰. A jurisdição teve seu ato inaugural a partir de um anexo da Resolução 955 (1994) adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, e com

²⁸⁹ NATIONS UNIES. Conseil de Sécurité. **Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) présenté le 3 mai 1993 (S 25704)**. [s.l.], 1993, §48. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_re808_1993_fr.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

²⁹⁰ Segundo o Relatório, 800.000 pessoas foram massacradas em Ruanda por ocasião do genocídio de 1994, em um contexto de *carnificina* em que homens, mulheres e crianças foram vitimados, em um dos *eventos mais abomináveis que mancharão para sempre o século XX na memória dos homens*, em que *ruandeses mataram ruandeses, dizimando com ferocidade a população tutsi do país* e em que *atrocidades inqualificáveis foram cometidas*. NATIONS UNIES. Conseil de Sécurité. **Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur les actions de l'Organisation des Nations Unies lors du Génocide de 1994 au Rwanda**. S/1999/1257. New York, 1999. Disponível em: <<http://undocs.org/fr/S/1999/1257>>. Acesso em: 19 dez. 2016. A crise que provocou o genocídio de 1994 tem origens profundas na sociedade Ruandesa, dividida entre as etnias Hutu e Tutsi e que se fissura ainda mais gravemente com o processo de independência, pois com o advento da República, em 1960, a maioria Tutsi assume o poder e dá início a uma política de segregação que tem continuidade com o golpe de Estado de Juvenal Habyarimana, em 1973. Com a organização da rebelião armada *Front patriotique Rwandais* que inicia a guerra civil em 1990 e a morte por acidente de avião do Presidente Juvenal, logo após as negociações do Acordo de Arusha, que colocaria fim à guerra civil, tem início o processo genocidário, a partir das ordens dadas pelo governo de dizimar os membros da Frente Patriótica Ruandesa e, em seguida, de matar todos os membros da etnia Tutsi que se encontrassem no interior do país.

fundamento nos Relatórios do Secretário Geral²⁹¹ e do Relator Especial para Ruanda da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas²⁹².

O texto do artigo 3º do estatuto²⁹³, ao definir o crime contra a humanidade, aproxima-se do artigo 5º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, mantendo as mesmas condutas típicas (homicídio, extermínio, redução à escravidão, expulsão, aprisionamento, tortura, estupro, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos e outros atos desumanos), bem como a necessidade de um ataque contra população civil, explicitando que este ataque deve ser parte de um plano sistemático ou generalizado implementado por razões de nacionalidade, política, etnia, raça ou religião e deixando de mencionar a exigência de um conflito armado interno ou internacional. O mesmo ocorre quanto ao genocídio, previsto no seu artigo 2.

Embora ambos os estatutos inaugurais, tanto do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia²⁹⁴ quanto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda²⁹⁵, mencionem como fundamento de sua criação a violação grave ao direito humanitário, o que analisado de forma estrita configuraria única e exclusivamente a violação das leis e costumes de guerra, o fato é que essas Cortes foram criadas com fundamento no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas²⁹⁶,

²⁹¹ NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Rapport du secrétaire général sur la constitution d'une commission d'experts conformément au paragraphe 1 de la résolution 935 (1994) du Conseil de Sécurité en date du 1er Juillet.** (S/1994/879). [s.l.], 1994. Disponível em: <http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/1994/879>. Acesso em: 20 dez. 2016; NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Lettre datée du 29 juillet 1994, adressée par le secrétaire général au président du Conseil de Sécurité.** (S/1994/906). [s.l.], 1994. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/310/43/PDF/N9431043.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

²⁹² NATIONS UNIES. Assemblée générale ; Conseil de sécurité. **Questions relatives aux droits de l'homme : situations relatives aux droits de l'homme et rapports des rapporteurs et représentants spéciaux.** (S/1994/1157). New York, 1994. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/398/85/PDF/N9439885.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

²⁹³ *Article 3: Crimes against Humanity. The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation; (e) Imprisonment; (f) Torture; (g) Rape; (h) Persecutions on political, racial and religious grounds; (i) Other inhumane acts.* UNITED NATIONS. **Statute of the International Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

²⁹⁴ *Article premier. Compétence du Tribunal international. Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, conformément aux dispositions du présent statut.* NATIONS UNIES. **Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.** Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

²⁹⁵ *Article premier. Compétence du Tribunal international. Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, conformément aux dispositions du présent statut.* UNITED NATIONS. **Statute of the International Tribunal for Rwanda.** Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

²⁹⁶ Resolução nº 827/1993 e Resolução nº 955/1994, ambas do Conselho de Segurança das Nações Unidas. NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Resolution 827 (1993).** (S/RES/827) [s.l.], 1993. Disponível em:

significando que os crimes que ensejaram sua criação configuravam potencialmente uma ameaça à paz e à segurança internacionais, conferindo-lhes, portanto, um caráter de violação em âmbito que ultrapassa os limites internos de um Estado.

Embora nenhum dos dois estatutos refira-se a esses crimes como sendo violações a direitos universais, o potencial ofensivo de lesões dessa natureza, tanto por sua extensão quanto pela sua gravidade intrínseca, demonstra a sua potencialidade de ameaça à paz e à segurança em nível mundial. Essa preocupação da sociedade internacional com a amplitude das violações se infere do conteúdo dos relatórios apresentados no seio das Nações Unidas²⁹⁷, que denunciam de forma reiterada o massivo e agudo grau de sofrimento por que passaram as populações que foram vítimas diretas e indiretas dos massacres.

Esse é um novo aporte trazido por esses dois Tribunais, hábil a auxiliar na interpretação do conteúdo dos valores protegidos pela previsão dos crimes contra a humanidade e que em uma fase posterior irá propiciar a inserção de outras condutas proibidas no seio de seu conceito. Esse conteúdo dos valores advém da possibilidade que essas ofensas têm de afetar o sentimento de humanidade presente nos membros da comunidade internacional, traduzidos pela expressão paz e segurança contida no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas²⁹⁸, significando que independentemente de uma vinculação espacial e de elos de nacionalidade ou de etnia que os liguem com as vítimas dos crimes, os demais seres humanos se sentem de alguma forma atingidos pelo grau massivo e pela crueldade empregada nas ofensas.

Esses dois estatutos são um marco na fase de identificação casuística das condutas proibidas, iniciada em um período de absoluto vazio do direito internacional convencional em matéria de definição dos crimes contra a humanidade e do genocídio, seguida por um longo

<http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_827_1993_fr.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2017; NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Resolution 955 (1994)**. (S/RES/955). [s.l.], 1994. Disponível em: <http://www.unmict.org/specials/ictv-remembers/docs/res955-1994_fr.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2017.

²⁹⁷ Para a situação da ex-Iugoslávia: NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Rapport du Secrétaire Général sur la Constitution d'une Commission d'experts conformément au paragraphe 2 de la Résolution 780 (1992) du Conseil de Sécurité**. (S/24657), [s.l.], 1992. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/24657>. Acesso em: 10 jan. 2017; NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Lettre datée du 9 février 1993, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le Secrétaire Général et annexe I Rapport Intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780 (1992) du Conseil de Sécurité**. (S/25274), [s.l.] 1993. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/25274>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Para a situação de Ruanda: Rapport du Secrétaire General sur la Constitution d'une Commission d'experts conformément au paragraphe 1 de la Résolution 935 (1994) du Conseil de Sécurité, S/1994/879, 26 juillet 1994 ; Lettre datée du 29 juillet 1994, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le Secrétaire Général, S/1994/906 ; Lettre datée du 1^{er} octobre 1994, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le Secrétaire Général, S/1994/1125 et annexe Rapport préliminaire de la commission d'experts indépendants établie conformément à la Résolution 935 (1994) du Conseil de Sécurité.

²⁹⁸ « *Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agression* ». NATIONS UNIES. Charte des Nations Unies. San Francisco, le 26 juin 1945. Chapitre VII (Articles 39-51). Disponível em: <<http://www.un.org/fr/charter-united-nations/>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

período de observação sem que houvesse consenso acerca da definição desses crimes e tampouco acerca de sua completude, finalizando-se com a existência de dois estatutos que chegam a um relativo consenso.

Nesse período, que vai de 1945 a 1994, o direito internacional penal utilizou-se de uma metodologia empírica, construindo o conceito de crime contra a humanidade por meio de um exercício de exemplificação retirado dos fatos, sem que uma discussão profunda sobre o seu conteúdo fosse realizada preliminarmente à normatização. O mesmo se aplica ao crime de genocídio, embora esse período de observação restrinja-se mais particularmente ao período da colocação em prática do plano de exterminação do povo judeu e dos opositores do governo nazista.

Chega-se ao final dessa fase com a construção de uma espécie de consonância, no sentido de que, por um lado, ainda que seja insuficiente o conteúdo jurídico desses crimes, incapaz de albergar todas as crueldades de que a natureza humana ainda será capaz, por outro lado, todos os atos inseridos nesse conteúdo não deixam de se constituir em graves violações à humanidade.

É a partir desse consenso que todas essas descrições, à exceção de algumas particularidades relacionadas a Tribunais Híbridos criados para julgar conflitos específicos, passam a se repetir nos regramentos que lhe sucedem, dando lugar ao nascimento de uma nova fase de edificação do conceito de grave violação à humanidade, em que se avança, confirmando-se a construção feita pela fase antecedente, acrescentando-se um conteúdo mais completo ao conceito de forma a sedimentá-lo.

Do contexto temporal que se estende da instauração do Tribunal Internacional de Nuremberg ao Tribunal Penal Internacional de Ruanda, o conceito de grave violação à humanidade que se infere do conteúdo normativo especificamente dos crimes contra a humanidade²⁹⁹ consiste na concretização de um plano de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil.

Esse ataque ou destruição são consumados pelo cometimento de atos como o homicídio ou a exterminação, pela prática de ofensas graves à integridade física e mental ou pela realização de medidas que submetam um grupo a condições de existência tão precárias que inevitavelmente as levará à morte, por tortura, por estupro, por redução à escravidão, pela

²⁹⁹ O crime de genocídio resumir-se-á na destruição total ou parcial de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, mas sua definição merece ser melhor estudada enquanto construção do direito internacional dos direitos humanos, porquanto sua fonte primária é a Convenção Internacional para a prevenção e a punição do genocídio.

prática de perseguições sistemáticas, por prisões arbitrárias, por expulsão, por atos destinados a impedir a continuidade do grupo visado, tais como o impedimento de nascimentos ou a transferência forçada de crianças e, por fim, pelo cometimento de atos desumanos de gravidade comparável.

Passada a fase inicial de identificação um tanto quanto rudimentar dos contornos dos crimes contra a humanidade especialmente, tem início a fase de sedimentação, quando um determinado número de normas internacionais passa a ser capaz de, ainda que por meio de exemplos, abranger um conteúdo mais completo. Essa sedimentação é verificada a partir do momento em que o próprio conteúdo do crime e das condutas que o compõem passa a se repetir nas convenções internacionais de direito penal que se sucedem, em um movimento de confirmação.

Em um plano de lapidação do conceito, mas sincronicamente em termos cronológicos, irá paralelamente encontrar-se a construção jurisprudencial, a que se confia tanto a missão de julgar os perpetradores pelas violações quanto a de interpretar o teor dessas convenções, aspecto que lhe confere um papel de protagonista na criação de categorias jurídicas que passam a compor a definição desses crimes.

É, portanto, com a adoção do Estatuto de Roma que se inaugura essa segunda fase de construção convencional, seguida da elaboração de estatutos inaugurais de Tribunais Penais Mistos e das tratativas de adoção de uma convenção internacional sobre a prevenção e a repressão dos crimes contra a humanidade, de forma a efetivamente corroborar o conteúdo de grave violação à humanidade na medida em que as condutas proibidas passam a se reiterar na grande maioria dos textos que se reportam aos crimes contra a humanidade, utilizando-se da herança elaborada na fase anterior.

Ao mesmo tempo, essa nova fase significa um avanço relativamente ao período anterior e essa evolução se faz sentir precisamente com a entrada em cena do Estatuto de Roma, no aspecto em que cria uma jurisdição internacional penal permanente e cujo artigo 7 prevê algumas diferenciações comparativamente aos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* que lhe antecederam, em uma demonstração de evolução do direito internacional penal, por duas razões principais, uma relacionada com a sua apropriação com o passado e outra referente à sua projeção para o futuro.

No que diz respeito à sua apropriação com o passado, o Estatuto de Roma utilizou-se integralmente do edifício erguido por meio das convenções internacionais anteriores, fazendo constar no conceito de crime contra a humanidade todas as condutas anteriormente previstas

por elas, legitimando o processo de identificação de violações concebido pela fase anterior. A mesma premissa se aplica no que toca à definição do crime de genocídio.

Com relação à sua projeção com o futuro, o Estatuto de Roma, acrescentando outras condutas à definição especificamente de crime contra a humanidade, influenciou os regramentos que a ele se seguiram, criando um novo padrão, mais completo e exaustivo, sobre o seu conceito, não mais espelhado unicamente na observação dos fatos, mas também em discussões jurídicas que possibilitaram um conhecimento mais profundo do seu conteúdo e, nesse sentido, auxiliando na elaboração de uma escala de valores prévia determinante à classificação dos crimes como sendo ou não contra a humanidade, a depender da universalidade ou da relatividade desses valores. É nesse sentido que o marco do Estatuto de Roma, enquanto sedimentador dos elementos desses crimes, servirá de parâmetro para a identificação dos valores protegidos.

Primeiramente, confirma-se a inexigência de que os crimes contra a humanidade sejam cometidos no curso de um conflito armado, desligando-se definitivamente da tradição relacionada ao seu surgimento que os conectava aos crimes de guerra.

Nesse sentido, a previsão de crime contra a humanidade manteve como atos de execução as condutas típicas de homicídio, extermínio, escravidão e tortura; manteve a deportação ou expulsão, acrescentando a transferência forçada de população; manteve a prisão, acrescentando toda forma de privação de liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional. Com relação ao estupro, o estatuto elaborou uma concepção mais ampla, utilizando a expressão agressão sexual, acrescentando as condutas escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada e esterilização forçada, seguida de uma fórmula genérica que equipara à agressão todo tipo de violência sexual de gravidade equiparada, elevando, assim, a liberdade sexual como um todo a um valor universal, ampliação essa que se deveu em grande parte à construção jurisprudencial dos tribunais internacionais que lhe antecederam³⁰⁰.

O Estatuto manteve a conduta típica outros atos desumanos, definindo-os como aqueles capazes de causar grande sofrimento ou de afetar gravemente a integridade física ou mental da vítima, com o que se revela o direito universal à dignidade e ao não-sofrimento de uma forma ampla. À perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, foram acrescentados

³⁰⁰ Em especial, o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia do *affaire Kunarac*. NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

os critérios de nacionalidade, de etnia, de cultura e de gênero, além de um critério aberto relacionado ao direito internacional costumeiro³⁰¹, declarando a existência de um critério de discriminação amplo desde que universalmente reconhecido como inaceitável.

Por fim, foram incluídos como crime contra a humanidade o desaparecimento forçado de pessoas e o crime de *apartheid*, o que bem demonstra a influência do direito internacional dos direitos humanos sobre o direito internacional penal, porquanto o Estatuto de Roma criminalizou as violações identificadas na Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Repressão do Crime de Apartheid, de 1973³⁰², e na Declaração das Nações Unidas sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados³⁰³, adotada após a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994.

A construção jurídica tecida no corpo do estatuto mediante a ampliação dos atos de execução que se traduzem em crime contra a humanidade, desde que praticados em um quadro de massacre a uma população, demonstra que o direito internacional penal identificou a partir de então um catálogo mais amplo de valores a proteger por meio da sua proibição. Esses valores se concretizam na salvaguarda do direito à vida, à integridade física, à liberdade, inclusive à liberdade sexual, à não-discriminação e ao tratamento digno, traduzido em direito ao não-tratamento desumano ou degradante.

Além da identificação de valores a proteger universalmente contidos nas proibições, o preâmbulo do Estatuto de Roma traz uma reflexão que demonstra o pensamento que dominava os espíritos que tinham por intuito a criação de uma Corte Penal Internacional, especialmente no que tange ao cerne do propósito de julgar os responsáveis por crimes de massa.

Se de um lado o preâmbulo de um tratado internacional não possui caráter obrigatório³⁰⁴, suas cláusulas podem ser revestidas de imperatividade na hipótese de conterem regras semelhantes às descritas no corpo do próprio tratado ou servirem de fonte de

³⁰¹ Artigo 7º, 1, *h*. Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal. ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Roma, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

³⁰² REBUT, Didier. **Droit pénal international**. Paris : Dalloz, 2012, p. 581.

³⁰³ NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Résolution adoptée par l'assemblée générale [sur] le rapport de la Troisième Commission (A/47/678/Add.2)** : Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. (A/RES/47/133). New York, 1993. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/133>. Acesso em: 16 jan. 2017.

³⁰⁴ DAILLIER, Patrick ; FORTEAU, Mathias ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris : LGDJ, 2009, pp. 146-147.

interpretação, conforme dispõe a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, no seu artigo 31³⁰⁵.

Com essa acepção, o preâmbulo traz assim indícios do que se tem em consideração para que um crime seja considerado uma violação a direitos universais e que, por isso, não importando onde e contra quem sejam praticados, representam uma violação a valores mínimos de todas as culturas, concernidos, portanto, a um núcleo duro de direitos pertencente ao direito das gentes, a lhes conferir o caráter de *jus cogens*.

Nesse sentido, a partir da referência aos elos que unem os povos e ao pertencimento de sua cultura a um patrimônio comum, tem-se que a ofensa ao conjunto da humanidade resulta da ofensa a esses elos estreitos³⁰⁶. Essa é uma premissa da configuração de ofensa a valores universais, consistente na violação dos poucos valores comuns, por isso qualificados como um núcleo duro de valores, que servem para conectar todos os povos e que justamente por serem reduzidos são extremamente delicados.

Esses elos são rompidos quando valores subjacentes ao direito à vida, à liberdade, à integridade física, à liberdade sexual, à não-discriminação e ao não-tratamento desumano são violados por meio do que o preâmbulo nomeia prática de atrocidades revoltantes que, se antes não estavam previstas pelo direito, assim o era porque se tratam de crimes tão atrozos que desafiam a imaginação, já por isto lesando profundamente a consciência humana. Nesse aspecto, o texto insiste sobre a amplitude que a violação porta à sensibilidade de todos os seres humanos³⁰⁷. O caráter de atrocidade da violação a esses valores advém, por sua vez, de seu grau de massividade, daí a exigência de um ataque (generalizado ou sistemático) à população civil para que um crime contra a humanidade se configure.

Reconhecendo, assim como o fizeram os estatutos anteriores, que essas ofensas afetam a paz, a segurança e também o bem-estar do mundo, afirma-se que esses crimes são os mais

³⁰⁵ « Article 31. Règle générale d'interprétation. [...] 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes [...] ». NATIONS UNIES. **Convention de Vienne sur le droit des traités**. Vienne, le 23 mai 1969.

³⁰⁶ « Préambule du Statut de Rome : Les États Parties au présent Statut, Conscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun, et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment, [...] ». STATUT DE ROME DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Roma, 1998. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

³⁰⁷ DAVID, Eric. Commentaire du Statut de Rome (Préambule). In : FERNANDEZ, Julien ; PACREAU, Xavier. (Dir.) **Statut de Rome de La Cour pénale internationale**. Commentaire article par article. Tome I. Paris : Pédone, 2012. pp. 305.

graves e que por isso tocam o conjunto da comunidade internacional, motivo porque sua repressão deve ser assegurada, tanto em plano nacional quanto em plano internacional³⁰⁸.

Com vistas a assegurar essa repressão, o objetivo inicial do Estatuto de Roma foi o estabelecer uma instituição de caráter permanente que, de um lado, evitasse a criação de jurisdições especiais a cada superveniência de crimes de massa, tal como ocorreu na Segunda Guerra Mundial ou com os conflitos da ex-Iugoslávia e de Ruanda, em que as jurisdições nacionais não se mostraram capazes de, sozinhas, levar a termo a obrigação de punir os responsáveis pelas violações e que, de outro lado, fosse capaz de dissuadir a superveniência de novas violações, objetivo esse muito mais teórico do que prático na medida em que se sabe que um país que sai de um conflito que deixa para trás vítimas de genocídio e de crimes contra a humanidade tem muito menos a preocupação de prevenir a repetição de comportamentos do que restabelecer um pouco de ordem a uma sociedade fissurada e apaziguar pessoas em estado de extremo trauma³⁰⁹ – objetivo que, em geral, consegue cumprir de forma precária e somente a médio e longo prazos, tamanha a amplitude das consequências advindas da prática de crimes dessa natureza.

Se o amanhecer da instalação da Corte Penal Internacional já a fez parecer o ápice da justiça internacional penal, essa realidade se transformou diante de seus próprios limites e também dos próprios limites das jurisdições nacionais, impulsionando o advento de uma série de jurisdições nem internacionais nem nacionais, mas híbridas, ditas internacionalizadas.

Em alguns casos, pela própria conformação da competência temporal do Estatuto de Roma, o julgamento de determinados crimes internacionais pelo Tribunal Penal Internacional não seria possível, como é o caso dos crimes cometidos no Camboja durante a ditadura de Pol Pot, ocorridos entre 1975 e 1979, ou de Serra Leoa, que ratificou o Estatuto do TPI em setembro de 2000, posteriormente a 1996, quando ocorreram os fatos que deram ensejo à criação da jurisdição híbrida. Por outro lado, o movimento impulsionado pela criação de uma justiça internacional permanente, de uma nova cultura de julgamento de graves violações e de fim de

³⁰⁸ « *Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale [...]* ». STATUT DE ROME DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Roma, 1998. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

³⁰⁹ Sobre os problemas pós-traumáticos e as tensões psicológicas profundas das vítimas sobreviventes, ver decisão da I Câmara do Tribunal Penal Internacional para Ruanda no julgamento do caso Akayesu. NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998, §143. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

impunidade para esses crimes, mas que por outro lado não estavam englobados pela competência temporal dessa nova jurisdição, foi decisivo para a criação das jurisdições híbridas.

No entanto, a justiça internacional penal que, com o Estatuto de Roma, supunha-se, passaria a ser preventiva, retoma seu *standard* de justiça reativa, em um processo que teve lugar em diversos Estados, instaurada sob medida para julgar o passado, seja longo tempo após o fim das violações (como é o caso do Camboja), seja imediatamente após o seu fim, a partir de procedimentos de negociação firmados entre as Nações Unidas e as autoridades dos respectivos Estados envolvidos.

As jurisdições híbridas criadas sucessivamente não se afastaram do teor das previsões do Estatuto de Roma, em seguimento à dinâmica de sedimentação dos conceitos de crime contra a humanidade e de genocídio, embora dele se distingam pelo fato de terem surgido para julgar crimes já cometidos, porquanto nascidas com propósitos específicos e com competência territorial, material e temporal limitadas. Três delas já tiveram suas atividades encerradas, como é o caso das Câmaras Especiais dos Tribunais do Timor Leste, Kosovo e a Corte Especial para Serra Leoa, encontrando-se atualmente em atividade ou no limiar da entrada em atividade o Tribunal Especial para o Líbano, as Câmaras Extraordinárias dos Tribunais do Camboja, as Câmaras Africanas Extraordinárias no Senegal, a Corte Especial para a República Centro-Africana e as novas Câmaras Especiais para o Kosovo.

As Câmaras Especiais dos Tribunais do Timor Leste foram criadas pela Resolução n° 1410/2002 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, no intuito de julgar os graves crimes cometidos no país no ano de 1999, apesar de as violações de direitos humanos da população local terem começado a ocorrer muitos anos antes.

Após a invasão do Timor Leste pela Indonésia em 1975, crimes como tortura, desaparecimentos forçados, confiscações de terras de migrantes, sequestros, casamentos forçados, esterilizações forçadas, além de massacres periódicos da população, foram praticados de forma sistemática pelas Forças Armadas indonésias sem que houvesse uma real preocupação da comunidade internacional³¹⁰, quadro que se modifica em 1998 com a chegada do novo Presidente indonésio, que concorda com a realização de uma consulta popular no Timor Leste a respeito de sua autodeterminação, mediante a supervisão das Nações Unidas. Em desacordo

³¹⁰ REIGER, Caitlin; WIERDA, Marieke. **The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect.** New York: International Center for Transitional Justice, 2006. Disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

com essa política, o exército da Indonésia inicia uma campanha ainda mais violenta de abuso aos direitos humanos contra a população³¹¹.

Diante do agravamento do quadro de violações a direitos fundamentais, nesse mesmo contexto, sob os auspícios da administração transitória do Timor Leste pelas Nações Unidas (UNTAET ou ATNUTO), iniciou-se uma política de transição no país, compreendendo-se o processo de punição dos crimes de massa cometidos, a começar pela realização de investigações que tiveram lugar na então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e que culminaram com a implantação das Câmaras Especiais, cujo funcionamento consistiu na composição de painéis especiais e de uma Corte de Apelação, ambos compostos tanto por juízes nacionais quanto por juízes internacionais, assim como por procuradores internacionais³¹².

Nesse sentido, por meio dos Regulamentos n° 2000/11³¹³ e n° 2000/15³¹⁴, as Câmaras Especiais foram criadas, com competência para julgar o que esses regulamentos denominaram crimes graves, figurando como tais crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade, tortura, homicídio e ofensas sexuais, sendo os dois primeiros definidos conforme a disposição do Estatuto de Roma, a tortura reportada às disposições da Convenção Internacional contra a Tortura e os demais relacionados ao conteúdo do direito interno. Muito embora a previsão de possibilidade de utilização do direito nacional, a importância da influência do direito internacional sobre as Cortes irá se refletir sobremaneira na sua jurisprudência, haja vista a utilização constante das decisões especialmente do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, bem como do direito convencional dos direitos humanos.

Apesar das previsões atinentes ao julgamento de crimes de guerra e de crimes de genocídio, como demonstrará a sua construção jurisprudencial, as Câmaras Especiais irão julgar apenas os responsáveis por crimes contra a humanidade ou pela prática de outros crimes previstos na legislação nacional timorense, isto em razão da existência de certo consenso no que diz respeito ao fato de que no ano de 1999 existiu efetivamente um plano sistemático de

³¹¹ GOY, Raymond. L'indépendance du Timor oriental. *Annuaire français de droit international*. Vol. 45, n. 1, 1999, pp. 215-217.

³¹² NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. Aux S/RES/1272, 22 octobre 1999, création d'une Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental. Disponível em: <<http://www.un.org/fr/peacekeeping/missions/past/atnuto/Rs.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³¹³ NATIONS UNIES. Administration Transitoire de Nations Unies au Timor Oriental. **Regulation n. 2000/11 on the organization of courts in East Timor**. UNTAET/REG/2000/11, 6 March 2000. Disponível em: <<https://peacekeeping.un.org/mission/past/etimor/untaetR/Reg11.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³¹⁴ NATIONS UNIES. Administration Transitoire de Nations Unies au Timor Oriental. **Regulation n. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences**. UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

ataque contra a população civil, muito mais do que sobre a existência de um verdadeiro conflito armado, que configuraria crime de guerra, ou de uma intenção geral de exterminar um grupo específico, requisito indispensável para a configuração do crime de genocídio.

Por seu turno, a guerra do Kosovo, ocorrida entre 1998 e 1999, dará origem à criação de duas jurisdições híbridas, a primeira delas criada logo após o fim do conflito, em atenção às demandas efetuadas pela Missão de Administração Provisória das Nações Unidas no Kosovo (UNMIK), que tinha, dentre outros propósitos, punir os responsáveis pelos crimes cometidos, com o auxílio de juízes internacionais que atuariam em conjunto com juízes nacionais nos tribunais já existentes no país, como uma forma de reforçar o sistema judiciário interno, assegurar a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário e da administração da justiça³¹⁵.

Esses painéis tiveram ensejo na Resolução n° 1244/99³¹⁶ do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nomeando o conflito como sendo uma tragédia humanitária³¹⁷ e autorizando a posterior adoção do Regulamento 2000/64 da UNMIK, que regula a constituição dos painéis, garantindo a participação de juízes e procuradores internacionais³¹⁸.

Essa jurisdição teve pouca efetividade, apesar da previsão de que deveria trabalhar em colaboração com o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, sendo posteriormente transferida para a EULEX, em acórdância à Lei n° 03/L-053³¹⁹, com fundamento no ato de 13

³¹⁵ UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 1244 (1999)**. New York, 1999. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 jan. 2017; UNITED NATIONS. Security Council. **Report of the Secretary-general on the United Nations interim administration mission in Kosovo**. (S/1999/779). New York, 1999. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1999/779>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³¹⁶ “10. Authorizes the Secretary-General, with the assistance of relevant international organizations, to establish an international civil presence in Kosovo in order to provide an interim administration for Kosovo under which the people of Kosovo can enjoy substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia, and which will provide transitional administration while establishing and overseeing the development of provisional democratic self-governing institutions to ensure conditions for a peaceful and normal life for all inhabitants of Kosovo; [...]”. NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Resolution 1244 (1999)**. New York, 10 June 1999. Disponível em: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244\(1999\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244(1999))>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³¹⁷ “Determined to resolve the grave humanitarian situation in Kosovo, Federal Republic of Yugoslavia, and to provide for the safe and free return of all refugees and displaced persons to their homes [...]”. UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 1244 (1999)**. New York, 1999. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

³¹⁸ [...] 2.1 Upon approval of the Special Representative of the Secretary-General in accordance with section 1 above, the Department of Judicial Affairs shall expeditiously designate: (a) an international prosecutor, (b) an international investigating judge, and/or (c) a panel composed only of three (3) judges, including at least two international judges, of which one shall be the presiding judge, as required by the particular stage at which the criminal proceeding has reached in a case. UNITED NATIONS. **United Nations Interim Administration Mission in Kosovo**. UNMIK/REG/2000/64, [s.l.], 2000. Disponível em: <<http://www.unmikonline.org/regulations/2000/reg64-00.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

³¹⁹ REPUBLIC OF KOSOVO. **Law n. 03/L-053 on the jurisdiction, case selection and case allocations of eulex judges and prosecutors in Kosovo**. Assembly of the Republic of Kosovo, 13 March 2008. Disponível em: <<http://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/03-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

de março de 2008 da Assembleia que autodeclarou a independência do Kosovo³²⁰. A transferência de jurisdição fora realizada ainda sob o amparo da Resolução nº 1244/99 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a partir das recomendações contidas no Relatório do Secretário Geral, datado de 24 de novembro de 2008³²¹.

Por sua vez, a Corte Especial para Serra Leoa foi criada pela Resolução 1315/2000 do Conselho de Segurança das Nações Unidas para julgar as graves ofensas ao direito internacional ocorridas no território daquele país formalmente a partir de 30 de novembro de 1996, embora o contexto sistemático de violações tenha se iniciado em 1991, fruto de um conflito que se agrava com a guerra civil da Libéria.

Além das violações ao direito internacional humanitário e às Convenções de Genebra, previstos nos artigos 3 e 4 do seu Estatuto, o artigo 2 define o conceito de crime contra a humanidade de forma muito semelhante à previsão contida no Estatuto de Roma, conceituando-o como um ataque sistemático e generalizado contra população civil cometido sob a forma de homicídio, exterminação, escravidão, deportação, prisão, tortura, estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada e outras formas de violência sexual, perseguição por motivos políticos, raciais, étnicos ou religiosos e outros atos desumanos³²². O seu estatuto ainda prevê crimes cometidos em violação ao direito doméstico, tais como ofensas relacionadas com abusos de meninas em desacordo com a previsão feita pelo Ato de Prevenção de crueldade contra criança e prevê, para todos os crimes, a responsabilidade de menores de dezoito anos, tendo sido a maioria penal fixada em quinze anos de idade, por força do que dispõe o seu artigo 7º³²³, não se reportando, finalmente, ao genocídio em razão das particularidades do conflito que deram ensejo à jurisdição.

³²⁰ O'KEEFE, Roger. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 378-380.

³²¹ UNITED NATIONS. Security Council. **Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo**. S/2008/692. [s.l.], 24 November 2008, §51. Disponível em: <<https://undocs.org/S/2008/692>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

³²² *Article 2 Crimes against humanity* The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following crimes as part of a widespread or systematic attack against any civilian population: a. Murder; b. Extermination; c. Enslavement; d. Deportation; e. Imprisonment; f. Torture; g. Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy and any other form of sexual violence; h. Persecution on political, racial, ethnic or religious grounds; i. Other inhumane acts. UNITES NATIONS. **Statute of the Special Court for Sierra Leone**. [s.l.], 2000. Disponível em: <<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

³²³ *Article 7 Jurisdiction over persons of 15 years of age 1. The Special Court shall have no jurisdiction over any person who was under the age of 15 at the time of the alleged commission of the crime. Should any person who was at the time of the alleged commission of the crime between 15 and 18 years of age come before the Court, he or she shall be treated with dignity and a sense of worth, taking into account his or her young age and the desirability of promoting his or her rehabilitation, reintegration into and assumption of a constructive role in society, and in accordance with international human rights standards, in particular the rights of the child.* UNITED NATIONS. **Statute of the Special Court for Sierra Leone**. [s.l.], 2000. Disponível em: <<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

O Tribunal Especial para o Líbano, criado especialmente para julgar os acusados pelo atentado ocorrido em 14 de fevereiro de 2005, cuja principal vítima fora o Primeiro Ministro Libanês, teve como ato inaugural a Resolução 1757 do Conselho de Segurança das Nações Unidas de 30 de maio de 2007, fruto de um acordo entre as Nações Unidas e a República Libanesa³²⁴.

No que pertine ao aspecto material, o Estatuto não aporta contribuições à construção do conceito de crime contra a humanidade, porquanto restringe sua competência a fatos específicos que classifica *a priori* como atentados terroristas, sem, no entanto, justificar, pormenorizar ou definir a natureza desses atos. De plano, no entanto, a criação de uma jurisdição penal de natureza híbrida com competência para julgar crime de terrorismo reabre a discussão acerca de sua natureza enquanto crime internacional, debate que cindiu os trabalhos preparatórios do Estatuto de Roma³²⁵ e que ainda foi objeto de proposições de modificação do estatuto por ocasião de sua conferência de revisão³²⁶.

Apesar de o Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano ser muito mais dotado de regras de procedimento, seu artigo 16 contém a norma geral de proibição de concessão de anistia pelo direito doméstico, a qual, se concedida, de qualquer forma não impõe obstáculo ao exercício da ação³²⁷, o que aproxima o crime de terrorismo, de competência do Tribunal, dos crimes internacionais, como é o caso do crime contra a humanidade.

As Câmaras Extraordinárias no seio dos Tribunais do Camboja foram criadas pela Resolução 57/228 de 18 de dezembro de 2002 da Assembleia das Nações Unidas, trazendo desde os textos iniciais a menção às graves violações ao direito nacional e ao direito internacional humanitário cometidas no período de 1975 a 1979 pelo governo do Khmer Vermelho, considerado como questão de profunda preocupação pela comunidade internacional em seu conjunto, diante do quadro que resultou em um milhão e setecentas mil vítimas, seguido

³²⁴ Acordo firmado por meio da Resolução 1664 do Conselho de Segurança, de 29 de março de 2006. NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Résolution 1664 (2006)**. (S/RES/1664). [s.l.], 2006. Disponível em: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1664%20\(2006\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1664%20(2006))>. Acesso em: 22 jan. 2017.

³²⁵ NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale**. Vol. I. (Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996). (A/51/22). New York, 1996. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/3441be/pdf/>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

³²⁶ Na Conferência de Revisão de 2010, ocorrida em Kampala, houve uma proposição de iniciativa da Holanda de incluir o crime de terrorismo no artigo 5 do Estatuto de Roma. COALITION POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE. **Rapport de la première Conférence de Révision du Statut de Rome**. Kampala, Ouganda, 31 mai – 11 Juin 2010. Disponível em: <http://www.iccnw.org/documents/RC_report_fr_web.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³²⁷ *Article 16 Amnistie. Le Gouvernement s'engage à n'amnistier aucune personne de l'un quelconque des crimes relevant de la compétence du Tribunal spécial. Toute amnistie accordée à quiconque pour l'un de ces crimes ne fera pas obstacle à l'exercice de poursuites.* **Résolution 1664 (2006)**. (S/RES/1664). [s.l.], 2006. Disponível em: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1664%20\(2006\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1664%20(2006))>. Acesso em: 22 jan. 2017.

por uma guerra civil que determinou a solicitação de auxílio às Nações Unidas para o julgamento dos crimes cometidos durante o regime³²⁸.

Além da Resolução adotada pela Assembleia das Nações Unidas, o Camboja promulgou em 27 de outubro de 2004 a Lei relativa à criação das Câmaras Extraordinárias para o processo e julgamento dos crimes cometidos durante o período denominado Kampuchéa democrático³²⁹, antecedida por um acordo firmado entre as Nações Unidas e aquele país em 2003³³⁰, possuindo as câmaras competência *ratione personae* para processar os suspeitos pelas práticas das graves violações cometidas no período, sendo eles os altos dirigentes do Khmer Vermelho ou os principais responsáveis de ofensas ao direito nacional e internacional³³¹.

É também esta lei que define a competência *ratione materiae* das Câmaras, mais precisamente em seus artigos 3 (crimes do Código Penal Cambojano de 1956, tais como o homicídio, a tortura e a perseguição religiosa)³³², 4 (genocídio)³³³, 5 (crimes contra a

³²⁸ Diz o Preâmbulo da Resolução 57/228: *Whereas the General Assembly of the United Nations, in its resolution 57/228 of 18 December 2002, recalled that the serious violations of Cambodian and international humanitarian law during the period of Democratic Kampuchea from 1975 to 1979 continue to be matters of vitally important concern to the international community as a whole.* UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 57/228. Khmer Rouge Trials B.** (A/RES/57/228 B). New York, 2003. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/57/228B>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³²⁹ Apesar de a Lei ter sido promulgada em 2004, as atividades das Câmaras somente tiveram início com a promulgação do seu Regimento Interno em 12 de junho de 2007. **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³⁰ Acordo de 6 de junho de 2003 anexado à Resolução 57/228 B da Assembleia Geral das Nações Unidas, adotada em 22 de maio de 2003.

³³¹ *Article 2: Des chambres extraordinaires sont créées au sein de l'appareil judiciaire existant, à savoir le Tribunal de première instance et la Cour suprême, afin de traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire, ainsi que des conventions internationales reconnues par le Cambodge, commis durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979. Les hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et les principaux responsables des actes criminels susmentionnés sont ci-après désignés "les suspects".* **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³² *Article 3: Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis les crimes énumérés dans le Code pénal de 1956, entre le 17 avril et le 6 janvier 1979, tels que : - l'homicide (Articles 501-503-504-505-506-507 et 508), - la torture (Article 500), - la persécution religieuse (Articles 209 et 210), Les délais de prescription de l'action publique, prévus par le Code pénal de 1956 et applicables aux crimes susvisés qui relèvent de la compétence des chambres extraordinaires, sont prolongés de trente ans. Les peines prévues aux Articles 209, 500, 506 et 507 du Code pénal de 1956 sont limitées à la réclusion à perpétuité, conformément à l'Article 32 de la Constitution du Royaume du Cambodge et réitéré dans les Articles 38 et 39 de la présente Loi.* **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³³ *Article 4 : Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis des crimes de génocide, tels que définis dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979. On entend par crime de génocide, qui est imprescriptible l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : - le meurtre de membres du groupe, - les atteintes graves à l'intégrité*

humanidade)³³⁴, 6 (violações às Convenções de Genebra)³³⁵, 7 (violações às Convenções de Haia para proteção de bens culturais em caso de conflito armado)³³⁶ e 8 (violações às Convenções de Viena sobre relações diplomáticas)³³⁷.

No que tange à definição de crime contra a humanidade, a lei instituidora das Câmaras exige a presença do mesmo contexto descrito pelo Estatuto de Roma consistente na existência de um ataque generalizado ou sistemático contra população civil, mas aporta inovação ao exigir a presença de motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos como móbil da realização do ataque.

Diferenciando-se do Estatuto de Roma no aspecto em que não incriminaram como ato de execução do crime contra a humanidade as condutas de desaparecimento forçado e de crime

physique ou mentale de membres du groupe, - la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, - les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe, - les transferts forcés d'enfants du groupe à un autre, Les actes suivants sont passibles des mêmes peines : - la tentative de commettre un génocide, - la conspiration visant à commettre des actes de génocide, - la participation à des actes de génocide. **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³⁴ Article 5 : *Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis des crimes contre l'Humanité entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979. On entend par crime contre l'humanité, qui est imprescriptible, l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux, tels que : - le meurtre, - l'extermination, - la réduction en esclavage, - la déportation, - l'emprisonnement, - la torture, - le viol, - la persécution pour motifs politiques, raciaux ou religieux, - tous autres actes inhumains.* **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³⁵ Article 6 : *Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis ou ordonné de commettre des violations graves de la Convention de Genève, tels que les actes énumérés ci-après à l'encontre des personnes ou des biens protégés par les dispositions desdites Conventions, durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979: - l'homicide intentionnel, - la torture ou les traitements inhumains, - le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé, - la destruction et la détérioration graves de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées de façon illicite et arbitraire, - la contrainte exercée sur des prisonniers de guerre ou des civils à servir dans les forces ennemies, - le fait de priver intentionnellement des prisonniers de guerre ou des civils de leur droit à un procès équitable, - les déportations ou transferts illégaux ou les détentions illégales de civils, - la prise de civils en otages.* **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³⁶ Article 7 : *Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects, principaux responsables de destructions de biens culturels durant un conflit armé, conformément à la Convention de La Haye de 1954 pour la Protection des Biens Culturels en cas de conflit armé, et qui ont été commises entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979.* **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³⁷ Article 8 : *Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les principaux responsables de crimes contre les personnes qui bénéficient de la protection internationale conformément à la Convention de Vienne de 1961 sur les Relations Diplomatiques, et qui ont été commis entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979.* **CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS.** Règlement intérieur. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

de *apartheid*, as Câmaras do Camboja mantiveram a previsão de homicídio, extermínio, redução à escravidão, deportação (sem referir-se também à transferência forçada de população), aprisionamento (sem referir-se a outras formas de privação grave de liberdade física em violação às disposições fundamentais do direito internacional), tortura, estupro (sem referir-se à escravidão sexual, à prostituição forçada, à gravidez forçada, à esterilização forçada e a todas as outras formas de violência sexual de gravidade comparável), perseguição por motivos políticos raciais ou religiosos (sem menção a motivos de ordem nacional, étnica, cultural, sexista ou outros critérios reconhecidos como inadmissíveis em direito internacional, embora faça a exigência geral de motivos discriminatórios) e todos os outros atos desumanos.

Apesar de não ter acrescentado comportamentos proibidos ao crime contra a humanidade e ao genocídio, no entanto, uma das principais reflexões relacionadas ao nascimento da jurisdição híbrida cambojana diz com o tema da imprescritibilidade, ou mais precisamente com a necessidade de não-esquecimento de violações massivas que tocam profundamente o tecido social.

Se atualmente é assente no corpo normativo internacional que crimes dessa natureza são imprescritíveis em razão do seu alto grau de censurabilidade e da ausência de disponibilidade sobre o poder de punir, que não pertence ao Estado por uma questão de lesão a valores que se sobrepõem a ele mesmo, no que se refere aos crimes cometidos pelo regime do Khmer Vermelho a questão da irrelevância do transcurso do tempo sobre a punição de graves violações é ainda mais simbólica.

A imprescritibilidade dos crimes vem declarada expressamente no corpo da norma constitutiva da jurisdição³³⁸, como o fazem em geral os demais estatutos que definem crimes contra a humanidade, todos eles se encontrando em consonância com o conteúdo da Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, caso em que as Câmaras Extraordinárias do Camboja não figuram, portanto, como uma exceção. No entanto, a simbologia da atemporalidade do poder de punir violações dessa natureza se liga sobretudo ao fato de que o exercício da jurisdição teve início trinta e dois anos após a ocorrência dos fatos em julgamento.

Além disso, a jurisdição cambojana traz à tona a questão da aplicação retroativa da lei interna que instaurou as Câmaras e previu pela primeira vez no direito doméstico daquele país

³³⁸ Artigo 5 da Resolução 57/228 de 18 de dezembro de 2002 da Assembleia das Nações Unidas. UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 57/228. Khmer Rouge Trials B.** (A/RES/57/228 B). New York, 2003. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/57/228B>. Acesso em: 23 jan. 2017.

os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade (além dos crimes de guerra), questão essa que se conjuga com a análise da aplicação direta do direito internacional, ou de uma certa “fluidez nas relações de sistema entre o direito internacional e o direito interno”³³⁹, o que faria com que o texto nacional reconhecesse de forma implícita a aplicabilidade e a anterioridade das normas internacionais, para o que a lei interna seria apenas um ato formal de reconhecimento.

No que concerne às Câmaras Africanas Extraordinárias do Senegal, as mesmas foram criadas no intuito de julgar os principais responsáveis por crimes e violações graves do direito internacional, do costume internacional e das convenções internacionais cometidos no território do Chade no período compreendido entre 7 de junho de 1982 e 1º de dezembro de 1990³⁴⁰.

A criação das Câmaras fora resultado de um longo percurso que perdurou aproximadamente doze anos, tendo início em 2000, quando sete vítimas de crimes de tortura iniciaram um processo contra o ditador Hissène Habré, em razão de seus atos enquanto se encontrava no comando do governo do Chade. O processo teve nascimento em um Tribunal regional de Dakar que o condenou, tendo a decisão sido reformada pela Corte de Apelação sob o argumento de ausência de competência uma vez que o crime contra a humanidade não estaria incorporado ao direito penal senegalês. Esta decisão fora confirmada pela Corte de Cassação, que refutou a tese da competência universal diante da jurisdição daquele país³⁴¹.

A declaração de incompetência das jurisdições senegalesas foi confirmada sob o argumento de que a mesma não poderia ser admitida sem modificação do artigo 669 do Código de Processo Penal daquele país, contrariamente à tese das vítimas no sentido de que tal artigo não poderia impedir a aplicação nem da convenção internacional que previa a competência universal (Convenção Internacional contra a Tortura), nem das disposições da Convenção de Viena, em especial seus artigos 27 e 57, que não autorizam um Estado signatário de uma convenção internacional a se abrigar em lacunas ou insuficiências de seu direito interno para se subtraírem dos compromissos assumidos no plano internacional.

³³⁹ ASCENSIO, Hervé. L’apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux, p. 78 (pp. 69-93). In : ASCENSIO, Hervé ; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth ; SOREL, Jean-Marc (Dir.). **Les juridictions pénales internationalisées**. Paris : Société de législation comparé, 2006.

³⁴⁰ Artigo 1º do acordo firmado entre o Governo da República do Senegal e a União Africana sobre a criação das Câmaras Africanas Extraordinárias no seio das jurisdições senegalesas. **ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE DU SENEGAL ET L’UNION AFRICAINE SUR LA CREATION DE CHAMBRES AFRICAINES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES JURDICTIONS SENEGALAISES**. Dakar, 2012. Disponível em: <<http://www.chambresafriaines.org/pdf/accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁴¹ SENEGAL. Cour de Cassation. Décision de la Cour de Cassation du Sénégal. Première Chambre statuant en matière pénale. Arrêt n° 14 du 20 mars 2001. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-cour_de_cass.html>. Acesso em 10 dez. 2017.

A Corte de Cassação fundamentou sua decisão afirmando, de um lado, que a Constituição senegalesa não autorizaria a recepção de uma convenção internacional enquanto o Estado não adotasse as medidas legislativas prévias e, de outro lado, no fato de que nenhum texto legal interno reconheceria a competência universal às jurisdições senegalesas, autorizando-as a processar e julgar os presumidos autores de fatos cometidos fora do território do Senegal³⁴².

No final do ano 2000, tem início perante a jurisdição belga novo processo contra Hissène Habré pela prática de crime internacional, sob o fundamento da jurisdição universal, o que motivou, em 2005, a expedição de um mandado de prisão internacional expedido por um juiz belga, seguido de um pedido de extradição ao Senegal, fundamentado no cometimento de violações graves ao direito humanitário, de atos de tortura, de crime de genocídio, de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra. Em resposta, a Corte de Apelação de Dakar se declarou incompetente para julgar o pedido de extradição, fundamentando suas razões no fato de que o demandado gozava de imunidade por ser Chefe de Estado à época dos acontecimentos³⁴³, decisão essa que fora confirmada pelo governo do Senegal³⁴⁴.

Ao mesmo tempo, os fatos ocorridos no Chade foram levados ao conhecimento do Comitê das Nações Unidas contra a tortura, por violação ao artigo 5 §2º e artigo 7 da Convenção contra a Tortura³⁴⁵. Em 2006, o Comitê concluiu que o Senegal violou suas obrigações internacionais, seja por não processar Hissène Habré pelos fatos que chegaram ao conhecimento

³⁴² SENEGAL. Cour de Cassation. Décision de la Cour de Cassation du Sénégal. Première Chambre statuant en matière pénale. Arrêt n° 14 du 20 mars 2001. Septième moyen de Cassation. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-cour_de_cass.html>. Acesso em 10 dez. 2017.

³⁴³ A decisão referida (*Cour d'Appel de Dakar. Avis sur la demande d'extradition de Hissène Habré. 25 novembre 2005*) está disponível em: <<http://pantheon.hrw.org/legacy/french/docs/2005/11/26/chad12091.htm>>. Todas as decisões do caso podem ser acessadas através da página: <<https://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-legal.htm>>.

³⁴⁴ A decisão referida (Décision du Ministère des Affaires étrangères, du 27 novembre 2005) está disponível em: <<http://pantheon.hrw.org/legacy/french/docs/2005/11/27/chad12130.htm>>.

³⁴⁵ Article 5 [...] 2. *Tout Etat partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au paragraphe 1 du présent article.* [...] Article 7 1. *L'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.* 2. *Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet Etat. Dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 5, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 de l'article 5.* 3. *Toute personne poursuivie pour l'une quelconque des infractions visées à l'article 4 bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure.* NATIONS UNIES. **Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.** 1984. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

das autoridades judiciárias senegalesas, seja por não o ter extraditado para a Bélgica³⁴⁶. Decisão semelhante foi rendida pela Corte Internacional de Justiça no caso Bélgica contra Senegal, entendendo que este último faltou com suas obrigações internacionais, ao não julgar ou não extraditar o ex-Chefe de Estado³⁴⁷.

Em 2007, em resposta às conclusões do Comitê das Nações Unidas contra a tortura e à decisão da Corte Internacional de Justiça, bem como por decisão da União Africana (entendendo se tratar de uma questão que deveria ser julgada na África, mas reconhecendo que a União Africana não dispunha de órgão judiciário em medida de assegurar o julgamento)³⁴⁸, o Senegal altera sua legislação penal, inserindo os artigos 431-1 a 431-5 no Código Penal com a previsão dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e outras violações ao direito humanitário³⁴⁹.

O artigo 431-6 do Código Penal senegalês passa a conter uma regra que enfatiza o caráter declaratório, e não constitutivo, do princípio da legalidade penal, ao dispor que todo indivíduo pode ser julgado e condenado por suas ações ou omissões que, no momento e no local que tenham sido cometidos, sejam tidos como uma infração penal segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelo conjunto das nações, estejam ou não constituídos como transgressão do direito em vigor no momento e no local de seu cometimento³⁵⁰.

³⁴⁶ NATIONS UNIES. **Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruel, inhumains ou dégradants**. CAT/C/36/D/181/2001, 18 mai 2006.

³⁴⁷ “117. *La Cour conclut que l’obligation prévue au paragraphe 1 de l’article 7 imposait au Sénégal de prendre toutes les mesures nécessaires pour sa mise en œuvre dans les meilleurs délais, en particulier une fois que la première plainte avait été déposée contre M. Habré en 2000. Le Sénégal ne l’ayant pas fait, il a manqué, et continue de manquer, aux obligations qui lui incombent au titre du paragraphe 1 de l’article 7 de la convention.*” COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader. Belgique c. Sénégal**. Arrêt du 20 juillet 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

³⁴⁸ [...] *RELÈVE qu’aux termes des articles 3 (h), 4 (h) et 4 (o) de l’Acte constitutif de l’Union africaine, les crimes reprochés à Hissène Habré sont pleinement de la compétence de l’Union africaine; 1. CONSIDERANT qu’en l’état actuel, l’Union africaine ne dispose d’aucun organe judiciaire en mesure d’assurer le jugement de Hissène Habré; [...]*. AFRICAN UNION. Conference de l’Union Africaine. Assembly/AU/Dec.127 (VII). **Décision sur le Procès d’Hissène Habré et l’Union africaine**. Septième session ordinaire. 1 – 2 juillet 2006. Disponível em: <https://au.int/sites/default/files/decisions/9555-assembly_fr_01_july_03_july_2006_auc_seventh_ordinary_session_decisions_declarations_0.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

³⁴⁹ SENEGAL. **Loi 2007-02 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal du Sénégal. Dakar, 2007**. Disponível em: <http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_02_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_penal_senegal_fr.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁵⁰ *Article 431-6 - Les infractions aux articles 431-1 à 431-5 du présent code ayant entraîné la mort sont punies des travaux forcés à perpétuité. Dans tous les autres cas, elles sont passibles des travaux forcés de dix à trente ans. Nonobstant les dispositions de l’article 4 du présent code, tout individu peut être jugé ou condamné en raison d’actes ou d’omissions visés au présent chapitre et à l’article 295-1 du Code pénal, qui au moment et au lieu où ils étaient commis étaient tenus pour une infraction pénale d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’ils aient ou non constitué une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.* SENEGAL. **Loi 2007-02 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal du Sénégal. Dakar, 2007**. Disponível em:

Essa mesma regra, que pode ser entendida como o aspecto meramente declaratório do princípio da legalidade em matéria de crimes internacionais, foi inserida na Constituição senegalesa, em seu artigo 9³⁵¹, sob a forma de exceção ao princípio da não-retroatividade³⁵² e, nesse caso, poderia demonstrar uma certa primazia do direito internacional costumeiro sobre a lei interna em matéria de graves violações, porquanto desconsidera de forma absoluta o conteúdo do direito penal interno na hipótese de este não ser conforme ao direito internacional naquilo que toca à proteção de valores intangíveis.

Como efeito de todo esse contexto e em um prolongamento dessas decisões, a República do Senegal assinou com a União Africana um acordo visando a criar as Câmaras Africanas Extraordinária, seu estatuto prevendo a competência *ratione materiae* para o julgamento dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura³⁵³.

No que pertine ao crime de tortura, considerado pelo estatuto como crime autônomo, há que se fazer uma distinção, porquanto é também incluída como conduta típica do crime contra a humanidade. A distinção consiste no fato de que decorre da competência das Câmaras a prática de atos de tortura ainda que os mesmos não se configurem como crimes contra a humanidade. Esses atos são designados como todos aqueles pelos quais um sofrimento agudo, físico ou mental, seja infligido a uma pessoa a fim de obter confissão, de punir, de intimidar ou de impor discriminação, fora de um quadro de ataque sistemático e generalizado contra população civil. A norma é consequência do caráter de proibição absoluta da tortura, independentemente do contexto em que seja praticada, reiterando, portanto, a sua natureza de regra pertencente ao *jus cogens*.

<http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_02_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_penal_senegal_fr.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁵¹ *Article 9 Toute atteinte aux libertés et toute entrave volontaire à l'exercice d'une liberté sont punies par la loi. 6 Nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant l'acte commis. Toutefois, les dispositions de l'alinéa précédent ne s'opposent pas à la poursuite, au jugement et à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels d'après les règles du droit international relatives aux faits de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre. La défense est un droit absolu dans tous les états et à tous les degrés de la procédure.* SENEGAL. **Loi constitutionnelle n° 2008-33 du 07 août 2008 modifiant les articles 9 et 95 et complétant les articles 62 et 92 de la Constitution du Sénégal.** Dakar, 2008. Disponível em: <<http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article7026>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁵² Sobre as modificações legislativas e constitucionais feitas pelo Senegal, especificamente a respeito da não-retroatividade, ver a decisão de 18 de novembro de 2010 exarada pela Corte de Justiça da Comunidade dos Estados da África do Oeste, entendendo-as conforme ao que dispõe o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em especial seu artigo 15.

³⁵³ ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE DU SENEGAL ET L'UNION AFRICAINE SUR LA CREATION DE CHAMBRES AFRICAINES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES JURDICTIONS SENEGALAISES. Dakar, 2012. Disponível em: <<http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

Previsto no artigo 6, os crimes contra a humanidade são discriminados de forma mais exaustiva se comparado aos Estatutos das jurisdições híbridas que lhe antecederam, prevendo como meios de execução o estupro, a escravidão sexual, a prostituição e a esterilização forçadas ou toda outra forma de violência sexual de gravidade comparável; o homicídio doloso; a extermínio; a deportação; o crime de *apartheid*; a redução em escravidão ou prática massiva e sistemática de execuções sumárias, de remoção de pessoas seguida de seu desaparecimento; a tortura ou atos desumanos que causem intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde física ou psíquica motivadas por razões de ordem política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa ou sexista³⁵⁴.

Ainda não implementadas as atividades da Corte Especial para a República Centro-Africana, a jurisdição terá como competência julgar crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos no país entre 2003 e 2015. O acordo que visa sua implementação foi assinado em 26 de agosto de 2016 entre a República Centro-Africana e as Nações Unidas, após a promulgação da Lei Orgânica n° 15.003 que rege a organização da Corte, a qual terá competência para julgar crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de genocídio, reportando-se à sua definição consagrada pelo direito internacional³⁵⁵.

Com atividades também ainda não implementadas, uma nova jurisdição híbrida para o Kosovo tem previsão de iniciar suas atividades. As Câmaras Especiais para o Kosovo tiveram sua criação aprovada a partir da decisão domada pelo Parlamento em 23 abril de 2014³⁵⁶, a qual

³⁵⁴ Article 6. Crimes contre l'humanité. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité, l'un des actes ci-après commis à l'occasion d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile : a) le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; b) l'homicide volontaire ; c) l'extermination ; d) la déportation ; e) le crime d'apartheid ; f) la réduction en esclavage ou la pratique massive ou systématique d'exécutions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition ; g) la torture ou les actes inhumains causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique et psychique inspirées par des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste. CHAMBRES AFRICAINES EXTRAORDINAIRES. **Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises.** Dakar, 2012. Disponível em: <<http://www.chambresafriaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁵⁵ SECTION 2: DE LA COMPETENCE, Art. 3: La Cour Pénale Spéciale est compétente pour enquêter, instruire et juger les violations graves des droits humains et les violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de la République Centrafricaine depuis le 1^{er} janvier 2003, telles que définies par le Code Pénal Centrafricain et en vertu des obligations internationales contractées par la République Centrafricaine en matière de Droit international, notamment le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre objets des enquêtes en cours et à venir. REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE. **Loi Organique N° 15.003 portant création, organisation et fonctionnement de la cour penale speciale.** Bangui, 2015. Disponível em: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/loi_organique_portant_creation_organisation_et_fonctionnement_de_la_cps.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁵⁶ REPUBLIC OF KOSOVO. Law n. 04/L-053 on amending and supplementing the laws related to the mandate of the European Union rule of law mission in Republic of Kosovo. Assembly of the Republic of Kosovo, 23 April 2014. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/04-L-273%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

autorizou a permanência da missão da União Europeia no Kosovo, sucedida pela emenda que alterou o artigo 162 da Constituição³⁵⁷, com competência para julgar violações cometidas durante a guerra de 1998-1999, sucedendo os painéis que lhe antecederam, sem que, contudo, haja substituição desta jurisdição dos processos já em andamento anteriormente³⁵⁸.

O novo artigo 162 da Constituição foi regulamentado pela Lei n° 05/L-053, a qual definiu com exatidão a competência e a finalidade das Câmaras, referindo-se à sua criação como sendo uma etapa de cumprimento das obrigações internacionais do país a fim de proteger as liberdades e os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

A competência das Câmaras abrange os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e outros crimes previsto na legislação interna do Kosovo³⁵⁹, havendo especial previsão sobre a aplicação do direito internacional costumeiro, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, com referência específica a seu artigo 15(2)³⁶⁰, que consagra o caráter declaratório dos tipos penais que contêm violações ao direito das gentes, sem que por isso exista inobservância do princípio da anterioridade da lei penal, com o que impedirá, a princípio, todos os possíveis reveses da jurisprudência no que toca

³⁵⁷ O Artigo 162 da Constituição Kosovar foi alterado pela Lei n° 05D-139 de 3 de agosto de 2015 [*The Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor's Office*] *Notwithstanding any provision in this Constitution: 1. To comply with its international obligations in relation to the Council of Europe Parliamentary Assembly Report Doc 12462 of 7 January 2011, the Republic of Kosovo may establish Specialist Chambers and a Specialist Prosecutor's Office within the justice system of Kosovo. The organization, functioning and jurisdiction of the Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office shall be regulated by this Article and by a specific law.* [...] REPUBLIC OF KOSOVO. Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office. Assembly of the Republic of Kosovo, 03 August 2015. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

³⁵⁸ Para um panorama geral sobre a situação do Kosovo, ver o Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas sobre a Administração interina na missão no Kosovo. UNITED NATIONS. Security Council. Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo. (S/2017/387) 3 May 2017. Disponível em: <<http://undocs.org/S/2017/387>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

³⁵⁹ *Article 15 Other Crimes under Kosovo Law 1. Subject to Article 12, in accordance with UNMIK Regulation 1999/24 as amended by UNMIK regulation 2000/59, the substantive criminal laws in force under Kosovo law during the temporal jurisdiction of the Specialist Chambers were: a. the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (1976); and b. the Criminal Law of the Socialist Autonomous Province of Kosovo (1977); or c. any more lenient substantive criminal law in force between 1989 and July 1999/27 October 2000. 2. Chapter XXXII, Articles 384-386, 388, 390-407, Chapter XXXIII, Articles 409-411, 415, 417, 419, 421, and Chapter XXXIV, Articles 423-424 of the Kosovo Criminal Code 2012, Law 04/L- 082 shall apply to the official proceedings and officials of the Specialist Chambers, the Registry and Specialist Prosecutor's Office. The Specialist Chambers shall have jurisdiction over these offences only where they relate to its official proceedings and officials.* REPUBLIC OF KOSOVO. Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office. Assembly of the Republic of Kosovo, 03 August 2015. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

³⁶⁰ *Article 15 [...] 2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.* NATIONS UNIES. **Pacte international relatif aux droits civils et politiques.** 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

ao apego pelo princípio da legalidade penal estrita, que desconsidera o conteúdo dos valores violados e o *status quo* da ordem jurídica internacional no momento das violações.

Com relação à definição dos crimes contra a humanidade, a lei que institui as Câmaras inspira-se na previsão contida no Estatuto de Roma, contendo uma fórmula menos exaustiva na medida em que adaptada aos fatos relativos à sua competência temporal e territorial, razão pela qual, por exemplo, o crime de *apartheid* não está contido na previsão.

Dessa forma, o artigo 13 da lei fundadora exige a presença de um ataque sistemático e generalizado contra uma população civil, mediante a prática de homicídio, extermínio, escravidão, deportação, prisão, tortura, sequestro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada ou outra forma de violência sexual, perseguição por razões políticas, raciais, étnicas ou religiosas, desaparecimento forçado de pessoas ou outros atos desumanos³⁶¹.

Com relação à competência temporal, a jurisdição das Câmaras Especiais estará limitada aos fatos que tiveram lugar entre 1º de janeiro de 1998 e 31 de dezembro de 2000³⁶², com uma competência territorial em regra aplicada aos acontecimentos ocorridos na atual República do Kosovo³⁶³.

As Câmaras serão detentoras de competência subjetiva ativa e competência subjetiva passiva, porquanto conforme previsão do artigo 9, a competência *ratione personae* das Câmaras se firmará tanto para crimes praticados por cidadãos do Kosovo quanto na hipótese de se tratar de vítima de origem kosovar e, neste caso, com uma previsão de competência extraterritorial, não importando o lugar onde o crime foi praticado³⁶⁴. Esta norma vem ao encontro da ideia de

³⁶¹ Article 13 Crimes Against Humanity under International Law 1. For the purposes of this Law, under customary international law during the temporal jurisdiction of the Specialist Chambers, crimes against humanity means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: a. murder; b. extermination; c. enslavement; d. deportation; e. imprisonment; f. torture; g. rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy and any other form of sexual violence; h. persecution on political, racial, ethnic or religious grounds; i. enforced disappearance of persons; and j. other inhumane acts. REPUBLIC OF KOSOVO. **Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office**. Assembly of the Republic of Kosovo, 03 August 2015. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

³⁶² Article 7 Temporal Jurisdiction. The Specialist Chambers shall have jurisdiction over crimes within its subject matter jurisdiction which occurred between 1 January 1998 and 31 December 2000. REPUBLIC OF KOSOVO. **Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office. Assembly of the Republic of Kosovo**, 03 August 2015. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

³⁶³ Article 8 Territorial Jurisdiction. Consistent with the territorial jurisdiction of Kosovo courts under applicable criminal laws in force between 1 January 1998 and 31 December 2000, the Specialist Chambers shall have jurisdiction over crimes within its subject matter jurisdiction which were either commenced or committed in Kosovo. REPUBLIC OF KOSOVO. **Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office. Assembly of the Republic of Kosovo**, 03 August 2015. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

³⁶⁴ Article 9 Personal Jurisdiction 1. The Specialist Chambers shall have jurisdiction over natural persons pursuant to the provisions of this Law. 2. Consistent with the active and passive personality jurisdiction of the Kosovo courts under applicable criminal laws in force between 1 January 1998 and 31 December 2000, and in

que uma grave violação ao direito das gentes possui não apenas natureza extraterritorial, mas também ateritorial.

Conforme disposição do artigo 10 da lei instituidora³⁶⁵, as Câmaras Especiais terão primazia sobre a jurisdição nacional, sendo cabível a transferência de todo e qualquer processo em andamento no território do Kosovo, com exceção daqueles que já estiverem em andamento sob a jurisdição criada pela Lei n° 03/L-053, relativa à competência da EULEX, bem como à Lei n° 03/L-199.

Além dessas jurisdições de natureza híbrida, compostas por juízes e procuradores nacionais e internacionais, existem diversos outros exemplos de jurisdições de natureza eminentemente nacional, mas que experimentaram a criação de novas competências a fim de julgarem violações graves, incluída neste caso a competência para processar e punir crimes contra a humanidade e genocídio, cujas figuras típicas encontraram a mesma reprodução contida no Estatuto de Roma. Podem ser citadas as Cortes *Ad Hoc* de Direitos Humanos da

addition to its territorial jurisdiction set out in Article 8, the Specialist Chambers shall have jurisdiction over persons of Kosovo/FRY citizenship or over persons who committed crimes within its subject matter jurisdiction against persons of Kosovo/FRY citizenship wherever those crimes were committed. REPUBLIC OF KOSOVO. **Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office.** Assembly of the Republic of Kosovo, 03 August 2015. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

³⁶⁵ *Article 10 Concurrent Jurisdiction 1. Within its jurisdiction, the Specialist Chambers shall have primacy over all other courts in Kosovo. 2. At any stage of an investigation or proceedings, the Specialist Chambers or the Specialist Prosecutor may order the transfer of proceedings within its jurisdiction from any other prosecutor or any other court in the territory of Kosovo to the Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor. The State Prosecutor or Court shall refer to the Specialist Chambers any and all files pertaining to the requested case. The Specialist Chambers' order for transfer is final and binding. 3. The Law on Courts, Law No. 03/L-199, and the Law on Jurisdiction and Competencies of EULEX Judges and Prosecutors in Kosovo, Law No. 03/L-053, do not apply to matters before, or matters subject to an order to be transferred to, the Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office.* REPUBLIC OF KOSOVO. **Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office.** Assembly of the Republic of Kosovo, 03 August 2015. Disponível em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Indonésia³⁶⁶, a Alta Corte Criminal do Iraque³⁶⁷, a divisão de crimes internacionais da Alta Corte de Uganda³⁶⁸ e os Tribunais de Crimes Internacionais de Bangladesh³⁶⁹.

Da mesma forma, como jurisdições não-internacionais restam as jurisdições locais encarregadas de julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia por ocasião da guerra iniciada em 1992 e que não puderam ser julgados pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia. É o caso das Câmaras de Crimes de Guerra de Belgrado, a Seção de Crimes de Guerra da Corte Criminal e da Divisão de Apelação da Bósnia-Herzegovina e as Câmaras Criminais de Crimes Internacionais da Croácia³⁷⁰, reservado para o Kosovo a jurisdição é híbrida, sendo todas elas criadas a partir do intuito de não deixar impunes crimes de estatura internacional.

Ainda no que se refere ao aporte trazido pelas convenções internacionais ao conceito de grave violação contra a humanidade e em uma demonstração de que as tratativas de evolução de sua abordagem persistem, resta a referir a elaboração em andamento, no seio da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, de um Projeto de Convenção Internacional para a prevenção e a repressão dos crimes contra a humanidade, em semelhança ao anterior Projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade de 1996.

A Comissão reconhece a existência de um quadro jurídico em matéria de crimes contra a humanidade, que se constitui de convenções internacionais e leis nacionais, por instrumentos adotados pela própria Comissão, bem como pelos estatutos e pela jurisprudência das diversas Cortes Internacionais de natureza penal, motivo porque entende que o projeto não tem por objetivo substituir esse quadro normativo, mas antes complementá-lo, conferindo ênfase à

³⁶⁶ Ato 26/2000, cujo artigo 4 define a competência para julgar graves violações de direitos humanos, compreendido neste caso o crime contra a humanidade. Nas Cortes de Direitos Humanos da Indonésia, todos os acusados foram absolvidos. Ver: O'KEEFE, Roger. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2015., p. 385.

³⁶⁷ Criada pelo governo de coalisão provisório (Coalition Provisional Authority), por meio da Ordem n°48/2003 – CPA Order N° 48, 10 December 2003, a Corte já condenou diversos membros do antigo regime por crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Ver: International Criminal Court/legal tools. <http://www.legal-tools.org/en/doc/bc23ac/> e Iraqi High Tribunal (Second Criminal Court), *The Public Prosecutor in the High Iraqi Court et al. v. Saddam Hussein Al Majeed et al. (Al Dujail)*, Case No. 1/C Second/2006, 5 November 2006.

³⁶⁸ Criada em 2008 com base no artigo 141 da Constituição da República da Uganda, a divisão de crimes internacionais possui competência material para julgar crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, terrorismo, tráfico de pessoas e crimes de pirataria. THE REPUBLIC OF UGANDA. The Judiciary. **International Crimes Division**. Disponível em: <<http://www.judiciary.go.ug/data/smenu/18/International%20Crimes%20Division.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

³⁶⁹ Criados para julgar crimes contra a humanidade, crimes contra a paz, crimes de genocídio, violações às leis e aos costumes de guerra e violações às Convenções de Genebra de 1949 cometidos no território de Bangladesh em 1971 por ocasião de sua separação do Paquistão. International Crimes Act 1973 and Act 2009 (Amendment). In: International Crimes Tribunal, Bangladesh. <http://www.ict-bd.org>

³⁷⁰ UNITED NATIONS. International Criminal Court for the Former Yugoslavia. **Development of the local judiciaries**. Disponível em: <<http://www.icty.org/en/outreach/capacity-building/development-local-judiciaries>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

prevenção e a repressão desses crimes notadamente naquilo que pertine ao reforço das capacidades nos sistemas jurídicos nacionais, criando, com isto, para os Estados, aquilo que denomina ser uma obrigação geral de engajamento tanto na prevenção quanto na punição de crimes contra a humanidade³⁷¹.

O recurso à expressão utilizada no projeto, que qualifica os crimes contra a humanidade como crimes de direito internacional, cujo desenvolvimento vem desde o Estatuto de Nuremberg e que os tem como sendo os crimes mais graves, demonstra que a existência desses crimes é fundada sobre o direito costumeiro, independentemente de seu reconhecimento pelo direito nacional, o que restou consagrado nos próprios princípios de Nuremberg reconhecidos pelas Nações Unidas³⁷².

No que concerne à definição propriamente dita do crime contra a humanidade, ao lado de manter os elementos do artigo 7 do Estatuto de Roma, o projeto acrescenta ao seu conteúdo o que denomina “cláusula sem prejuízo”, indicando que o projeto não prejudica qualquer outra definição de crime contra a humanidade mais abrangente que venha a existir no direito internacional ou no direito nacional, a exemplo da previsão contida na Convenção Internacional contra a Tortura de 1984.

De todo o quadro convencional que se produziu no âmbito do direito internacional penal, desde a adoção do Estatuto de Roma até o contexto atual, experimentou-se uma evolução no conteúdo jurídico de grave violação à humanidade: se de um lado essa violação continua a ser representada por atos que intentam eliminar a existência de um determinado grupo humano ou por atos de ataques massivos contra uma população civil, que não seja identificada necessariamente como um grupo específico, de outro lado o rol dos atos de execução utilizados para cumprir com esse objetivo de eliminação ou de ataque são mais amplos.

Além de mais amplos, esses atos de execução são meramente exemplificativos, podendo se configurar quando o ataque for cometido mediante práticas ao mesmo tempo desumanas, no sentido de utilização de atos cruéis que imponham sofrimento às vítimas, e desumanizantes, negando às vítimas a sua condição de ser humano ao negar-lhes direitos

³⁷¹ NATIONS UNIES. Commission de Droit International. **Crimes contre l’humanité** : Déclaration du président du comité de rédaction, M. Mathias Forteau. Genève, 5 juin 2015. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/french/statements/2015_dc_chairman_statement_crimes_against_humanity.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

³⁷² NATIONS UNIES. Commission de Droit International. **Crimes contre l’humanité** : Déclaration du président du comité de rédaction, M. Mathias Forteau. Genève, 5 juin 2015. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/french/statements/2015_dc_chairman_statement_crimes_against_humanity.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

mínimos relacionados à sua existência digna, atos que, em suma, violem os direitos universais ao não-sofrimento e à dignidade.

3.2 A construção jurisprudencial

Se o aporte trazido pelo direito internacional penal por meio da sua construção normativa foi importante para delinear os contornos do conceito de crime contra a humanidade e de genocídio, em um processo que se iniciou pela identificação das violações e foi finalizado por uma relativa consolidação conceitual, seu aprimoramento restou confiado ao edifício que em seguida construíram as jurisdições encarregadas de interpretar o teor dos textos e principalmente de responsabilizar os autores das violações. Esse processo se iniciou por um momento de conhecimento do conceito por parte das jurisdições internacionais e permitiu que a jurisprudência pouco a pouco aportasse novos elementos à sua definição até atingir um espaço de maior consenso.

Os primeiros momentos com que se depararam as jurisdições internacionais com a missão de julgar violações massivas são identificados como uma fase de apropriação, na qual os julgadores foram como que surpreendidos com a amplitude dos fatos a eles levados e tiveram de começar a construir as bases de interpretação e de correlação entre esses fatos e as incipientes normas internacionais.

A fase de apropriação tem início com o movimento de chegada dos fatos às jurisdições internacionais penais, na maioria das vezes fatos que deram ensejo à própria criação da jurisdição. Esta é uma fase inicial de conhecimento que possibilita entender e delimitar o sentido material do crime, ou a extensão das atrocidades cometidas a ponto de serem consideradas ofensa a todas as comunidades humanas. Trata-se do substrato que confere legitimidade à própria razão de ser da jurisdição internacional e da razão pela qual será ela o órgão genuinamente capaz de interpretar esses fatos.

Em um segundo momento, essa mesma fase passa pela apropriação propriamente dita do conteúdo jurídico do estatuto reitor da jurisdição, que por não estar ainda consolidado enseja algumas nuances de interpretação, sobretudo no que pertine às primeiras construções jurisprudenciais.

A primeira apropriação do conteúdo (fático e jurídico, portanto) das violações relativas à prática de crimes de massa por uma jurisdição internacional tem início em Nuremberg, Tribunal criado pela força da necessidade, visto o fenômeno inovador da criminalidade nazista

que provocou uma preocupação na consciência jurídica internacional sem precedentes³⁷³, cujo estatuto previu fatos ocorridos no passado para julgá-los no presente. Como expressa Antoine Garapon, crimes dessa natureza como o são os crimes contra a humanidade e os crimes de genocídio, suscitam uma necessidade de nova representação da história, cujo veredito traz uma série de significações que não se resumem na condenação dos acusados³⁷⁴. A justiça penal internacional julga a história.

O Estatuto de Nuremberg não nomeia o crime de genocídio e apesar de ainda rudimentar o conceito convencional a propósito dos crimes contra a humanidade, a decisão que emana desta primeira jurisdição internacional começa por desenvolver uma noção do que seja ato desumano capaz de lesar a humanidade em seu conjunto, cujo suporte é uma base jurídica (formal) pouco sólida, a começar pela discutida violação ao princípio da legalidade penal e pelo restrito número de elementos que o definem, limitados ao assassinato, à exterminação, à redução à escravidão, à deportação, à prática de ato desumano e à perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, mas que por outro lado se apoia na solidez (material) das perversidades cometidas pelos membros do Reich, desde logo deduzidas no ato de acusação³⁷⁵.

Apesar, no entanto, da precária solidez jurídica do estatuto, e mesmo que Nuremberg, enquanto primeiro Tribunal Internacional Penal da história, tenha rendido apenas uma decisão comportando o julgamento de vinte e quatro acusados³⁷⁶, altos dirigentes do Governo alemão,

³⁷³ MEYROWITZ, Henri. **La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié**. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1960, pp. 5-6.

³⁷⁴ « *On peut parler de 'judiciarisation de l'histoire' dans la mesure où c'est sous le paradigme du procès que s'interprète l'histoire. Le procès ne doit pas être limité à une simple forme mais compris comme un mal et l'indication de sa résolution : les deux sont inséparables dans le procès* ». GARAPON, Antoine. **Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, shoah**. Paris : Odile Jacob, 2008, p. 63. Sur le même sujet, voir aussi: BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; QUÉGUINER, Jean-François; VILLALPANDO, SANTIAGO (Dir.). **Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice**. Bruxelles: Éditions Bruylant/ Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

³⁷⁵ O ato de acusação menciona com detalhes os números de deportados que morreram em campos de concentração em razão de maus tratos, bem como em exterminações sistemáticas organizadas nos territórios ocupados por ocasião da prisão especialmente de judeus. Diz a acusação, por exemplo, que « *sous au moins 228.000 Français déportés pour des raisons politiques et raciales dans les camps de concentration, seuls 28.000 d'entre eux ont survécu* » e que na França « *des exterminations systématiques ont été opérées* ». TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Acte d'accusation, pp. 48-49. Ver também : BOISSAIRE, M. A. Rapport General sur la répression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques. **Revue International de Droit Pénal**, Recueil Sirey – Paris, Faculté de Droit, 1947, p. 13.

³⁷⁶ No processo do Tribunal Internacional de Nuremberg foram julgados Hermann Goring (Ministro do Interior), Joachim von Ribbentrop (Ministro das Relações Internacionais), Wilhelm Keitel (Chefe do Alto Comando das Forças Armadas), Ernst Kaltenbrunner (Chefe do Escritório Central para a Segurança do Reich), Alfred Rosenberg (Ministro dos Territórios ocupados do leste), Hans Franck (Dirigente do Governo Geral), Wilhelm Frick (Dirigente do protetorado da Boêmia), Julius Streicher (Diretor do Jornal idel Stürmer), Alfred Jodl (Chefe do Estado Maior), Arthur Seyss-Inquart (Comissário do Reich na Holanda), Fritz Sauckel (executor do plano de trabalho obrigatório), condenados à morte por enforcamento; Bormann (Chanceler do Reich, sucessor de Hess) condenado

sua fundamentação contém importante debate acerca do conceito e da natureza dos crimes contra a humanidade.

A acusação aportou ao processo a prova da amplitude de um plano organizado de exterminação³⁷⁷, especialmente do povo judeu, a partir de uma concertação que se inicia na década de 1920³⁷⁸, e que conforme o relatório geral sobre a repressão dos crimes nazistas contra a humanidade³⁷⁹, fez quinze milhões de vítimas nas câmaras de gás, a que se acrescenta a aniquilação progressiva de outras dez milhões de pessoas por escravidão qualificada pela morte, configurando uma exterminação metódica e deliberada.

Coube primeiramente ao ato de acusação criar os primeiros contornos acerca dos elementos componentes dos crimes contra a humanidade, iniciando por afirmar que este se consistiu na existência de um plano concertado que no caso concreto compreendeu, entre outros, a morte e a perseguição de todos aqueles que eram hostis ou que se suspeitava serem hostis ao partido nazista, utilizando-se de métodos caracterizadores de violação às convenções

à pena de morte por enforcamento, mas julgado à revelia, Rudolf Hess (Chanceler do Reich), Walter Funk (Ministro da Economia, sucessor de Schacht), Erich Raeder (Comandante da Marinha, responsável pela guerra submarina) condenados à pena de prisão de vinte anos, Konstantin von Neurath (Ministro das Relações Internacionais, sucessor de Ribbentrop) condenado à pena de prisão de quinze anos e Karl Donitz (Comandante da Marinha de Guerra alemã) condenado à pena de prisão de dez anos. Hjalmar Schacht (Ministro da Economia), Franz von Papen (Embaixador na Áustria e na Turquia) e Hans Fritzsche (colaborador de Goebbels) foram absolvidos. In: TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947.

³⁷⁷ A primeira acusação descrita no ato acusatório (Chef d'accusation n° 1) refere-se à existência de um plano concertado, tendo por objeto cometer crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, utilizando-se especialmente de uma doutrina a serviço desse plano. Diz o ato de acusação: « *Les personnes de prétendu 'sang allemand' (tel qu'il est défini par les conspirateurs nazis) constituent 'une race de seigneurs' et sont, par conséquent, en droit de subjuguier, de dominer ou d'exterminer d'autres 'races' et peuples* ». Procès TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Acte d'accusation, p. 33.

³⁷⁸ Em *Mein Kampf*, em diversas passagens Adolf Hitler já manifestava sua vontade de purificar a raça ariana, como quando afirma que « *L'histoire établit avec une effroyable évidence que, lorsque l'Aryen a mélangé son sang avec celui de peuples inférieurs, le résultat de ce métissage a été la ruine du peuple civilisateur (...). Par suite, la voie que devait suivre l'Aryen était nettement tracée. Conquérant, il soumit les hommes de race inférieure et ordonna leur activité pratique sous son commandement, suivant sa volonté et conformément à ses buts* ». In: HITLER, A. **Mon combat**, pp. 149, 154. Disponível em: <Tyboot.free.fr>. De fato, conforme consta no processo de Nuremberg, estabeleceu-se na Alemanha um programa implacável de perseguição contra os judeus, cuja aniquilação se tornou uma política oficial. Nesse sentido refere o ato de acusação: « *L'accusé Rosenberg déclarait, par exemple : 'L'antisémitisme est l'élément de l'unification de la reconstruction allemande'. A une autre occasion, il déclarait également : 'L'Allemagne considérera la question juive comme résolue où le dernier des Juifs aura quitté l'espace vital de la Plus Grande Allemagne...L'Europe ne résoudra la question juive que le jour où le dernier Juif aura quitté le continent'. L'accusé Ley déclarait : 'Nous jurons que nous n'abandonnerons pas la lutte jusqu'à ce que le dernier Juif en Europe ait été exterminé et soit bien mort. Il ne suffit pas d'isoler l'ennemi juif du reste de l'humanité, il faut exterminer le Juif'* ». TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Acte d'accusation, pp. 35-36.

³⁷⁹ BOISSAIRE, M. A. Rapport General sur la répression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques. **Revue International de Droit Pénal**, Recueil Sirey – Paris, Faculté de Droit, 1947.

internacionais, ao direito penal interno, aos princípios gerais do direito penal que derivam do ordenamento jurídico de todas as nações civilizadas, fazendo parte de uma linha de conduta sistemática³⁸⁰.

Considerando que no Estatuto de Nuremberg os crimes contra a humanidade foram tipificados como conexos aos crimes de guerra e aos crimes contra a paz, é durante a descrição daqueles que sobrevêm a conceituação de muitas condutas típicas dos crimes contra a humanidade.

Assim, o ato de acusação, descrevendo os homicídios e os maus tratos de civis, especifica-os como tendo sido praticados pelos mais variados meios, tais como fuziladas, enforcamentos, utilização de câmaras de gás, morte por inanição, promiscuidade desumana, subalimentação sistemática, imposição sistemática de trabalho que ultrapassa as capacidades do ser humano, insuficiência de serviços médico-cirúrgicos, pontapés e socos, brutalidades e torturas de toda sorte, tais como se utilizando de ferros quentes, retirada forçada de unhas e realização de experiências médicas sobre seres humanos vivos³⁸¹, o que finalmente irá dar origem à expressão “outros atos desumanos”, a partir de quando passará a fazer parte do conteúdo jurídico dos crimes contra a humanidade.

Essas mortes e maus tratos tiveram lugar nos campos de concentração e outros estabelecimentos semelhantes, conduzindo à exterminação, na maior parte em virtude de experiências pseudocientíficas e por envio às câmaras de gás³⁸². Fora dos campos de concentração, esses atos foram praticados sob a forma de fuzilamento e tortura de pessoas no ato de ocupação de territórios dominados³⁸³.

O julgamento de Nuremberg teve, além disso, um escopo muito maior do que o de impor condenações aos criminosos, na medida em que desencadeou uma série de construções

³⁸⁰ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Acte d'accusation, p. 69.

³⁸¹ Nessa passagem, o ato de acusação menciona pela primeira vez a expressão « genocídio ». Referindo-se aos acusados, assim menciona o Ministério Público: “*Ils se livrèrent au génocide délibéré et systématique, c'est-à-dire à l'extermination de groupes raciaux et nationaux parmi la population civile de certains territoires occupés, afin de détruire des races ou classes déterminées de population et de groupes nationaux, raciaux ou religieux, particulièrement les Juifs, les Polonais, les Tziganes*”. TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Acte d'accusation, pp. 46-47.

³⁸² TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Acte d'accusation, p. 48

³⁸³ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Acte d'accusation, p. 51

para o direito internacional cujo objeto passou a ser a centralidade do ser humano, a partir da compreensão da existência de garantias mínimas universalmente admitidas. Essas garantias universais foram o ponto de partida para fazer com que um crime passasse do domínio nacional para o domínio internacional³⁸⁴ e só foram percebidas a partir do momento em que uma política criminosa foi cometida massivamente com a intenção de negar tudo o que há de humano em um ser humano.

Por isso, os elementos que fazem parte do tipo penal de crime contra a humanidade no Estatuto de Nuremberg (assassinato, exterminação, redução em escravidão, deportação, prática de outros atos desumanos e perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos) somente configuram efetivamente o crime quando se faz presente essa intenção de negar o mínimo de humanidade a um grupo de pessoas em razão de uma escolha deliberada, seja a uma população civil, seja por um critério de discriminação³⁸⁵. Essa premissa começa a demonstrar os indícios sobre quais são os elos que ligam os seres humanos de forma a constituírem a humanidade e quais são seus valores essenciais.

Trata-se de uma relação que se fez presente na jurisprudência do Tribunal, mas que é avaliada de forma transversal, quando abordada a questão da competência temporal, que não tem início antes de 1939, haja vista a exigência pelo estatuto de prova de execução de um plano concertado a fim de iniciar e de conduzir uma guerra de agressão³⁸⁶.

A exigência de negação da condição de humanidade da vítima é interpretada a partir do elemento contido no artigo 6 (c) ao referir “ou todos os outros atos desumanos”, significando dizer que existe uma condição essencial para a caracterização do crime contra a humanidade consistente na presença de um caráter desumano na prática de qualquer das condutas, mediante a imposição de sofrimento insuportável que tenha por finalidade a aniquilação impiedosa da vítima.

Esse caráter desumano relaciona-se com a implementação de uma série de comportamentos que possuem por finalidade anular ou negar a condição de ser humano das

³⁸⁴ LACHS. Le jugement de Nuremberg. **Revue Internationale de Droit Pénal**. Recueil Sirey – Paris. Faculté de Droit. 1946, pp. 402-403.

³⁸⁵ Esta diferença quanto à escolha será mais tarde o ponto de discernimento entre o crime contra a humanidade e o crime de genocídio.

³⁸⁶ « *Mais pour constituer des crimes contre l'humanité, il faut que les actes de cette nature, perpétrés avant la guerre, soient l'exécution d'un complot ou plan concerté, en vue de déclencher et de conduire une guerre d'agression. Il faut, tout au moins, qu'ils soient en rapport avec celui-ci. Or, le Tribunal estime que la preuve de cette relation n'a pas été faite – si révoltants et atroces que fussent parfois les actes dont il s'agit. Il ne peut donc déclarer d'une manière générale que ces faits, imputés au nazisme, et antérieurs au 1^{er} septembre 1939, constituant, au sens du statut, des crimes contre l'humanité* ». TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Jugement, pp. 267-268.

vítimas, na sua dupla acepção: a acepção de ser humano enquanto indivíduo e a acepção de ser humano enquanto membro de um grupo. Essa última condição relacional da vítima de natureza coletiva culminará com a elaboração da Convenção internacional para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, que em derradeira análise constitui-se em um crime contra a humanidade em que o agente possui uma vontade específica ou suplementar de destruir um grupo determinado segundo critérios específicos e escolhe as vítimas em razão desse critério de pertencimento. A jurisprudência do Tribunal Internacional Penal de Ruanda afirmará, nesse sentido, que o crime de genocídio é uma espécie mais grave de crime contra a humanidade, dele se diferenciando pela intenção de exterminar um grupo³⁸⁷.

Embora a jurisprudência de Nuremberg construa apenas tangencialmente considerações sobre a vítima na sua acepção individual, relacionada às qualidades mínimas que detêm um ser humano, e sobre a vítima no sentido coletivo, relacionada ao pertencimento a um grupo, o julgamento reporta-se à perda da dignidade humana enquanto bem protegido, referindo-se a atos cometidos em grande escala com uma desumanidade constante e sistemática³⁸⁸ a fim de cumprir um plano de exterminação, enumerando a prática de atrocidades que são consequência da implementação de uma política³⁸⁹ em que os golpes, o regime de fome, a tortura, as execuções e as experiências cruéis³⁹⁰ eram a regra, política essa implementada a fim de cumprir o objetivo de exclusão dos judeus da raça alemã³⁹¹.

³⁸⁷ « Le génocide est une forme de crime contre l'humanité. Toutefois, il diffère fondamentalement des autres crimes contre l'humanité, en ce sens que l'intention spécifique d'exterminer un groupe protégé ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999, § 89. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

³⁸⁸ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Jugement, p. 260.

³⁸⁹ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Jugement, p. 263.

³⁹⁰ Essas experiências podiam consistir em imergir as vítimas em água fria até que seu corpo atingisse a temperatura de 28° e, por consequência, a morte; experiências para saber até quanto tempo um ser humano poderia viver dentro da água congelada, o efeito de projéteis envenenados ou de certas doenças contagiosas, além da experiência da esterilização de homens e mulheres por raios X e outros métodos. Além disso, antes da execução os judeus tinham seus cabelos cortados para que esses fossem utilizados na fabricação de colchões, antes de serem enviados aos campos eram desprovidos de todos os seus bens e após a exterminação seus dentes de ouro eram extraídos e enviados para fundição e as cinzas provenientes da incineração eram utilizadas como fertilizante, sendo que em caso de morte sem incineração a gordura das vítimas era retirada e enviada para a indústria de sabão. TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Jugement, pp. 265-266.

³⁹¹ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947. Jugement, p. 185.

Esta relação que a jurisprudência tece entre a ofensa da dignidade humana da vítima individual e a ofensa provocada contra o gênero humano é a causalidade que gera o efeito capaz de fazer com que o crime transcenda a vítima individual e toque o sentido coletivo de humanidade³⁹², em razão da implantação de um sistema que visa à negação da condição humana das vítimas. É a partir de então que o crime contra a humanidade tem como consequência a identificação de duas espécies de vítimas: a vítima individual, diretamente atingida pelos atos materiais, e a vítima coletiva, que é a humanidade propriamente dita.

A relação entre a vítima individual e a vítima coletiva nos crimes contra a humanidade será retomada pela jurisprudência do Tribunal da ex-Iugoslávia, especialmente no *affaire Tadic*, que ao se reportar ao conceito de população civil na qualidade de alvo de um ataque sistemático e generalizado, reitera que o crime contra a humanidade se configura como um crime de massa, que é justamente o que o faz pertencer ao direito internacional. Essa tutela decorre do fato de se tratarem de crimes que, por sua amplitude e por seu grau de selvageria, colocam em risco toda a comunidade internacional e chocam a consciência da humanidade, motivo por que se acentua a proteção à coletividade, deixando a vitimização do indivíduo de levar em conta as suas características pessoais para considerar o seu pertencimento à população visada³⁹³.

No que se refere à aplicação direta do direito internacional, por sua vez, a jurisprudência de Nuremberg concretizou a independência do direito internacional em relação ao direito interno. A partir da primeira elaboração dos crimes contra a humanidade por um instrumento de direito internacional e de sua aplicação direta, o Tribunal Internacional de Nuremberg parece ter confirmado a supremacia do moderno direito das gentes quando se trata de proteger valores humanos superiores. Assim o fez na medida em que afastou de forma derradeira as teses de defesa no sentido de que os fatos imputados pela acusação seriam um assunto interno do Estado alemão e de que somente o direito nacional poderia ser fonte de incriminação. Esta confirmação teve por consequência a criação da regra da impossibilidade de um Estado se furtar da aplicação de um tratado internacional sob o argumento dele não ser signatário, bem como da imperatividade de incidência da norma incriminadora constante do tratado ainda que este não integre formalmente o direito doméstico. Dessa forma Nuremberg traça um marco que representa a ruptura do voluntarismo do direito internacional.

³⁹² MEYROWITZ, Henri. **La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié**. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 345.

³⁹³ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « DULE »**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 7 mai 1997. § 644. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

Com essa interpretação, a construção jurisprudencial de Nuremberg conferiu ainda um novo caráter ao princípio da legalidade penal. Se pensado enquanto princípio escrito, o Estatuto de Nuremberg criara um novo tipo penal, a que a decisão aplicou a fatos passados, muito embora os diversos núcleos componentes do tipo penal, por si sós, configurassem crimes autônomos já existentes.

No caso de crimes contra a humanidade, em que o núcleo do tipo se constitui em comportamento já proibido, havendo tão somente um redesenho da configuração do delito especialmente em função do contexto que lhe denota um grau de censurabilidade mais exacerbado, o que ocorre é uma releitura do princípio da legalidade. Se um homicídio simples já era considerado crime pelo ordenamento jurídico, um homicídio praticado em massa, com a finalidade de exterminar uma população, ainda que não estivesse previsto como tal, não pode deixar de ser considerado crime e tampouco pode ser considerado como um simples homicídio.

Essa ideia de releitura do princípio da legalidade é paralela a uma outra concepção segundo a qual o Estatuto do Tribunal de Nuremberg não o teria violado e que se relaciona com a existência dos crimes contra a humanidade no direito internacional costumeiro, anterior ao direito escrito. Nesse sentido, por todas as características do direito internacional de ser em sua essência um direito consuetudinário e por expressar padrões gerais não-escritos de comportamento, a norma internacional tem apenas caráter declaratório quando porta sobre violações graves, limitando-se a descrever aquilo que já se encontra sedimentado enquanto fato proibido pela comunidade internacional, fazendo parte, por isto, das normas de *jus cogens*³⁹⁴.

O julgamento de Nuremberg enfrenta esta questão, reportando-se ao Pacto Briand-Kellogg e à Convenção de Haia de 1907, referindo que, não obstante tenham proibido a prática dos atos por eles previstos, os mesmos não foram qualificados como crimes, não lhes foi atribuída nenhuma pena e tampouco houve previsão da existência de um Tribunal para julgar e punir aqueles que os praticam. Afirma o julgamento, no entanto, que independentemente dos tratados, existem leis de guerra que se inferem dos usos e costumes progressivamente e universalmente reconhecidos, tratando-se de um direito que se adapta às necessidades de um mundo cambiante, mencionando expressamente o caráter declaratório dos tratados³⁹⁵.

³⁹⁴ « *L'acte est interdit non en vertu d'un instrument mais plutôt d'une conviction commune du caractère obligatoire de l'interdit qui lui confère valeur de coutume. Les textes de DIP n'ont alors qu'une valeur déclarative, et non constitutive, de l'infraction ; ils viennent consolider en droit écrit les principes généraux en vigueur* ». JUROVICS, Yann. Le procès international pénal face au temps. **Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé**, Oct-Déc, 2001, p. 781 – 797.

³⁹⁵ « *Ce droit n'est pas immuable, il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant. Souvent, les traités ne font qu'exprimer et préciser les principes d'un droit déjà en vigueur* ». TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947, p. 235.

Nesse sentido, refere-se o julgamento a alguns precedentes, tais como o Projeto de assistência mútua elaborado sob os auspícios da Sociedade das Nações, cujo artigo primeiro mencionava que a guerra de agressão se constitui em um crime internacional. Menciona igualmente o Protocolo de Genebra de 1924 (Protocolo da Sociedade das Nações para a solução pacífica de controvérsias internacionais), que após haver reconhecido a solidariedade que une os membros da comunidade internacional, declarou que uma guerra de agressão se constitui em violação desta solidariedade e um crime internacional e que os Estados signatários desejavam assegurar a repressão de crimes dessa natureza. O mesmo propósito fora afirmado na VI Conferência Pan-americana realizada em Havana em 1928, asseverando os representantes dos Estados que a guerra de agressão constitui crime internacional contra o gênero humano. Refere o julgamento, ainda, que a condenação dos responsáveis é exigida pela consciência do mundo e que tais declarações reforçam o sentido do Pacto de Paris e do Tratado de Versalhes³⁹⁶.

Ademais, a própria legislação interna alemã em vigor naquele momento refutava a aplicação do princípio da legalidade penal, assim como o princípio não era mencionado à época como garantia na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais³⁹⁷.

Saber em que medida os princípios codificados pelo Tribunal de Nuremberg, dentre eles a proibição dos crimes contra a humanidade, pertenciam ao direito antes do advento da norma escrita³⁹⁸ é uma das questões mais tormentosas do direito internacional penal, mas que pode auxiliar a conceber a ideia de que a violação a determinados valores é materialmente crime, independentemente de onde e quando seja cometida e ainda que sua definição escrita seja imperfeita.

Essa é uma conclusão bastante larga, mas à qual chegarão mais tarde também outras Cortes Internacionais, no sentido de que existem *core crimes* que o direito, por meio de tratados internacionais, limita-se a descrever como condutas proibidas porquanto já o são segundo o que julga a consciência jurídica universal³⁹⁹ enquanto fonte material de direito.

O fato, porém, é que essa foi uma discussão feita muito mais *a posteriori* do que pelo próprio Tribunal, mais preocupado naquele momento histórico com a substância das condenações, que consistiam em efetivamente dar uma resposta ao mundo, ou à humanidade,

³⁹⁶ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947, pp. 232-234.

³⁹⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. **International criminal law: Crimes**. Vol. I. 2nd ed. New York: Transnational Publishers, 1998, p. 562.

³⁹⁸ BIDDLE, Francis. Le Procès de Nuremberg. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Faculté de droit, Recueil Sirey-Paris, 1948, p. 7.

³⁹⁹ Expressão utilizada por Antônio Augusto Cançado Trindade, conforme anteriormente no Capítulo 2 que trata das bases jurídicas do conceito de humanidade.

às cenas de extermínio praticadas em desconsideração ao irredutível humano e que chegaram ao conhecimento da comunidade internacional. Se o princípio da legalidade é atualmente um princípio de justiça reconhecido pela maioria dos direitos internos das nações civilizadas, a questão posta pelo Tribunal de Nuremberg era muito antes de analisar a justiça do julgamento das atrocidades nazistas⁴⁰⁰.

Tratava-se muito mais de contrabalançar os interesses de toda a comunidade humana contra um contestável interesse relacionado ao formalismo jurídico tampouco sustentável a partir da concepção de direito internacional costumeiro, porquanto a noção de violação de leis da humanidade já se fazia há muito presente nos espíritos, desde meados do século XIX, como teve-se a oportunidade de demonstrar nas linhas precedentes.

A quebra de paradigma feita por Nuremberg acerca dessa releitura do princípio da legalidade e desse balanço de valores que tocam os interesses superiores da comunidade humana restaram como herança aos julgamentos das Cortes Internacionais Penais que lhe sucederam, constituindo-se em verdadeira regra de interpretação⁴⁰¹.

A partir dessas mudanças de paradigma, o julgamento de Nuremberg deu nascimento a uma série de princípios que passaram a fazer parte do direito internacional⁴⁰², dentre os quais o princípio segundo o qual o fato de o direito interno não prever a punição de um ato que constitua crime de direito internacional não afasta a responsabilidade em direito internacional

⁴⁰⁰ « *On se rappellera d'abord, comme le faisait remarquer le tribunal, que la maxime nullum crimen sine lege ne limite en rien la souveraineté. Ce n'est qu'un principe général de justice. Par cela on veut dire qu'il n'y a pas de droit international qui force une nation à reconnaître la doctrine. La plupart des nations l'ont reconnu dans leur loi fondamentale (...). Par la suite, la question n'était pas de savoir s'il était légal mais s'il était juste de juger Göring et ses semblables, pour avoir déchaîné, sans la moindre hésitation, cette guerre d'agression qui engloutit et détruisit presque l'Europe. La question ainsi posée, la réponse est évidente* ». BIDDLE, Francis. Le Procès de Nuremberg. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Faculté de droit, Recueil Sirey-Paris, 1948, pp. 8-9.

⁴⁰¹ « *Dès lors, on pourrait supposer que les principes de légalité sont, en droit pénal international, différents de ce qu'ils sont dans les systèmes juridiques internes, pour ce qui est de leur application et de leurs normes. Ils semblent être caractérisés par leur objectif clair : tenir la balance égale entre la nécessité de faire preuve de justice et d'équité envers l'accusé et le besoin de préserver l'ordre mondial. À cette fin, l'État ou les États concernés doivent prendre en considération des facteurs tels que la nature du droit international, l'absence de politiques et de normes législatives internationales, les procédures ad hoc de la rédaction technique et l'hypothèse fondamentale selon laquelle les normes en droit pénal international seront transposées dans le droit pénal interne des différents États* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnir Delalić, Zdravko Mucic alias "Pavo", Hazim Delic et Esad Landzo alias "zenga"**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre 1998, § 405. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁴⁰² NATIONS UNIES. **Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal**. Texte adopté par la Commission à sa deuxième session, en 1950, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur les principes, est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1950, vol. II. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2017.

daquele que o cometeu, confirmando, senão ainda a supremacia do direito internacional, pelo menos a sua autonomia no que se refere à previsão de violações graves.

Na esteira de Nuremberg, a jurisprudência do Tribunal Internacional de Tóquio, também composta de uma única decisão⁴⁰³, ratifica a existência prévia de um ordenamento jurídico internacional, composto por um tecido de convenções que retratariam as aspirações da humanidade da época que, por sua coesão, se refletiriam na existência de um direito internacional costumeiro, especialmente no que diz respeito ao direito internacional humanitário, tão vívido era nesse momento o compromisso selado pelos Estados com vistas a reduzir os danos causados pelas guerras.

Essa ordem jurídica internacional que concerne aos fatos julgados, segundo a decisão, tem início com a Primeira Conferência de Paz de Haia (1899) e suas respectivas convenções, seguindo-se com o Tratado de Portsmouth (1905)⁴⁰⁴, o Tratado de Paz de Versalhes e a respectiva criação da Liga das Nações (1919), a Conferência de Washington (1921) – chamando atenção para o fato de se tratar essencialmente de uma conferência sobre desarmamento com a finalidade de promover a paz no mundo –, o Tratado de Washington sobre Limitações Navais (1922), o Pacto Briand-Kellog (1928) – que condena a utilização da guerra como meio de solução de conflitos internacionais – e culminando com a assinatura das Convenções de Genebra de direito humanitário (1929)⁴⁰⁵.

A guerra de agressão liderada pelo Japão no leste do mundo, em desrespeito a postulados estáveis do direito internacional, teria sido a subversão de um dos princípios fundadores do Império que remonta a 660 a. C. O princípio denominado *Hakko Ichu* significava a união de todas as partes do mundo, cujo contexto tradicional lhe dava a acepção de princípio de humanidade, destinado à universalidade, que pregava que essa união seria alcançada pela virtude, e não por meio de medidas militares utilizadas em nome de uma política expansionista com vista à unificação do Império, como foi o caso da guerra no extremo oriente liderada pelo Japão.

⁴⁰³ O Tribunal Internacional de Tóquio exerceu sua jurisdição em relação a vinte e oito réus, tendo sido dezesseis condenados à pena de prisão perpétua, um condenado à pena de prisão de sete anos, um condenado à pena de prisão de vinte anos, dois tendo morrido durante o processo e um considerado inimputável por doença mental. Dentre eles, cinco acusados foram condenados por crime contra a humanidade.

⁴⁰⁴ Tratado que coloca fim à guerra Russo-japonesa (que se inicia em 1904, em inobservância, por parte do Japão, da primeira Convenção de Haia - *Convention for Pacific Settlement of International Disputes*), por meio do qual ambos os países se obrigaram a não adotar medidas militares na fronteira Russo-Coreana. **THE TREATY OF PORTSMOUTH.** Portsmouth, 1905. Disponível em: <<http://www.portsmouthpeacetreaty.com/process/peace/TreatyText.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁴⁰⁵ Além de outros tratados concernentes ao respeito a possessões territoriais, tais como a região da Manchuria e domínios insulares: Tratado de Pequim (1905), Tratado sino-japonês das vinte e uma demandas (1915), Tratado das Quatro Potências (1921), Convenção russo-japonesa de Pequim (1925).

Em virtude dessa guerra, a decisão rendida pelo Tribunal de Tóquio é muito mais voltada à análise de crimes de guerra e, ainda assim, algumas condutas relatadas se aproximam mais de crimes contra a humanidade e foram a base fática das respectivas condenações. O julgamento menciona a ocorrência de massacres sistemáticos contra civis, como foi o caso do massacre de Balikpapan, em que os oficiais do exército japonês receberam ordem para matar todos os europeus, fazendo-o de forma cruel e metódica, além de muitos outros massacres, como o que se sucedeu com a tomada da cidade chinesa de Nanquim. A utilização de massacres era uma arma utilizada pelo governo japonês para aterrorizar de forma sistemática a população civil por toda a região do Oceano Pacífico⁴⁰⁶.

Além disso, o exército japonês se utilizava de campos de trabalhos forçados, utilizando-se não somente da mão-de-obra de prisioneiros de guerra, mas também da população civil. Segundo a decisão, especificamente no campo de trabalho da construção da ferrovia de Burma-Siam, dos cento e cinquenta mil trabalhadores, pelo menos sessenta mil morreram em decorrência de maus tratos, tortura e de todas as espécies de privações, como ausência de cuidados médicos, abrigo e alimentação.

Nos territórios ocupados e no Japão, a prática de tortura e de outros tratamentos desumanos eram constantes por parte sobretudo da polícia militar japonesa, a *Kempeitai*, mas também das Forças Armadas, ambos sob a hierarquia do Ministério da Guerra, que lhes dava orientação para a utilização métodos como afogamento⁴⁰⁷, queimaduras⁴⁰⁸, choque elétrico, extensão do joelho⁴⁰⁹, suspensão⁴¹⁰, remoção das unhas dos dedos das mãos e dos pés, além da utilização de masmorras subterrâneas. A decisão também denuncia a prática de atos de mutilação não somente contra prisioneiros de guerra, mas também contra civis, inclusive mulheres e, ainda, a odiosa prática de canibalismo⁴¹¹.

⁴⁰⁶ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgement of 4 November 1948. {49,631}. Disponível em: <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴⁰⁷ Também conhecida como *water treatment*, trata-se de técnica de tortura em que a vítima fica presa em uma posição inclinada, sendo a água versada através de sua boca e narinas para que penetre em seus pulmões e estômago até que perca a consciência. Posteriormente a vítima é reanimada, por vezes pressionando-se seu abdômen a fim de que a água seja impulsionada para fora e para que se possa repetir sucessivamente o processo.

⁴⁰⁸ A tortura por queimaduras foi praticada extensivamente pelas forças japonesas, consistindo em queimar o corpo da vítima com cigarros acesos, velas, ferros quentes, óleo em chamas e água escaldante, aplicando-os a partes sensíveis do corpo, tais como as narinas, orelhas, abdome, órgãos sexuais e, no caso das mulheres, aos seios.

⁴⁰⁹ A assim chamada extensão do joelho era um método frequente de tortura, em que a vítima, com suas mãos amarradas às costas, era forçada a ajoelhar-se com uma vara, inserida atrás de ambas as articulações do joelho, tendo como resultado a separação de ambas as articulações do joelho e intensa dor.

⁴¹⁰ Por meio da prática de suspensão, o corpo da vítima é suspenso pelos pulsos, braços, pernas ou pescoço e, por vezes, de forma a causar estrangulação ou ruptura das articulações. Esse método foi por vezes combinado com flagelação durante a suspensão.

⁴¹¹ *At times this consumption of the flesh of their enemies was made into something of a festive occasion at officers' quarters. Even officers of the rank of General and Rear Admiral took part. Flesh of murdered prisoners, or soup made from such flesh was served at meals of Japanese below the rank of officers. The evidence indicate that this*

Embora a decisão do Tribunal de Tóquio não contenha uma análise pormenorizada dos crimes contra a humanidade enquanto tais, porquanto se centra na violação do direito humanitário, e os aprecie em um contexto de uma guerra de agressão e de crimes de guerra, alguns dos fatos narrados e que serviram de fundamento a algumas condenações constituem-se em graves ofensas à humanidade.

Essas graves ofensas julgadas pelo Tribunal Internacional de Tóquio que podem ser interpretadas como violações a valores universais decorrem de atos materiais diferentes.

A primeira dessas violações é a prática de massacres sistemáticos contra a população, que atingiu pessoas envolvidas nas hostilidades, mas também a população civil, o que o caracterizaria como crime contra a humanidade⁴¹². A imputação da prática de massacres como crimes resta clara na imposição da pena de morte ao General do Exército Imperial japonês, Iwane Matsui, responsabilizado pela invasão de Nanquim e pelas atrocidades cometidas contra a população civil em um massacre generalizado que resultou em mais de cem mil homicídios, milhares de mulheres estupradas, além da pilhagem e do incêndio da cidade⁴¹³. Este foi o mesmo fundamento da condenação à pena de morte do Ministro das Relações Exteriores Koki Hirota e um dos fundamentos da condenação do General do Exército Akira Muto, também à pena de morte.

Uma outra espécie de violação foi a realização de torturas sistemáticas nas prisões, em geral contra prisioneiros de guerra, mas também contra civis – o que os caracterizaria como crimes contra a humanidade⁴¹⁴ –, revelando-se em verdadeiras atrocidades na medida em que a imposição regular de medidas disciplinares exacerbadas e o grau de sofrimento imposto ia além do suportável por um ser humano, levando as vítimas a uma condição de extrema piedade e não raras vezes à morte. Foi este o fundamento da condenação dos acusados Shunroko Hata, Seishiro Itagaki, Heitaro Kimura, Kuniaki Koiso, Mamoru Shigemitsu e também de Akira Muto.

Por fim, como um terceiro ato material, este mais propriamente definido pelo ato de acusação como sendo crime contra a humanidade⁴¹⁵ e desvinculado da guerra de agressão, encontra-se a prática de tratamento desumano empregado nos campos de trabalhos,

cannibalism occurred when there was other food available. That is to say, on such occasions, this horrible practice was indulged in from choice and not of necessity. INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgement of 4 November 1948. {49,675}. Disponível em: <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴¹² Embora tenha sido descrito pelo ato de acusação como crime de guerra – chefe de acusação n° 55.

⁴¹³ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgement of 4 November 1948. {49,815}. Disponível em: <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴¹⁴ Embora tenha sido descrito também pelo ato de acusação como crime de guerra – chefe de acusação n° 55.

⁴¹⁵ Chefe de acusação n° 54.

especialmente na construção da ferrovia de Burma-Siam, em que prisioneiros de guerra e civis viviam em condições de extrema precariedade, sem comida, sem vestimentas, sem abrigo e sem tratamento médico, servindo de suporte às condenações de Kenji Dohihara, Hideki Tojo e também de Seishiro Itagaki, Heitaro Kimura e Akira Muto.

Ao final dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio e com o início da guerra fria, embora a construção convencional tenha desacelerado sua evolução, os progressos da jurisprudência não cessaram em matéria de crime contra a humanidade, especialmente no julgamento dos criminosos nazistas pelas jurisdições nacionais, a começar pelo caso Eichmann.

Otto Adolf Eichmann foi julgado pela jurisdição israelense em consonância com os dispositivos da Lei 5.710 de 1950, que definia os crimes contra a humanidade inspirada no Estatuto de Nuremberg e mencionava o crime de genocídio diferenciando-o pela presença de uma intenção que ultrapassa o crime contra a humanidade⁴¹⁶.

Os *affaires* Barbie e Touvier, julgados pela jurisdição nacional francesa, constituíram-se em um divisor de águas na discussão sobre o conteúdo do crime contra a humanidade.

A começar pelo julgamento de Klaus Barbie, chefe da Gestapo em Lyon durante a ocupação francesa, cujo processo teve início por decisão da Corte de Cassação francesa ao reformar a decisão da Corte de Apelação de Lyon que declarara prescrita a ação. A reforma da decisão, que determinou o seguimento do processo, amparou-se no argumento de que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade se deduz tanto dos princípios gerais reconhecidos pelo conjunto das Nações quanto do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, além da Convenção Europeia de Proteção aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e do Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos⁴¹⁷.

Klaus Barbie foi finalmente condenado em 1987 pela *Cour d'Assises de Lyon* por crime contra a humanidade por sua colaboração em um plano concertado de deportação, escravidão e extermínio de população civil e perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, decisão confirmada pela Corte de Cassação. Ao referir-se à imprescritibilidade do crime contra a humanidade sob a base do Estatuto do Tribunal de Nuremberg e sob a Resolução das Nações Unidas de 13 de fevereiro de 1946 que adotou como princípio geral de direito internacional a impossibilidade de uma lei interna fazer obstáculo à sua punição em razão do

⁴¹⁶ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁴¹⁷ REPUBLIQUE FRANÇAISE. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du vendredi 20 décembre 1985, N° de pourvoi : 85-95166. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007064048&fastReqId=626383377&fastPos=1>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

transcurso do tempo, a Corte de Cassação francesa asseverou em seu julgamento a primazia do direito internacional sobre a lei interna⁴¹⁸.

O conceito de crime contra a humanidade continua a ser desenvolvido pela jurisdição francesa no julgamento de Paul Touvier, colaborador do regime nazista no governo de Vichy em Lyon. Inicialmente absolvido pela Corte de Apelação, a Corte de Cassação francesa rendeu decisão reconhecendo que reinava no país um Estado autoritário oposto aos valores republicanos franceses, dominado por uma ideologia que pregava a exterminação de homens e mulheres judeus julgados inferiores à raça dominante. Os fatos por que foi jugado Touvier, especificamente o massacre de Rillieux-la-Pape, ocorrido em 29 de junho de 1944, menciona a prática de medidas de represálias cometidas contra judeus escolhidos enquanto tais, demonstrando a existência de uma política de hegemonia ideológica, traduzida em uma ideologia de exclusão, de ódio e de colaboração com a Alemanha nazista, bem como da existência de um plano concertado de exterminação no sentido do direito internacional, muito longe, portanto, de se tratar de uma reação improvisada⁴¹⁹. Essa política hegemônica ideológica, descaracterizada inicialmente pela Corte de Apelação, foi lembrada pela Corte de Cassação ao nomear uma série de leis promulgadas pelo governo de Vichy, a começar pelo Estatuto dos Judeus⁴²⁰, a demonstrar a vontade de excluir uma população civil segundo um critério racial e religioso e de negar a essa população todos os seus direitos fundamentais⁴²¹.

Apoiando-se sobre argumentos de prescritibilidade e ausência de um plano concertado de exterminação, Paul Touvier recorre da segunda decisão da Corte de Apelação que o enviava a julgamento pela *Cour d'Assises*. Rejeitando seu recurso, a Corte de Cassação⁴²² mais uma vez apoia-se sobre o a existência de uma ordem jurídica internacional, reafirmando a imprescritibilidade do crime contra a humanidade, a existência, durante o governo de Vichy, de

⁴¹⁸ REPUBLIQUE FRANÇAISE. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du vendredi 3 juin 1988, N° de pourvoi : 87-84240. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007063407>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁴¹⁹ O fato específico por que foi julgado Paul Touvier dizia respeito ao massacre de sete judeus após o atentado à vida do Secretário de Estado francês Philippe Henriot, à época fazendo parte do governo de Philippe Pétain.

⁴²⁰ Loi du 3 octobre 1940.

⁴²¹ REPUBLIQUE FRANÇAISE. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du vendredi 27 novembre 1992, N° de pourvoi : 92-82409. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064497>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

⁴²² REPUBLIQUE FRANÇAISE. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du jeudi 21 octobre 1993, N° de pourvoi : 93-83325. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007066824>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

um plano concertado de exterminação de população civil⁴²³ e, sobretudo, a primazia do direito internacional sobre o direito interno, ao ressaltar a impossibilidade de que ofensas graves como o crime contra a humanidade restem impunes, independentemente do que disponha a legislação doméstica.

Esse entendimento se transformará em jurisprudência sólida nos tribunais internacionais, a exemplo da decisão rendida no *affaire Tadic*, em que o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia confirma o pertencimento dos crimes contra a humanidade ao direito internacional costumeiro, cuja proibição é anterior à sua interdição formal pelo direito escrito⁴²⁴, porquanto na qualidade de graves violações se inscrevem antes na consciência coletiva para posteriormente ingressarem no mundo jurídico formal.

Com os julgamentos dos Tribunais Internacionais da ex-Iugoslávia e de Ruanda, essas noções de violação grave a valores universais se tornarão mais precisas, tanto no que concerne ao crime contra a humanidade quanto no que diz respeito ao crime de genocídio.

No seu primeiro julgamento, o Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia esclarece o porquê de os crimes contra a humanidade serem lesivos à consciência coletiva, atribuindo ao fato de que lesam o ser humano atingindo-lhe naquilo que ele possui de mais essencial: a vida, a liberdade, a integridade física, a saúde e a dignidade. Além disso, a ofensa a esses bens essenciais é praticada por meio de atos desumanos, com uma amplitude e uma gravidade que ultrapassam os limites de tolerância da grande maioria das pessoas que compõem o conjunto das sociedades humanas, fazendo com que esses crimes transcendam o indivíduo⁴²⁵.

Apesar de trazer esclarecimentos sobre direitos e valores humanos, aportando algumas luzes sobre a identificação de valores universais, parece-nos que falta à decisão uma precisão terminológica, porquanto entende-se não se possa confundir direito com valor. Direitos são as necessidades humanas que por sua importância devem ser preservadas; valores são o aporte

⁴²³ Esse conceito de população civil firmado no *affaire Touvier* por crime contra a humanidade, assevera que mesmo quando as vítimas se constituem em membros da resistência, nem por isso restaria configurado crime de guerra (prescritível segundo o direito interno francês), porquanto se tratava, antes, de uma escolha de vítimas segundo um critério racial e religioso, e não em razão da natureza de combatentes. Essa jurisprudência será mais tarde utilizada pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, especialmente no caso do Hospital de Vukovar, em que embora as vítimas fossem também militares, haviam deposto suas armas, não se encontravam em posição de combate por estarem em convalescência e eram, em sua maioria, muçulmanos.

⁴²⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « DULE »**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 7 mai 1997. § 627. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁴²⁵ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur contre Drazen Erdemovic**. La Chambre de première Instance. La Haye, 29 novembre 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/fr/erd-ts961129f.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016. O §28 da decisão ficou conhecido pela célebre frase: « *Mais les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité* ».

moral subjacente a esses direitos. Transportando essa precisão ao julgamento citado, compreende-se que a dignidade humana seria o valor subjacente aos direitos como a vida, a liberdade, a integridade física e a saúde.

Por ocasião do julgamento do *affaire Jelisić*, a Câmara de Primeira Instância do TPII refere-se ao caráter revoltante, bestial e sádico do comportamento do acusado, em um profundo desprezo pela humanidade e pelo direito à vida, com impacto que vai muito além dos sofrimentos físicos e psíquicos consideráveis infligidos às vítimas⁴²⁶. É esse impacto que ultrapassa as vítimas diretas o que demonstra que as ofensas atingem um grupo mais amplo de seres humanos. A esse respeito, no *affaire Tadic*, ao referir-se sobre o conceito de ataque lançado contra uma população civil, o julgamento explica a razão pela qual os crimes contra a humanidade justificam uma intervenção da comunidade internacional, atribuindo ao fato de que escandalizam a consciência da humanidade por não serem atos isolados cometidos de maneira fortuita, mas sendo resultantes de um plano deliberado que tem como alvo toda uma população⁴²⁷.

Aqui parece que a decisão, ainda que não diga expressamente, faz emergir como valor subjacente o não-sofrimento humano, que se desrespeitado é capaz de gerar esse sentimento de revolta na humanidade em seu conjunto.

Desde os primeiros julgamentos, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia expressou em suas decisões o sentimento de selvageria que assolou a região do cometimento dos crimes e que, por sua amplitude, estendeu seus efeitos a todas as comunidades humanas. Essa amplitude se expressa no vasto número de exemplos de condutas desumanas que podem ser extraídas da leitura das descrições dos fatos deduzidos em julgamento.

No *affaire Kunarac et al*, uma grande série de graves violações a direitos humanos intangíveis se expressa exemplificativamente pela conduta dos acusados que, dentro de um plano de dominação sérvia contra a população muçulmana, tomaram diversas cidades da Bósnia, saqueando e incendiando casas, separando homens de mulheres e crianças e colocando-os em campos de detenção diferentes, todos sob regime de subalimentação e de medo constante. As mulheres passaram a viver em condições sanitárias intoleráveis, sob maus tratos, sendo estupradas numerosas vezes por soldados sérvios, algumas delas sendo levadas para suas casas

⁴²⁶ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Goran Jelisić**. La Chambre de Première Instance. Décision rendue le 14 décembre 1999, §§ 130-133. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/jelistic/tjug/fr/jel-tj991214f.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴²⁷ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « DULE »**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 7 mai 1997. §653. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

onde eram submetidas a condição de escravidão e às mais diversas formas de violência sexual⁴²⁸.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia agirá, no entanto, com extremo pudor ao julgar acusações de genocídio⁴²⁹, preferindo entender que, em geral, o exército sérvio-bósnio praticou antes o deslocamento forçado da população muçulmana – caracterizando, portanto, crime contra a humanidade – do que propriamente a sua exterminação e, nessa linha de entendimento, irá se limitar a reconhecer a prática de genocídio em uma fase posterior, circunscrita aos acontecimentos da região de Srebrenica.

Por outro lado, se o crime contra a humanidade, segundo o TPII, foi a violação que caracterizou as hostilidades da ex-Iugoslávia, foi o genocídio o crime que singularizou o conflito ruandês, deixando marcas na sua construção jurisprudencial.

Esse marco tem início com o julgamento de Jean-Paul Akayesu⁴³⁰, em que a Corte inicia por confirmar o pertencimento da proibição do crime de genocídio ao direito internacional costumeiro⁴³¹, uma vez que se trataria da mais grave violação aos valores mais caros da humanidade, que escolhe vítimas inocentes, por meio de um critério discriminatório, porquanto não em razão de sua identidade pessoal mas em razão de seu pertencimento a um grupo – no caso de Ruanda, a etnia Tutsi –, sem qualquer piedade sequer por crianças ou mulheres grávidas⁴³². A gravidade dessas ofensas se potencializa pelo fato de serem cometidas por meio de massacres centralmente organizados e dirigidos⁴³³, que no caso do genocídio ruandês se concretizou a partir de incitações afirmando que os Tutsi deveriam ser mortos de

⁴²⁸ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. §§ 574-575. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁴²⁹ Exemplificativamente, tem-se a absolvição por genocídio de Goran Jelisić, em que o Tribunal reconhece o elemento material do crime, consistente na morte de membros do grupo (muçulmanos), porém entendendo não estar provado o elemento intencional, que seria a consciência clara do acusado de participar da destruição total ou parcial desse grupo. Mesmo no *affaire Kunarac et al*, em que os acusados foram processados por fatos ocorridos em um contexto em que participaram de uma campanha comandada pelas forças sérvias na municipalidade de Foča e que tinha como um dos objetivos “caçar” muçulmanos da região – objetivo esse que foi cumprido – não houve sequer acusação pela prática de crime de genocídio.

⁴³⁰ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁴³¹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §495. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁴³² NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §124. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁴³³ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §125. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

forma tão radical a ponto de as crianças das próximas gerações não saberem com que se pareciam ou de líderes políticos que afirmavam publicamente que não teriam paz até que ainda existisse um só Tutsi em Ruanda⁴³⁴.

O julgamento que condena Akayesu e inaugura as condenações por crime de genocídio descreve os eventos ocorridos em Ruanda como a maior tragédia humana do fim do século XX, praticado sob a forma de um massacre em grande escala perpetrado em tempo recorde em todo o país⁴³⁵.

Esse caráter odioso do crime pode ser atribuído a três fatores principais: inicialmente, pelo móbil criminoso, decorrente de um dolo especial discriminatório relacionado ao critério de escolha das vítimas, consistente no seu pertencimento a um grupo (étnico, religioso, nacional, político ou racial) e na correspondência com um plano de extermínio desse grupo; em seguida, pelos meios de execução do crime, em geral mediante a prática de atos cruéis e desumanos que possuem como finalidade a negação de tudo o que há de humano nas vítimas, colocadas em situações insuportáveis, traduzindo-se por meios executórios que demonstram ausência de piedade dos agentes; por fim, pela amplitude dos crimes, que se revela no grande número de vítimas, consequência da concretização sistemática do plano de extermínio.

Por todos esses fatores, os princípios sobre os quais se edificaram as Nações civilizadas, em especial o do respeito à dignidade humana, restam violados, sentindo-se violados, por conseguinte, todos os membros dessas comunidades.

Essa violação de direitos fundamentais pertencentes a todos os seres humanos enquanto critério legitimador da existência da justiça penal internacional é corroborada desde os primeiros julgamentos do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que ao pronunciar a condenação do Primeiro Ministro Jean Kambanda por crimes contra a humanidade e genocídio, refere-se à missão da Corte de traduzir em justiça as pessoas responsáveis de crimes *em nome da comunidade internacional*, porquanto esses crimes constituem-se em proibições absolutas – atroz e chocantes à consciência humana, por isso revestidos de uma gravidade particular⁴³⁶.

⁴³⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §168. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁴³⁵ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §173. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁴³⁶ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean Kambanda**. Chambre I. Arusha, 4 septembre 1998. §§ 42-43. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-97-23/trial-judgements/fr/980904.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

A primeira etapa de funcionamento de ambas as jurisdições penais internacionais *ad hoc* enfrentou alegações preliminares de incompetência, relacionadas à ilegitimidade de sua criação pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, criando-se uma oportunidade para a sedimentação das decisões no sentido de sua competência.

No julgamento da exceção prejudicial de incompetência interposta pela defesa no caso Dusko Tadic, a Câmara de Primeira Instância do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia rejeitou a exceção, entendendo que sua competência seria expressamente limitada a processar violações ao direito internacional humanitário que decorram do direito costumeiro e que sua criação pelo Conselho de Segurança se deu após a constatação de que essas violações se constituíam em uma ameaça à paz internacional. Especificamente sobre as alegações do acusado de que a existência da jurisdição internacional seria uma ofensa à soberania dos Estados, a decisão pontua que os crimes de sua competência não possuem caráter puramente nacional, mas universal, por isso transcendendo aos interesses de um só Estado, motivo porque nessas circunstâncias os direitos de soberania estatais não devem se sobrepujar sobre o direito da comunidade internacional de forma apropriada na medida em que essas violações tocam o conjunto da humanidade e suscitam a indignação de todas as Nações, não podendo haver, por consequência, objeção a que um Tribunal legalmente constituído julgue tais crimes em nome da comunidade internacional. A decisão corrobora, ainda, a ideia de que os crimes cometidos pelo acusado fazem parte do direito internacional costumeiro, existentes anteriormente à criação do Tribunal⁴³⁷.

No mesmo sentido, o TPII entendeu ser competente para o julgamento dos crimes cometidos pelo então Presidente Milosević, que invocou a sua imunidade como tese prejudicial. A Câmara de Primeira Instância fez observações sobre a evolução da responsabilidade penal internacional do indivíduo desde o Estatuto de Nuremberg, que ganhara *status* de direito costumeiro e que o princípio de direito internacional que em certas circunstâncias protege os representantes dos Estados não pode se aplicar aos atos reputados como criminosos pelo próprio direito internacional, motivo porque os autores desses atos não podem invocar a sua qualidade oficial para se subtraírem da punição, como lembrara a Câmara dos Lordes na apreciação do caso Pinochet⁴³⁸.

⁴³⁷ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic**. Affaire n° IT-94-1-T. La Chambre de Première Instance. Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense. Décision du 10 août 1995, §§19, 21, 42, 44. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/fr/950810.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁴³⁸ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Slobodan Milosević**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° IT-94-1-T. Décision rendue le 8 novembre 2001, §§28-33.

No limiar da implementação de uma Corte Penal Internacional permanente restavam contradições a serem superadas, tais como a (in)exigência de um conflito armado⁴³⁹ para a configuração do crime contra a humanidade e a necessidade de definição mais precisa dos elementos que fazem parte da sua definição, bem como da definição do crime de genocídio.

Mas de toda essa construção inicial, pode-se retirar algumas convergências que se relacionam à configuração de grave violação contra a humanidade, as quais irão se confirmar na fase subsequente. Nesse sentido, a construção jurisprudencial acerca dos crimes contra a humanidade e de genocídio leva à interpretação de que *a priori* grave violação se encontra relacionada com quatro fatores principais: a amplitude das ofensas cometidas, a imposição de sofrimento grave às vítimas, a intenção deliberada de imprimir às vítimas a perda de sua dignidade e a violação ao direito internacional costumeiro.

Essas construções iniciais se consolidam na medida em que a aplicação do conteúdo dos estatutos aos fatos concretos vai se tornando repetida e que a construção jurisprudencial começa a se sedimentar, conhecendo espaços de consenso. Para nós, isto ocorre quando a construção jurisprudencial conduzida pelo direito internacional penal conhece uma fase de harmonização, especialmente a partir do momento em que a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional de Ruanda começa a interagir com a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional e dos Tribunais Penais Híbridos.

É a partir de então que a leitura das decisões permite aferir que espécies de violações são efetivamente atentatórias a todas as pessoas (dimensão individual) e a todas às sociedades (dimensão coletiva) independentemente de sua cultura, possibilitando a formulação de um conceito de grave violação retirado de algumas das características identificadas no crime de genocídio e nos crimes contra a humanidade, especialmente a partir das seguintes convergências identificadas na construção jurisprudencial: a relação entre grave violação e a amplitude e organização das ofensas, a relação entre grave violação e a imposição de sofrimento

Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/fr/11108JN517111.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴³⁹ Esta exigência conhece uma mudança no curso da construção jurisprudencial internacional penal. No caso *Tadić* relativo à exceção prejudicial de incompetência, a Câmara já afirmava que a ausência de ligação entre os crimes contra a humanidade e um conflito armado internacional seria já uma regra estabelecida pelo direito internacional costumeiro (Arrêt Tadic, §141). No entanto, ainda assim, na decisão do caso Kunarac, A Câmara de Apelação continuava a afirmar que o artigo 5º do Estatuto somente conferia competência ao Tribunal para julgar atos cometidos no curso de um conflito armado (Arrêt Kunarac, §86). A mudança definitiva ocorre a partir do julgamento do caso Mrksic, quando o Tribunal reconhece que a exigência para os crimes contra a humanidade de um elo com um conflito armado encontra sua origem no Estatuto de Nuremberg, mas que os instrumentos adotados após o Estatuto do TPII (tais como o Estatuto de Roma e o Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa ou as Câmaras Extraordinárias Cambojanas) confirmam a posição menos restritiva do direito internacional costumeiro, de modo a não mais fazer-se a exigência desse elo (*Jugement Mrksic*, § 431).

grave às vítimas e a relação entre grave violação e a imposição de perda de dignidade humana das vítimas.

A jurisprudência sobre a amplitude dos crimes relaciona-se de forma íntima com o caráter internacional dos dois crimes: na hipótese do crime contra a humanidade, com seu elemento ataque generalizado ou sistemático, e no crime de genocídio com a intenção de destruir um grupo no todo ou em parte, porquanto são estes os elementos essenciais a fazer a ligação das vítimas diretas dos crimes com a vítima coletiva, a humanidade.

No julgamento do caso Milomir Stakić, a Câmara de Primeira Instância do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia refere que ataque generalizado diz respeito a sua grande escala e ao seu grande número de vítimas. Por sua vez, a Câmara relaciona ataque com o caráter organizado dos atos de violência e a improbabilidade de seu caráter fortuito.

Referindo-se aos eventos que tiveram lugar na municipalidade de *Prijedor* entre abril e setembro de 1992, pelo fato de sua amplitude, concluiu a Câmara que não se poderia afirmar que as ofensas seriam dirigidas unicamente contra um único grupo limitado de pessoas escolhidas por acaso. Ao contrário, a decisão asseverou que a população não-sérvia foi diretamente a ofendida pelas forças militares sérvias. Nas relações de combate, essas forças militares eram detentoras de uma superioridade esmagadora. Além disso, a Câmara restou convencida de que o ataque dirigido contra a população civil fora preparado desde janeiro de 1992, data da criação da Assembleia do povo sérvio de *Prijedor*, que contava com a realização de um projeto para retirar do local todo o povo não-sérvio⁴⁴⁰.

A amplitude das consequências do crime como demonstração de gravidade das ofensas vem demonstrada pela jurisprudência do TPII na decisão da Câmara de Primeira Instância no julgamento de Biljana Plavšić, que fixa como critérios de gravidade a amplitude e a extensão das perseguições, o número de vítimas mortas, expulsas ou transferidas à força e os tratamentos particularmente desumanos infligidos, além da campanha de separação étnica que fez milhares de mortos e provocou a expulsão de milhões de outras pessoas em condições de extrema brutalidade.

As expulsões e as transferências forçadas de muçulmanos, croatas e outros não-sérvios da Bósnia foram acompanhadas de atrocidades e particularmente de massacres. Em 1992, cinquenta mil pessoas, por exemplo, foram mortas. Em alguns casos, apenas após a descoberta e a exumação dos corpos encontrados nas sepulturas no período posterior às atrocidades,

⁴⁴⁰ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milomir Stakić**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 31 juillet 2003, §§ 625-629. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/fr/sta-tj030731-f.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

possibilitou-se estabelecer a verdadeira amplitude dos massacres⁴⁴¹. Essa amplitude e o caráter sistemático dos crimes enquanto reveladoras de sua gravidade particular vêm demonstradas ainda com mais solidez na jurisprudência dos *affaires Martić*⁴⁴² e *Popović*⁴⁴³, *Dorđević*⁴⁴⁴ e *Tolimir*⁴⁴⁵.

No *affaire* Stanislac Galič, o Tribunal relaciona igualmente a gravidade das ofensas com a sua amplitude, afirmando que o caráter generalizado e contínuo dos ataques é evidenciado pelo seu porte e sua repetição. A natureza desses ataques aterrorizou os habitantes de Sarajevo (homens, mulheres, crianças e idosos), matando centenas de civis e deixando feridos outros milhares durante suas ocupações cotidianas. A amplitude das ofensas é, nesse caso, relacionada também com o grau de sofrimento físico e psicológico imputado às vítimas.

Nesse sentido, o julgamento menciona que Sarajevo se tornou um símbolo de cidade em que as pessoas poderiam se tornar vítimas de violências cegas e onde as condições de vida se tornaram extremamente difíceis e angustiantes, em razão das circunstâncias aterrorizantes da campanha de ataques organizada pelas forças comandadas pelo condenado. A Câmara de primeira instância refere-se expressamente à intenção dos perpetradores de cometer atos desumanos, evidenciada por sua vontade de infligir grandes sofrimentos físicos e mentais à

⁴⁴¹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Biljana Plavšić**. La Chambre de Première Instance, Jugement du 27 février 2003, §§ 41, 42, 52. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/fr/pla-sj030227f.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

⁴⁴² « Milan Martić a également été déclaré coupable des crimes d'expulsion et actes inhumains (transfert forcé). La Chambre de première instance rappelle en particulier que des crimes généralisés et systématiques (meurtres, violences, atteintes à la propriété, etc.) ont été commis contre la population non serbe dans le cadre du climat coercitif qui régnait dans la SAO de Krajina et la RSK entre 1991 et 1995, provoquant ainsi le déplacement forcé de la quasi-totalité des Croates et autres non-Serbes. Elle considère que l'ampleur et le caractère systématique de ces crimes sont des éléments d'une gravité particulière ». NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milan Martić**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 12 juin 2007, § 489. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/fr/090612f.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁴⁴³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Vujadin Popović, Ljubisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletić, Milan Gvero, Vinko Pandurević**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 10 juin 2010. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/fr/100610_1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁴⁴⁴ « La Chambre de première instance conclut que l'enchaînement des faits décrits plus haut — en particulier le grand nombre de villages attaqués, l'ampleur des destructions de biens et le grand nombre de personnes tuées ou contraintes de quitter leur foyer — atteste le caractère généralisé de l'attaque lancée au Kosovo au second semestre de 1998 ». NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Vlastimir Dorđević**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le : 23 février 2011, § 1598. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/fr/110223_djordjevic_judgt_fr.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁴⁴⁵ « La Chambre de première instance a fait état de témoignages montrant qu'« un grand nombre de Musulmans et/ou de Croates de Bosnie ont été tués par les forces serbes de Bosnie » dans les Municipalités⁴⁰. Elle a également rappelé sa conclusion antérieure selon laquelle ces témoignages « permettaient d'établir que les Musulmans et/ou les Croates de Bosnie ont été victimes de meurtres commis à grande échelle et dans l'intention de faire subir les persécutions visées aux chefs 3 à 6 de l'Acte d'accusation ». NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zdravko Tolimir**. La Chambre de première instance II. Jugement rendu le : 12 décembre 2012, § 18. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tolimir/tjug/fr/121212.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

população de Sarajevo, de ofendê-los gravemente em sua dignidade humana, sabendo que seu comportamento possuía o condão de causar tais danos⁴⁴⁶.

A gravidade da ofensa relaciona-se intimamente com a imposição de agudo sofrimento às vítimas e o menosprezo à dignidade humana, como demonstra o julgamento de Milorad Krnojelac, em que a Câmara de Primeira Instância II, ao referir que a apreciação da gravidade de um ato deve levar em conta o sofrimento imputado às vítimas, as dores mentais que lhe são imputadas e a ofensa à sua dignidade enquanto ser humano, tal como ocorre com a imposição de uma condição de vida atroz e deplorável imposta aos detentos não-sérvios de um campo de trabalhos, os quais se constituem em atos desumanos e tratamentos cruéis⁴⁴⁷. Aqui, mais uma vez, percebe-se que como valor subjacente à violação dos direitos se encontram a dignidade e o não-sofrimento.

Os meios de execução de crimes dessa amplitude são também relevantes para o caráter chocante das ofensas que transcendem as suas vítimas diretas, como explicita a Câmara de primeira instância no julgamento do *affaire* Miroslav Bralo, ao afirmar que durante as perseguições que o acusado executou contra os habitantes muçulmanos dos vilarejos de Nadioci e Ahmići, o mesmo matara a golpes de faca uma jovem mulher enquanto seus subordinados executavam seus pais. Além disso, o acusado participou de um dos ataques mais violentos dirigidos contra uma comunidade durante todo o conflito da Bósnia-Herzegovina, durante o qual a comunidade muçulmana foi dizimada, cujos sobreviventes foram expulsos de suas casas, as quais foram destruídas ou incendiadas⁴⁴⁸. Entende-se que esses meios de execução são a forma mais aguda e cruel de violar as vítimas (individuais e coletivas) nesses mesmos valores subjacentes dignidade e não-sofrimento.

A mesma lógica se aplica na construção jurisprudencial do TPII para o crime de genocídio, porquanto no julgamento do caso Krstić a Câmara de apelação assevera que o genocídio se singulariza por sua reprovação particular, constituindo-se em um crime horrível em razão de sua amplitude, pelo fato de seus autores desejarem a aniquilação de grupos humanos inteiros e por conceberem privar a humanidade de riquezas que as nacionalidades, as raças, as etnias e as religiões oferecem, tratando-se, por isso, de um crime contra o gênero

⁴⁴⁶ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Stanislav Galić**. La Chambre de Première Instance, Jugement rendu le 5 décembre 2003, §§ 154, 764. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/fr/gal-acjud061130f.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁴⁴⁷ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milorad Krnojelac**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 15 mars 2002, §§ 130-133. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

⁴⁴⁸ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Miroslav Bralo**. La Chambre de Première Instance, Jugement rendu le 7 décembre 2005, §§28-30. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/bralo/tjug/fr/bra-sj051207-f.pdf>> Acesso em: 24 fev. 2017.

humano em seu conjunto, que toca não somente o grupo que se busca destruir mas toda a humanidade⁴⁴⁹.

A condenação por genocídio de Rodovan Karadžić pelo TPII relaciona a crueldade dos atos de execução com o sentido de grave ofensa contra a humanidade, referindo-se a Câmara de Apelação reiteradamente à forma como os muçulmanos e os croatas da Bósnia foram tratados. Durante sua detenção, sofriam toda sorte de violências que acarretavam consequências as mais graves. Além disso, homens, mulheres e meninas eram igualmente vítimas de estupro repetidamente nesses locais, tendo os elementos de prova examinados pela Câmara, apreciados em seu valor máximo, mostrando que muçulmanos e croatas da Bósnia foram vítimas de brutalidades, especialmente de estupro e de violências graves à integridade física. Além disso, essas vítimas suportaram tratamentos cruéis e desumanos, tortura, violências físicas e psicológicas, condições de existência desumanas e trabalhos forçados, bem como condições deploráveis em matéria de abrigo, aquisição de alimentos e água, cuidados médicos e instalações sanitárias, os quais eram suscetíveis de levar à sua destruição física⁴⁵⁰.

Jurisprudência semelhante irá se sedimentar na construção do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como é o caso da condenação por crime contra a humanidade de Athanase Seromba, em que a Câmara de Primeira Instância se refere à presença de um ataque massivo demonstrado por sua grande escala, resultando em uma gravidade considerável e dirigido contra uma multidão de vítimas. Por seu turno, o caráter sistemático do ataque advém de sua cuidadosa organização, segundo um modelo regular de execução de um plano concertado⁴⁵¹.

Essa construção jurisprudencial dos Tribunais Penais Internacionais *Ad Hoc* se confirma na incipiente jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, que tem pronunciadas poucas decisões, mas que no julgamento do caso Germain Katanga parece ter deixado transparecer o sofrimento como sendo um valor subjacente à violação dos direitos envolvidos.

⁴⁴⁹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004, § 36. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁴⁵⁰ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Rodovan Karadžić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 11 juillet 2013. §§35-37, 46, 49. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/fr/130711_arret_rule98bis.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2017.

⁴⁵¹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour le Rwanda. **Le Procureur c/ Athanase Seromba**. Chambre de première Instance. 13 décembre 2006. Affaire n° ICTR-2001-664, §356. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48b804d62>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

Nesse sentido, analisando a amplitude das consequências do crime, refere que os elementos de prova demonstram a existência de numerosas vítimas⁴⁵², vítimas essas que sofreram perseguições, maus tratos, lesões e mortes⁴⁵³, chamando a atenção para a ausência de qualquer piedade para com elas⁴⁵⁴.

A imposição de sofrimento e a perda de dignidade parece ser, portanto, um traço comum identificado pela construção da jurisprudência em matéria penal quando se trata da análise de graves violações traduzidas nos crimes mais graves que transcendem às vítimas individuais e por isso mesmo acabam por tocar a humanidade em seu conjunto.

⁴⁵² « *Pour la Chambre, les éléments de preuve montrent que la bataille de Bogoro a causé de nombreuses victimes. Le village était jonché de cadavres y compris de femmes, d'enfants ou de personnes âgées. Certains avaient été découpés à la machette et d'autres avaient été tués par balle*1972. Plusieurs témoins ont également déclaré avoir vu des personnes être blessées1973 ou ont dit avoir été eux-mêmes blessés. Enfin le témoin P-233 a affirmé que, lors de leur retour à Bogoro en 2005, les habitants avaient découvert de nombreux ossements. Seuls ceux de deux personnes dont l'une était le pasteur Babona ont toutefois pu être identifiés ». TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL. **Le Procureur c/ Germain Katanga**. Chambre de Première Instance II. Jugement du 7 mars 2014, § 836. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴⁵³ « *Au vu de l'ensemble des éléments de preuve versés au dossier, la Chambre conclut donc que la population majoritairement hema de Bogoro a été pourchassée, maltraitée, blessée ou tuée lors de l'attaque du 24 février 2003 et que ces actes étaient notamment le fait de combattants ngiti de la collectivité de Walendu-Bindi* ». TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL. **Le Procureur c/ Germain Katanga**. Chambre de Première Instance II. Jugement du 7 mars 2014, § 849. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴⁵⁴ « *La Chambre rappelle aussi que plusieurs témoins ont déclaré avoir entendu les menaces des assaillants et les supplications des victimes, qui pleuraient ou imploraient leur clémence* ». TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL. **Le Procureur c/ Germain Katanga**. Chambre de Première Instance II. Jugement du 7 mars 2014, § 853. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2017.

4. O CRIME CONTRA A HUMANIDADE E O GENOCÍDIO: UMA CONSTRUÇÃO POSITIVA FEITA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Uma das principais contribuições do direito internacional dos direitos humanos foi ter devidamente colocado o indivíduo no centro da proteção do direito internacional, como objeto principal de sua tutela⁴⁵⁵, especialmente após o redesenho que ganha na segunda metade do século XX.

A esse respeito, embora muitas convenções internacionais não tenham criado, por si só, crimes internacionais propriamente ditos, com previsão de sanção e responsabilização pessoal de seus autores por uma jurisdição penal nacional ou internacional, foram elas propulsoras de uma série de modificações do direito internacional, no que tange a aspectos dos contornos que esses crimes irão adotar no futuro e do seu regime jurídico, tal como a proibição de anistia, de prescritibilidade e de imunidade.

Nessa seara se mostra bastante nítida a relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal, e isto não somente no que diz respeito à elaboração do conceito de crime contra a humanidade e do crime de genocídio.

De um lado, o direito internacional dos direitos humanos é um corpo autônomo protetivo que contribui para a elaboração do direito internacional penal por meio do pilar das convenções internacionais, as quais possuem um duplo objeto: a proteção dos direitos humanos e a imposição de obrigação aos Estados da repressão dessas violações no plano nacional.

De outro lado, trata-se de uma dimensão dos direitos humanos correspondente ao modelo de sociedade humana universal⁴⁵⁶ (oposta ao modelo arcaico dos Estados soberanos) que, como tal, funda-se no respeito pelo ser humano. Esse novo modelo coloca o indivíduo no centro dos direitos e transfigura a sua violação em um crime cuja repressão independe da vontade dos Estados.

⁴⁵⁵ Como afirma Thomas Buergenthal, “*traditional international law developed various doctrines and institutions that were designed to protect different groups of human beings: slaves, minorities, certain native populations, foreign nationals, victims of very massive violations, combatants, etc. That law and practice provided the conceptual and institutional underpinnings of contemporary international human rights law. The most important feature of that law is that it recognizes that individuals have rights as human beings and that these rights are protected by international law*”. In: BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights**. St. Paul: West Publishing Co., 1988, p. 16.

⁴⁵⁶ « [...] il y a une autre dimension des droits de l’Homme qui correspond à une définition fonctionnelle : ceux-ci sont aussi l’expression la plus directe du modèle de la Société humaine universelle, face au modèle de la Société des Etats souverains. “L’introduction des droits de l’Homme dans l’ordre juridique international signifie en effet que le droit international, comme le droit interne, devrait être fondé sur le respect de la liberté et de la dignité de l’être humain. Cela signifie aussi que le seul vrai sujet de droit est l’individu ». FROUVILLE, Olivier de. **Droit international pénal**. Sources. Incriminations. Responsabilité. Paris : Pédone, 2012, p. 8.

Assim, os direitos humanos embasam os aspectos do direito internacional penal que se relacionam à defesa de uma ordem de sociedade humana universal e lhe impregnam conteúdo. Essa noção se aplica perfeitamente à edificação do conceito de crime contra a humanidade e do crime de genocídio, porquanto se tratam de crimes que afetam o que há de humano em todos os seres humanos sem exceção – o irreduzível humano⁴⁵⁷ – e essa definição comum de humanidade é precisamente o que o direito internacional dos direitos humanos se desincumbe mais facilmente de identificar. Ele o faz tanto por meio das convenções internacionais de direitos humanos quanto pelas decisões oriundas das jurisdições internacionais que as aplicam, auxiliando na tarefa de identificar os valores universais.

Diversamente do direito internacional penal que se ocupa de violações já ocorridas, razão pela qual se nominou a sua construção de negativa, o direito internacional dos direitos humanos construiu-se a partir de uma metodologia diversa, ocupado em tentar identificar valores a promover. A combinação de ambas as construções e as relações íntimas entre esses dois braços do direito são fundamentais para a reta final da caminhada de identificação dos valores universais da humanidade e que consequências essa proteção traz ao direito internacional.

4.1 A construção normativa

A delimitação do conceito de grave violação à humanidade ganha uma grande riqueza de contornos, de modo a influenciar a própria definição dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, a partir da grande produção de convenções internacionais de direitos humanos que começa a ocorrer especialmente após o segundo pós-guerra, impulsionada pela criação das Nações Unidas e pelo surgimento dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

A criação das Nações Unidas inaugura o que se pode chamar sistema universal de proteção e, desde o seu primeiro alicerce, esse edifício traz expresso o que entende por valor essencial a proteger: o preâmbulo da Carta de São Francisco contém em suas primeiras linhas uma declaração de fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor do ser

⁴⁵⁷ A ideia do irreduzível humano consiste justamente na tentativa de isolar um núcleo duro de direitos dos seres humanos os quais não podem lhe ser negados (irreduzíveis) e que são, portanto, irrevogáveis, independentemente do tempo – atemporais (do que decorre a imprescritibilidade do crime contra a humanidade) – e do espaço (do que decorre a sua universalidade). Sobre a noção de irreduzível humano, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Paris, n. 3, Jui-Sep. 1994, pp. 477-490.

humano⁴⁵⁸, aparentemente erigindo a dignidade humana como base subjacente desses direitos fundamentais.

O valor dignidade humana será a partir de então, acredita-se, a pedra de toque da construção normativa subsequente. Pormenorizando o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto internacional de direitos civis e políticos⁴⁵⁹ e o Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais reconhecem em seu preâmbulo a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, entendendo que esta dignidade constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

O primeiro instrumento, ampliando o rol de direitos civis e políticos contidos na Declaração, além de criar para os Estados a obrigação positiva de respeitá-los e promovê-los, enumera direitos que não são passíveis de sofrer essas restrições, o que confere alguns indícios acerca de quais desses direitos possuem a conotação de prerrogativas absolutas, já que não podem ser relativizados no plano do direito interno.

Trata-se dos direitos previstos no Pacto em seus artigos 6 (direito à vida), 7 (interdição da tortura e de tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos), 8 (interdição da escravidão), 11 (interdição da prisão por descumprimento de obrigação contratual), 15 (proibição de ser processado por fato que não seja previsto como crime ou que não seja considerado delituoso de acordo com os princípios reconhecidos pela comunidade das nações), 16 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica a todas as pessoas) e 18 (direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião), conforme previsão restritiva de seu artigo 4⁴⁶⁰.

A impossibilidade de relativização desses direitos parece estar ligada ao valor subjacente a eles. Quando o preâmbulo afirma que a dignidade humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, pensa-se que é esse valor dignidade que se encontra inerente à impossibilidade de que os direitos a ela intimamente ligados sejam excepcionados.

Apesar de não criar obrigações imediatas de cumprimento aos Estados, de uma maneira mais sutil, mas com o mesmo objetivo de fazer respeitar esses direitos, o Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais determina aos Estados o compromisso

⁴⁵⁸ Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, São Francisco, 26 de junho de 1945.

⁴⁵⁹ Preâmbulo do Pacto internacional de direitos civis e políticos de 16 de dezembro de 1966 e do Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais de 19 de dezembro de 1966.

⁴⁶⁰ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 4. 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18.

de adotar medidas para satisfazê-los, devendo fazê-lo de forma progressiva, inclusive mediante a adoção de disposições legislativas.

Por esse motivo, a pesquisa se volta aqui mais uma vez à corrente de pensamento do Professor Alfred Verdross. Neste ponto, no que se refere à sua doutrina de que a dignidade atua como um catalizador dos direitos humanos, servindo de seu fundamento, afasta-se da doutrina que faz a separação entre a dignidade como sendo apenas um instrumento a serviço da humanidade e que considera os direitos humanos como um mecanismo de proteção das liberdades, sobretudo das liberdades individuais⁴⁶¹. Compreende-se que no seu nascedouro a doutrina dos direitos humanos surgiu a fim de limitar o arbítrio do poder do Estado a fim de preservar as liberdades, mas na medida em que seu conteúdo começou a ganhar a necessidade de proteção de outros direitos e alcançou o terreno do direito internacional, esse caráter dos direitos humanos deixou de ser exclusivo.

Em uma análise abrangente, o Professor Antonio Truyol y Serra explica de que maneira Alfred Verdross utiliza a dignidade humana como valor para a construção de um direito internacional para a humanidade⁴⁶². Verdross parte da premissa de que a existência de um direito positivo contém intrínseca uma regra ética, distanciando-se do positivismo jurídico dominante de sua época e aproximando-se tanto da doutrina de direito natural de Vitoria, Suarez e Grócio, quanto de uma filosofia de valores. Verdross entende que é preciso conciliar o caráter absoluto de certos valores com o conhecimento relativo que os seres humanos possuem a respeito deles. Nesse sentido, o direito positivo exprime esses valores e o faz de maneira relativa na medida em que os utiliza de acordo com o desenvolvimento da civilização.

Por isso, sublinha a importância histórica do que denomina sentimento jurídico e da consciência jurídica, os quais se aliam a outras representações éticas, de modo a fazer com que o direito positivo abrigue normas que tenham por objeto a vida em comum dos indivíduos em uma comunidade. Os seres humanos, fazendo parte de comunidades reduzidas e de comunidades mais amplas, fazem com que exista uma hierarquia de comunidades, da qual a comunidade internacional ocupa o topo, dando lugar a toda sorte de relações, que criam obrigações de uns em relação aos outros. O regramento dessas relações no âmbito da

⁴⁶¹ Para uma melhor compreensão sobre o tema, Catherine Le Bris, filiando-se à segunda corrente, defende que os direitos humanos são protetores das liberdades individuais e que a noção de dignidade humana pertence ao terreno da proteção da humanidade. LE BRIS, Catherine. **L'humanité saisie par le droit international public**. Paris : LGDJ, 2012, pp. 76-98.

⁴⁶² TRUYOL Y SERRA, Antonio. Verdross et la théorie du droit. **European Journal of International Law**. Vol. 6, 1995, pp 55-69.

comunidade internacional incumbiria a um direito positivo, amparado nessas leis naturais, atento aos valores constantes nessa mesma comunidade. Eis o papel do direito internacional.

Nesse sentido, o reconhecimento de uma comunidade implica necessariamente o reconhecimento de seus valores e, para Verdross, a legitimidade que torna possível essa obediência às normas de direito positivo é garantir aos membros dessa comunidade uma existência digna da condição humana. Aqui se encontra o ponto crucial que explica o porquê de Verdross situar a dignidade como valor subjacente à construção do direito como um todo e especificamente do direito internacional naquilo em que tem por objeto a proteção da comunidade humana.

Antonio Truyol y Serra afirma, nesse sentido, que considerando que a dignidade humana é condição prévia da ordem de toda comunidade, podem-se extrair algumas consequências desses postulados da doutrina de Verdross.

A primeira consequência diz com o fato de que a ordem de toda comunidade deve reservar ao ser humano um espaço no qual ele possa agir como ser livre e responsável. Este, aliás, parece ser também um dos fundamentos da centralidade do indivíduo no direito internacional. Além disso, a ordem da comunidade deve assegurar e proteger esse espaço dos indivíduos, criando-se limites que devem ser colocados à disposição da autoridade dessa comunidade – o que parece igualmente ser o fundamento da imperatividade do direito internacional quando essa comunidade a ser regrada é a comunidade humana.

Por fim, diz Verdross que esse dever de obediência dos membros em relação à comunidade não é absoluto, encontrando seu limite na dignidade da pessoa humana. Entende que a dignidade do ser humano pode servir inclusive de fundamento para a limitação da soberania dos Estados naquilo em que possuem normas que contrariam o direito internacional, por não observarem o dever de respeito a essa dignidade humana.

Esse substrato da dignidade parece constar como fundamento da construção normativa subsequente à criação das Nações Unidas e em textos como a Declaração universal dos direitos humanos de 1948.

Embora a declaração não possua valor de tratado internacional⁴⁶³, entende-se que seu teor se constitui em uma tentativa de expressar os valores principais da comunidade humana,

⁴⁶³ “En la práctica de las Naciones Unidas, una declaración es un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible. Así pues, son las declaraciones actos solemnes por las cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adaptados con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados”. VENTURA-ROBLES, Manuel E. El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (Org.), **The modern world of human rights – El mundo moderno**

trazendo um corpo de princípios e de prerrogativas individuais e coletivas que lhe alçam à categoria de direito internacional consuetudinário.

Simbolizando alguns dos valores mais caros da sociedade contemporaneamente à sua proclamação, enquanto um modelo acerca do que a comunidade internacional e a consciência jurídica universal entendem por direitos mais fundamentais, a Declaração universal dos direitos humanos ganha força normativa ou valor jurídico na medida em que serve de parâmetro para medir o quanto os Estados promovem ou desrespeitam os direitos dos indivíduos que se encontram sob sua tutela.

Esses direitos são proclamados sob a forma de duas categorias: de um lado, os direitos civis e políticos e, de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Como parte dos primeiros se encontram o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à liberdade de expressão, de religião, de associação e de locomoção, a não ser detido arbitrariamente, a proibição da escravidão, da tortura, de tratamentos cruéis, degradantes e desumanos, além de direitos processuais como o devido processo legal, a presunção de inocência e de direitos políticos, como o de eleger representantes e ser elegível.

Como parte dos segundos estão o direito à assistência social, ao trabalho, a um nível de vida adequado, à educação e ao acesso à cultura.

Existe, no entanto, uma diferença entre o fato de esses direitos serem universais, o que significa que são reconhecidos por todas as comunidades humanas, e o fato de serem absolutos, o que seria a impossibilidade de lhes impor limitações. A própria declaração reconhece que muitos deles são relativos, permitindo-se aos Estados, dentro de certos limites que não impliquem a sua supressão, impor-lhe igualmente regulações.

Por isso, esses direitos devem ser analisados em cotejo com as regras de *jus cogens*, permitindo-se perquirir em que hipóteses essas restrições não são possíveis a ponto de atribuir-lhe o caráter de direitos universais e absolutos.

Portanto, mais uma vez o valor dignidade deve servir como valor para se cotejar a natureza desses direitos, entendendo-os por direitos absolutos e universais quando a sua limitação se configurar em violação à dignidade humana. Essa análise parece ainda mais coerente se a violação de um desses direitos, em ofensa à dignidade humana, caracterizar um crime de genocídio ou um crime contra a humanidade, na medida em que esses crimes visam a proteção de direitos que não admitem limitação. É o caso, por exemplo, da impossibilidade da excepcionalização da tortura, não integrando a margem de apreciação nacional a criação de

exceções ao direito de todas as pessoas de não serem torturadas, sob nenhuma hipótese. A proibição da tortura é regra que pertence ao núcleo duro de direitos de *jus cogens*.

Esse mesmo tom que emerge da dignidade humana aparece na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, positivando sob a forma de um tratado internacional a igualdade de todas as raças e criando um sistema jurídico norteado pelo princípio de não discriminação, de modo a proibir todo e qualquer ato de discriminação racial consistente na distinção, exclusão, restrição ou preferência adotados por razões de raça, cor, linhagem, origem nacional ou étnica.

O direito a não-discriminação é igualmente consequência do postulado geral da dignidade de todos os seres humanos, proclamada nos textos anteriores, como a Carta das Nações Unidas e a Declaração universal dos direitos humanos⁴⁶⁴, confirmando a ideia de que o valor dignidade humana serve como valor subjacente à proteção de direitos que se compreende por universais e impassíveis de relativização.

O instrumento consiste em fonte de obrigações negativas e positivas aos Estados, na medida em que os obriga à prática da não-discriminação por interposição de seus agentes e a adequar seus respectivos ordenamentos jurídicos de forma a torná-los compatíveis com o direito internacional, o que parece uma demonstração de supremacia do direito internacional sobre o direito interno naquilo em que legitimamente protege um valor universal, porquanto impõe aos Estados a obrigação de realizar o controle de convencionalidade de seu direito interno e lhes retira uma substancial parcela da margem nacional de apreciação.

Sob a égide do mesmo princípio, a Convenção internacional sobre a eliminação e a repressão do crime de *apartheid* de 1973, tipificando a prática de *apartheid* como sendo um crime contra a humanidade. A Convenção os define como sendo as práticas e políticas de segregação racial ocorridas no sul da África e cria um sistema paralelo de responsabilização, da mesma forma como o faz a convenção do genocídio. Nesse sentido, atribui responsabilidade tanto aos Estados quanto aos indivíduos, com previsão, quanto a esses, de competência universal, o que representa uma sorte de supremacia do direito internacional em uma perspectiva horizontal, da qual se ocupará oportunamente.

Analisando outras convenções internacionais que possuem finalidades semelhantes, elaboradas em seguimento à criação das Nações Unidas, e utilizando-se novamente da doutrina de Alfred Verdross, naquilo em que concebe a existência de um valor subjacente à proteção de

⁴⁶⁴ SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l'homme**. 13^e édition refondue. Paris : Presses universitaires de France, 2016, p. 427.

direitos, paralelamente ao valor dignidade humana transparece a emergência de um outro valor, de natureza negativa, que se relaciona com o sofrimento humano.

O propósito de proteção da dignidade humana, valor positivo a promover conjugado com o intuito de prevenir o sofrimento humano, valor negativo a interditar, será a pedra de toque da construção normativa orquestrada pelo sistema universal das Nações Unidas, composta não somente de convenções internacionais como também na praxe da organização consistente na elaboração de uma série de resoluções⁴⁶⁵.

A proteção desses valores parece estar clara, por exemplo, no texto da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, que teve como fator determinante as práticas de extermínio dos judeus e de minorias nacionais, étnicas e religiosas durante a II Guerra Mundial e foi adotada a partir da construção criada por Raphaël Lemkin⁴⁶⁶ e em seguida pelos trabalhos impulsionados pela Resolução 96 (I) da Assembleia Geral de 11 de dezembro de 1946, que começou por explicitar o conceito de genocídio, descrevendo-o como sendo a recusa do direito à existência de grupos humanos inteiros, recusa essa que afeta a consciência humana, inflige grandes perdas à humanidade a qual se encontra assim privada de aportes culturais ou outros aportes desses grupos e é contrária à lei moral, ao espírito e aos fins das Nações Unidas.

A Assembleia Geral, afirmando o caráter de crime de direito das gentes que o mundo civilizado condena e pelo qual seus autores, quaisquer que sejam (pessoas privadas, funcionários ou homens de Estado), devem ser punidos, convidou os Estados membros a adotar medidas legislativas necessárias para prevenir e reprimir esse crime, para isso encarregando o Conselho econômico e social de fazer os estudos necessários para redigir o projeto de convenção.

Em seguida, a Resolução 260 (III) de 9 de dezembro de 1948 da Assembleia Geral da ONU adotou o texto da convenção, definindo o genocídio como sendo o ato cometido com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, por meio do homicídio de membros do grupo, ofensa grave à integridade física ou psíquica de

⁴⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2a. edição. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 359.

⁴⁶⁶ Lemkin criou a palavra genocídio a partir da união do termo grego *genos* (raça) com o termo latino *caedere* (matar), que gera o sufixo *cide*. O jurista polonês criou o termo em resposta à Churchill quando se referia aos crimes sem nome cometidos pelos nazistas. Apesar de seu trabalho datar de 1944, durante o processo de Nuremberg, os acusados não tiveram seus atos qualificados como crime de genocídio, mas sim como crimes contra a humanidade em conexão com crimes de guerra. Ainda assim, a expressão foi utilizada diversas vezes pela acusação, o que auxiliou na criação de uma consciência universal acerca da existência do crime de genocídio no direito internacional costumeiro e a sua posterior positivação pelas Nações Unidas. In: *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE*. Carnegie Endowment for International Peace: Washington D.C., 1944.

membros do grupo, submissão do grupo a condições de existência capazes de levar à sua destruição física ou psíquica, impedimento de nascimentos no seio do grupo ou transferência forçada de crianças do grupo para um outro grupo.

A convenção impôs aos Estados uma obrigação no sentido de adotarem as medidas legislativas necessárias para assegurar a aplicação das disposições nela contidas e determinou que os Estados devem prever sanções eficazes contra os responsáveis por crime de genocídio, determinando expressamente que o mesmo não pode ser considerado crime político pelo direito nacional⁴⁶⁷ e não sujeito à imunidade⁴⁶⁸.

Nesse aspecto, parece ressaír do texto da convenção uma supremacia do direito internacional sobre o direito interno, naquilo em que possui o propósito legítimo de proteger a dignidade humana e de prevenir o sofrimento humano contra eventual arbítrio do poder Estatal. Essa supremacia se traduz pela obrigação positiva imposta aos Estados de realizar o controle de convencionalidade consistente na adequação do direito interno ao direito internacional e na redução da margem de apreciação, naquilo em que ela retira dos Estados a liberdade total de legislar em matéria penal.

A convenção prevê ainda duas espécies de jurisdição em decorrência da prática do crime de genocídio: possui competência a Corte Internacional de Justiça para a solução de conflitos entre Estados, compreendendo-se a responsabilização civil do Estado, bem como a interpretação, a aplicação e a execução da convenção⁴⁶⁹; para a responsabilização pessoal, o que significa responsabilidade penal, a convenção prevê que os sujeitos serão responsabilizados diante dos tribunais competentes do território do Estado onde o ato foi cometido ou perante uma Corte criminal internacional⁴⁷⁰.

Na época em que redigido o texto da convenção, não existia Tribunal Penal Internacional, pois as duas Cortes então criadas (Nuremberg e Tóquio) foram Tribunais *ad hoc* com competência para julgar os fatos ocorridos durante a II Guerra Mundial. Por isso, seu final foi consagrado à previsão de um estudo pela comissão de direito internacional a respeito da questão de uma jurisdição criminal internacional. De todo modo, o texto invoca a evolução da

⁴⁶⁷ Artigo 7º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

⁴⁶⁸ Artigo 4º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

⁴⁶⁹ Artigo 9º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

⁴⁷⁰ Artigo 6º da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1948.

comunidade internacional e a necessidade cada vez mais crescente de um órgão judiciário internacional encarregado de julgar certos crimes do direito das gentes.

Inicialmente, cogitava-se que esta comissão de direito internacional, ao fazer este estudo, tomasse em consideração a possibilidade de criar uma câmara criminal na própria Corte Internacional de Justiça o que, sabe-se, foi um plano que restou entorpecido pela guerra fria, já que um novo tribunal internacional só veio a ser instituído após os massacres na ex-Iugoslávia e em Ruanda.

A proteção da dignidade humana e a interdição do sofrimento humano são igualmente subjacentes em convenções internacionais como a Convenção contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de 1984 e a Convenção das Nações Unidas para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados de 2006⁴⁷¹.

A interdição da tortura, a partir dos termos da convenção, assume um caráter de direito universal e absoluto na medida em que declara que não existe nenhuma circunstância, ainda que de extrema excepcionalidade, que possa justificar o seu cometimento⁴⁷².

Em seu artigo 2, a convenção cria para os Estados a obrigação positiva de adotar medidas legislativas, administrativas e judiciais para impedir todas as espécies de atos de tortura em seus respectivos territórios, bem como a obrigação positiva de proteção e prevenção⁴⁷³,

⁴⁷¹ Não se incluiu aqui a Convenção sobre a proibição de trabalhos forçados de 1957 tendo em vista que embora a interdição de trabalhos forçados seja reconhecida como proibição, ganhando caráter de proibição absoluta quando se trata de escravidão, essa interdição já teve sua relativização sedimentada na jurisprudência quando se trata, por exemplo, de trabalho de detentos, de serviço militar ou de trabalho em caso de força maior, os quais seriam resultantes de obrigações cívicas ou de um dever de solidariedade social. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Van der Musselle c/ Belgique**, Requête n. 8919/80. Arrêt, Strasbourg, 23 novembre 1983, §38. Disponível em: <[Affaire Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, Requête n. 13580/88. Arrêt, Strasbourg, 18 juillet 1994, § 23. Disponível em: <](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)

⁴⁷² Artigo 2º da Convenção contra a tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 10 de dezembro de 1984.

⁴⁷³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Slimani c. France**. Requête n. 57671/00. Arrêt du 27 juillet 2004. Disponível em: <[Affaire Riad et Idiab c. Belgique. Requêtes n. 29787/03 et 29810/03. Arrêt du 24 janvier 2008. Disponível em: <\[Affaire Mubilanzila Mayeka et kaniki mitunga c. Belgique. Requête n. 13178/03. Arrêt du 12 octobre 2006. Disponível em: <\\[Affaire Popov c. France. Requêtes n. 39472/07 et 39474/07. Arrêt du 19 janvier 2012. Disponível em: <\\\[Affaire Placi v. Italy. Requête n. 48754/11. Arrêt du 21 janvier 2014. Disponível em: <\\\\[Affaire Hurtado c. Suisse. Requête n. 17549/90. Décision du 28/01/1994. Disponível em: <\\\\\[Affaire Levinta c. Moldova. Requête n.17332/03. Arrêt du 16\\\\\]\\\\\(https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\\\\\\)\\\\]\\\\(https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\\\\\)\\\]\\\(https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\\\\)\\]\\(https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\\\)\]\(https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\\)](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)

criando para os Estados, além disso, uma obrigação negativa específica consistente a assegurar a proibição da prática de tortura, cujo monitoramento resta a encargo de um sistema de supervisão composto da exigência de apresentação de informações pelos Estados, pela utilização de reclamações e por meio de petições individuais⁴⁷⁴.

O mesmo espírito de proteção aos direitos humanos parece ter regido a elaboração da Convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados de 2006. Trata-se de uma convenção internacional de direitos humanos, cujo próprio título refere expressamente o objetivo de proteção das pessoas – daí porque não se vislumbra outro caminho senão a adoção da doutrina da dignidade do ser humano enquanto baliza do direito internacional dos direitos humanos e de proteção da humanidade em seu conjunto. A convenção é ao mesmo tempo uma fonte de direito penal nascida no direito internacional diante de uma grande lacuna existente nos ordenamentos jurídicos domésticos a propósito da incriminação dos desaparecimentos forçados. Ela constitui-se, por isso, na fonte de um movimento descendente que fará com que o crime passe a integrar progressivamente os direitos nacionais⁴⁷⁵.

Além disso, a convenção é fruto de um esforço de codificação conjugado das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos.

Em 1978 a ONU já manifestava a sua preocupação com o desaparecimento de pessoas em todas as regiões do mundo e dos excessos cometidos pelas autoridades supostamente encarregadas da proteção dessas pessoas, bem como de sua consciência acerca do risco que tais práticas representam para a vida, a liberdade e a segurança das pessoas e da angústia e tristeza causadas nos familiares das pessoas desaparecidas⁴⁷⁶.

É relevante destacar o papel da Organização dos Estados Americanos na construção da noção de proibição absoluta dos desaparecimentos forçados, porquanto fora por meio do sistema regional de proteção interamericano que surgira, em 1994, a primeira Convenção sobre

decembre 2008. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-90304"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

⁴⁷⁴ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Pretty c/ Royaume-Uni**, Requête n. 2346/02. Arrête, Strasbourg, 25 avr. 2002, § 50. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-65003"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

⁴⁷⁵ MARTIN-CHENUT, Kathia. **Le renforcement des obligations positives de nature penale dans la jurisprudence interamericaine** : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cone-Sud. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. N. 3, Jui-Sep. 2012, pp. 705-725.

⁴⁷⁶ NATIONS UNIES. Assemblée générale. Resolutions adoptees par l'Assemblée Generale au cours de la trente-troisieme session. **Résolution 33/173** : Personnes disparues. New York, 20 décembre 1978. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/173&Lang=F>. Acesso em: 4 abr. 2017.

o desaparecimento forçado de pessoas, prevendo expressamente o crime de desaparecimento forçado.

Mais do que isso, a Convenção constitui-se em fonte de obrigações positivas aos Estados relativamente ao dever de incriminação: ela promove ao mesmo tempo esse mencionado movimento descendente do direito regional em direção aos respectivos direitos domésticos, que passaram a integrá-los progressivamente, além de um movimento ascendente que inspirou a elaboração de uma mesma convenção em nível internacional.

Suas origens remontam à Resolução 666 (XIII – 0/83) da Organização dos Estados Americanos, erigida sobre a afirmação de que a prática do desaparecimento forçado de pessoas na América é uma afronta à consciência do hemisfério e constitui um crime contra a humanidade, concepção que irá se sedimentar na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que em diversas oportunidades irá se utilizar de conceitos de direito internacional penal, qualificando a prática de desaparecimento forçado como sendo uma espécie de crime contra a humanidade⁴⁷⁷.

Essa adoção simboliza o quanto no âmbito dos sistemas regionais de proteção se produz um movimento convergente, ora impulsionando a criação de convenções internacionais, alçando-as de um nível regional para um nível universal – caso da Convenção Americana sobre o desaparecimento forçado de pessoas, ora confirmando o sistema normativo previamente criado pelas Nações Unidas.

Nesse sentido, os três principais sistemas regionais de proteção, europeu, americano e africano, se ocupam dessa mesma construção normativa.

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos estabelecido pelo Conselho da Europa tem na Convenção europeia de direitos humanos o seu principal instrumento normativo garantidor de direitos, trazendo a proteção tanto de direitos de natureza absoluta quanto de natureza relativa.

Detendo-se em direitos que se entende serem impassíveis de relativização, verifica-se que a Convenção consagra em seu artigo 1 o direito à não-discriminação, elevando-o a um princípio geral baseado na igual dignidade de todos os seres humanos; seu artigo 3 sedimenta o porte de proibição absoluta à tortura, na medida em que declara ser insuscetível de restrições

⁴⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 29 de julio de 1988. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

e derrogações⁴⁷⁸; igualmente o faz no seu artigo 4 naquilo em que proíbe a escravatura (e não o trabalho forçado).

Por sua vez, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos foi estabelecido pela Organização dos Estados Americanos, cujos principais instrumentos são a Carta da OEA, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas adotadas em 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José, adotada em 1969.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem deu origem posteriormente, em 1959, à criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que garante a força obrigatória da declaração, uma vez que competente por velar na prática pelo respeito e promoção dos direitos e garantias nela previstos.

Da mesma forma, a Convenção Americana contém um rol de direitos absolutos, como é o caso do seu artigo 5, que proíbe toda forma de tortura, penas ou tratamentos cruéis ou degradantes, relacionando à proibição diretamente com o direito à integridade física e mencionando expressamente o dever de respeito à dignidade do ser humano. A escravidão é igualmente erigida ao nível de proibição absoluta em seu artigo 6. Diferentemente da Convenção Europeia, a Convenção Americana prevê expressamente a proteção contra a honra e ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, sem qualquer exceção⁴⁷⁹.

O sistema africano de proteção dos direitos humanos, criado pela Organização da Unidade Africana, tem na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos seu principal instrumento de direito convencional em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos em nível regional, proclamando direitos tanto de natureza individual quanto coletiva, sendo igualmente fonte de obrigações positivas aos Estados na medida em que estabelece o dever de adoção de providências legislativas a fim de tornar efetivas as prerrogativas enunciadas⁴⁸⁰.

A Carta faz menção expressa à dignidade como objetivo essencial da realização das aspirações dos povos africanos e à necessidade de proteção internacional dos direitos

⁴⁷⁸ SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l'homme**. 13^e édition refondue. Paris : Presses universitaires de France, 2016, p. 479.

⁴⁷⁹ Artigo 1 - 1. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁴⁸⁰ Artigo 1º da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

fundamentais do ser humano⁴⁸¹, trazendo o direito à igualdade perante à lei como direito absoluto, o qual pode ser interpretado como um direito à não-discriminação⁴⁸², o direito à vida e à integridade física⁴⁸³, além do direito à dignidade e à proibição da escravatura, do tráfico de pessoas, da tortura e de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes⁴⁸⁴.

A Carta africana ainda inova ao erigir o que denomina direitos dos povos, proclamando sua igual dignidade⁴⁸⁵, seu direito à autodeterminação⁴⁸⁶, seu direito ao respeito à sua identidade e liberdade e o gozo igual do patrimônio comum da humanidade⁴⁸⁷, além do direito à paz e à segurança⁴⁸⁸, este último em paralelo à Carta das Nações Unidas.

4.2 A construção jurisprudencial

Todo o sistema de proteção universal dos direitos humanos erigido pelas Nações Unidas foi edificado paralelamente a uma jurisdição internacional a quem caberá a construção jurisprudencial em matéria de interpretação de todo o edifício convencional que lhe serve de base.

Embora a construção convencional centralizada pelas Nações Unidas não tenha como objeto único a proteção dos direitos humanos, cabendo-lhe igualmente se ocupar de matérias relativas à paz e à segurança internacionais, assim como a proteção dos direitos humanos não é o objeto único de proteção de alguns sistemas regionais⁴⁸⁹, interessa para essa pesquisa o

⁴⁸¹ Preâmbulo da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴⁸² Artigo 3º da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴⁸³ No seu artigo 4º, diferentemente das Convenções europeia e americana, a Carta africana não faz qualquer espécie de relativização ao direito à vida.

⁴⁸⁴ Artigo 5º da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴⁸⁵ Artigo 19 da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴⁸⁶ Artigo 20 da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴⁸⁷ Artigo 22 da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴⁸⁸ Artigo 23 da Carta africana dos direitos humanos e dos povos de 28 de junho de 1981. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁴⁸⁹ É o caso, por exemplo, do sistema comunitário que se ocupa largamente da elaboração de normas de proteção do mercado comum.

aspecto em que a jurisdição internacional cuida da interpretação e aplicação de convenções internacionais que visam proteger o que aqui se denomina valores humanos intangíveis, dos quais decorrem direitos igualmente universais e absolutos.

Em todo o edifício erguido pela jurisprudência em matéria de interpretação e aplicação do direito internacional dos direitos humanos existe certa convergência de entendimento e mesmo uma influência recíproca de uma Corte sobre outra, sendo não raro encontrar o cruzamento de decisões que podem ser compreendidas como um verdadeiro diálogo entre as Cortes, tanto entre as Cortes de Direitos Humanos entre si, quanto destas com as Cortes Internacionais Penais, bem como com as Cortes Constitucionais. Interessam aqui sobremaneira as hipóteses em que os juízes competentes para a proteção dos direitos humanos irão fazer referência tanto às normas internacionais de direito penal quanto à jurisprudência oriunda das jurisdições internacionais penais⁴⁹⁰, de modo a demonstrar uma relação estreita entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal.

Toda essa construção jurisprudencial em matéria de direitos humanos se desenvolve em duas vertentes principais que se entrecruzam, encontrando-se de um lado o sistema universal de proteção coordenado pelas Nações Unidas e, de outro lado, os sistemas regionais de proteção nascidos da instituição de organizações internacionais como o Conselho da Europa⁴⁹¹, a Organização dos Estados Americanos⁴⁹² e a União Africana⁴⁹³.

A construção jurisprudencial baseada no sistema universal de proteção das Nações Unidas encontra seu pilar na Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição contenciosa pode ser exercida sobre os Estados em três diferentes hipóteses: por aceitação dos Estados envolvidos no caso da existência de uma disputa específica em matéria de direito internacional; por previsão de um tratado internacional que preveja a jurisdição da Corte como a competente para a solução do litígio (como é o caso da Convenção sobre a prevenção e a punição do crime de

⁴⁹⁰ Como exemplos preliminares, cita-se: aplicação do direito internacional penal pela Corte Interamericana nos Casos Goiburú contra Paraguai (§82), Gudiel Álvarez et al. ("Diario Militar") contra Guatemala (§193), Río Negro Massacres contra Guatemala (§115), Prison Miguel Castro-Castro contra Peru (§ 402), Almonacid Arellano contra Chile (§107); utilização da jurisprudência das Cortes Internacionais Penais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Gomes Lund contra Brasil (§ 159), Massacres de El Mozote contra El Salvador (§ 283); aplicação do direito internacional penal pela Corte Europeia de Direitos Humanos nos Casos Korbely contra Hungria (§ 81), Vinter e outros contra Reino Unido (§118); utilização da jurisprudência das Cortes Internacionais Penais pela Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos Al-Adsani contra Reino Unido (§ 60) e M.C. contra Bulgária (§ 166).

⁴⁹¹ O Conselho da Europa foi instituído pelo Tratado de Londres de 5 de maio de 1949 e tem como principal base normativa a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 4 de novembro de 1950.

⁴⁹² Criada pela Carta da Organização dos Estados Americanos em 1941, tendo como texto protetor dos Direitos Humanos a Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969.

⁴⁹³ Criada em 2002 em aplicação à Declaração de Syrte de 9 de setembro de 1999 (sucessora da Organização da Unidade Africana, criada em 25 de maio de 1963), cujo instrumento protetivo de direitos humanos é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 21 de outubro de 1986.

genocídio); ou ainda por aplicação da cláusula opcional, em que os Estados emitem uma declaração unilateral aceitando a jurisdição da Corte, sendo aplicável a todos os Estados que a fazem, sendo por isso denominada cláusula de reciprocidade.

Consolidada a jurisdição da Corte, sua decisão possui por consequência a criação de obrigação aos Estados concernidos em observá-la, somente cabendo a possibilidade de ser revista a decisão nos casos de descoberta de fato novo decisivo e que na época da decisão era desconhecido, conforme dispõem os artigos 59 a 61 do seu estatuto⁴⁹⁴.

Em matéria de proteção dos valores da humanidade, foram diversas as ocasiões em que a Corte Internacional de Justiça fora instada a se manifestar, importando para esta pesquisa especialmente o seu entendimento em matéria de *jus cogens* e das obrigações dos Estados decorrentes do direito internacional, bem como as mudanças de entendimento ocorridas ao longo do tempo notadamente quanto à natureza do direito internacional, parecendo-se ter havido nesse aspecto um avanço que parte de uma concepção voluntarista do direito internacional e deságua em uma visão teleológica voltada à finalidade protetiva.

Em relação ao *jus cogens*, há que se fazer uma distinção, tantas são as hipóteses em que a prática da Corte opõe seu próprio estatuto à vontade das partes do litígio, tratando-se nesse caso de questões de admissibilidade geral⁴⁹⁵, as quais por ora serão deixadas em suspenso, porquanto interessam as manifestações da Corte em matéria de *jus cogens* quando o caso em julgamento permite a análise de normas internacionais que poderiam ter a natureza de normas obrigatórias.

A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça servirá de base para a delimitação do conceito de obrigações *erga omnes* que alcançam toda a comunidade internacional, diferenciando-se das obrigações decorrentes dos tratados internacionais que tem como objeto a criação de obrigações limitadas aos Estados signatários. Nesse sentido, à Corte caberá fazer a

⁴⁹⁴ Article 59. *La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.* Article 60. *L'arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie.* Article 61. *La révision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer. La procédure de révision s'ouvre par un arrêt de la Cour constatant expressément l'existence du fait nouveau, lui reconnaissant les caractères qui donnent ouverture à la révision, et déclarant de ce chef la demande recevable. La Cour peut subordonner l'ouverture de la procédure en révision à l'exécution préalable de l'arrêt. La demande en révision devra être formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau. Aucune demande de révision ne pourra être formée après l'expiration d'un délai de dix ans à dater de l'arrêt.* COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Statut de la Cour International de Justice.** Disponível em: <<http://www.un.org/fr/documents/icjstatute/pdf/icjstatute.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

⁴⁹⁵ KOLB, Robert. **Théorie du ius cogens international.** Essai de relecture du concept. Paris : Presses Universitaires de France, 2001, p. 253.

separação entre o que são princípios de direito internacional com aplicação obrigatória, porquanto decorrentes do *jus cogens*, daqueles que não o são. Quando por ocasião do julgamento do caso Barcelona Traction, Light and Power Company entre Bélgica e Espanha⁴⁹⁶, a Corte faz a distinção entre as obrigações dos Estados em relação à comunidade internacional em seu conjunto e aquelas que nascem aos Estados no quadro da proteção diplomática.

Em relação às obrigações decorrentes das normas de *jus cogens*, de alcance *erga omnes*, a decisão da Corte cita os atos de agressão, o genocídio e as regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, compreendendo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial, os quais estariam integrados a um direito internacional que ela caracteriza como sendo de caráter universal ou quase universal. Declara, assim, o *jus cogens*, ou *peremptory rules*, como fonte autônoma de direitos, que vão mais além do mero direito convencional, uma vez tratarem-se de normas internacionais de vital importância para toda a comunidade internacional.

Essa jurisprudência, como mencionado, servirá de parâmetro para as jurisdições internacionais penais, especialmente no que se refere à inclusão da proibição da tortura, dos desaparecimentos forçados e do genocídio como normas decorrentes do *jus cogens*, de natureza absoluta e, portanto, impassíveis de relativização pelos Estados nacionais.

A substância da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio teve seu conteúdo ampliado pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, inicialmente pelo Parecer consultivo de 28 de maio de 1951 (reservas à convenção do genocídio)⁴⁹⁷, no qual o direito dos tratados foi analisado com profundidade, especialmente naquilo que diz respeito à possibilidade de os Estados fazerem reservas ao texto de convenções internacionais multilaterais.

A propósito, entendeu a Corte que o direito de fazer reservas não pode comprometer os fins superiores da convenção, oportunidade em que afirma que os princípios de base da

⁴⁹⁶ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgique c. Espagne)**. Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Deuxième phase. Arrêt du 5 février 1970. §§ 33-34. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁴⁹⁷ Nesse parecer consultivo, a Corte Internacional de Justiça respondeu precipuamente à seguinte indagação : « L'Etat qui a formulé la réserve peut-il être considéré comme partie à la Convention aussi longtemps qu'il maintient sa réserve si une ou plusieurs parties à la Convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas ? », ou seja, a questão a responder seria a de saber se o Estado contratante que formulou uma reserva pode, enquanto a mantiver, ser considerado parte signatária da convenção, se os demais Estados não reconheceram essa reserva. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Avis Consultatif du 28 Mai 1951. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Disponível em : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>.

convenção são aqueles reconhecidos pelas nações civilizadas como obrigando os Estados, mesmo aqueles Estados que se encontram fora do elo convencional⁴⁹⁸.

Reconheceu a Corte como princípio que toda convenção multilateral é fruto de um acordo livremente estipulado sobre cláusulas e que, em consequência, não cabe aos contratantes destruir ou comprometer, por meio de decisões unilaterais ou por acordos particulares, aquilo que é a finalidade e a razão de ser da convenção. No entanto, nem por isso é defeso às partes fazer reservas, o que irá depender de sua natureza. A Corte, nesse aspecto, relativizou a concepção da absoluta integridade das convenções multilaterais, deixando de considerá-la uma regra de direito internacional em função da finalidade de participação do maior número de Estados, sob pena de ofensa aos princípios de moral e de humanidade que regem uma convenção de direito das gentes.

Por isso, as reservas, não podendo desfigurar a finalidade de uma convenção multilateral, para o caso da convenção do genocídio, deve-se ter presente a intenção das Nações Unidas de condenar e reprimir um crime do direito das gentes que implica a recusa do direito à existência de certos grupos humanos inteiros de forma a chocar a consciência humana e a infligir grandes perdas à humanidade. A Corte, assim, reconheceu princípios que se encontram na base da convenção, os quais são reconhecidos pelas nações civilizadas e que obrigam os Estados mesmo fora do elo convencional. Além disso, atribuiu caráter universal tanto à condenação do genocídio quanto à cooperação necessária para liberar a humanidade de um flagelo que adjetivou de odioso.

Quanto aos fins da convenção, a CIJ ressaltou precipuamente seu caráter humano e civilizador, que visa salvaguardar a existência de grupos humanos e confirmar princípios de moral elementares. Por essa razão, os Estados partes da convenção não possuem interesses próprios⁴⁹⁹, mas apenas um interesse comum que é o de preservar os fins superiores e a própria razão de ser da Convenção, demonstrando que em determinadas matérias existiria um consenso da comunidade internacional sobre o interesse de proteção. Tal decorreria do caráter essencial

⁴⁹⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Avis Consultatif du 28 Mai 1951. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Disponível em : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>. « Les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel », p. 12.

⁴⁹⁹ Como ter-se-á oportunidade de discutir mais longamente, discorda-se dessa opinião segundo a qual as obrigações decorrentes de tratados internacionais obrigam apenas os Estados signatários. No nosso entendimento, em relação aos tratados que portam a proteção de um núcleo intangível de valores, as obrigações que dele decorrem são de natureza erga omnes, impondo-se tanto aos Estados partes quanto aos Estados não signatários, assim como aos indivíduos.

de algumas normas para a ordem jurídica internacional⁵⁰⁰ ou dos interesses fundamentais da comunidade internacional⁵⁰¹

Posteriormente, por ocasião do julgamento do caso das atividades armadas no território do Congo, a obrigação *erga omnes* dos Estados no que tange à prevenção e repressão do genocídio foi relembrada pela Corte Internacional de Justiça⁵⁰².

Em matéria intimamente relacionada com o pertencimento de algumas normas ao núcleo de *jus cogens*, a Corte Internacional de Justiça depara-se com algumas ocasiões de se pronunciar sobre o efeito que as mesmas possuem de imporem obrigações aos Estados.

No mesmo caso Barcelona Traction, a Corte se pronuncia sobre a natureza das obrigações dos Estados, distinguindo-as em obrigações não-absolutas (como é o caso de conferir proteção àqueles que realizam investimentos no território de um Estado – caso em julgamento), e obrigações absolutas ou *erga omnes*. Estas últimas, segundo a decisão, decorrem do direito internacional contemporâneo que proíbe atos de agressão e genocídio e ao mesmo tempo possui princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, compreendidas a proibição da escravidão e da discriminação racial, reconhecidos por instrumentos internacionais de caráter universal⁵⁰³.

Nesse aspecto, crê-se estar evidenciada uma espécie de supremacia do direito internacional, diante da sua força de impor obrigações quando se trata da proteção de determinados valores.

A concepção de supremacia do direito internacional naquilo em que protege os seres humanos contra a prática de violações graves, como é a hipótese de prática do crime de genocídio, é igualmente evidenciada na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso relativo às atividades armadas no território do Congo, cuja decisão afirma expressamente que os princípios de base da convenção são princípios reconhecidos pelas Nações civilizadas, os quais obrigam os Estados mesmo na ausência de qualquer elo convencional, e isto em virtude do caráter universal da condenação do genocídio e da cooperação que se faz necessária entre

⁵⁰⁰ DIACONU, Ion. **Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (jus cogens)**. Bucarest : Impr. Institut international de Technologie et d'économie Apicole d'Apimondia, 1971, pp. 106-107.

⁵⁰¹ DANILENKO, Gennady M. **Law-Making in the International Community**. Dordrecht/ Boston/ London: Martinus Nijhoff, 1993, p. 234.

⁵⁰² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda)**. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵⁰³ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgique c. Espagne)**. Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Deuxième phase. Arrêt du 5 février 1970. §§ 33-34. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

todos os membros da comunidade internacional, especialmente os Estados, a fim de libertar a humanidade de um flagelo tão odioso. A decisão acrescenta que por consequência desse postulado, os direitos e obrigações consagrados pela convenção são de natureza *erga omnes*⁵⁰⁴.

Resta evidenciada nesta decisão a ausência de caráter voluntarista do direito internacional, naquilo em que protege os seres humanos da preservação de seus valores superiores, com vistas a prevenir e a reprimir violações a direitos que possuam tais valores como subjacentes. Ao mencionar que os princípios de base da convenção obrigam os Estados fora do elo convencional, princípios esses ligados à preservação da humanidade contra uma prática odiosa como o genocídio, a Corte eleva o conteúdo material da convenção ao *status* de direito internacional costumeiro, oponível aos Estados independentemente de sua vontade.

A razão pela qual os princípios contidos em convenções como a do genocídio obrigam os Estados além de qualquer elo convencional é ainda melhor explicitada pela CIJ na decisão do caso Bósnia-Herzegovina contra Sérvia e Montenegro, no caso relativo à aplicação da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, oportunidade em que a Corte dissecou pormenorizadamente as razões de fundo do que nada mais representam do que um aspecto da primazia do direito internacional.

A decisão afirma que a fim de determinar a natureza das obrigações impostas aos Estados, é preciso analisar os propósitos de uma convenção, sendo que no caso da Convenção do genocídio, o crime por ela previsto se constitui em uma ofensa ao direito das gentes, porquanto implica a negação do direito de existência a grupos humanos inteiros, constituindo-se em uma recusa que perturba sobremaneira a consciência humana e inflige perdas à humanidade. Esse postulado teria, portanto, segundo a Corte, duas consequências: a imposição de obrigações aos Estados independentemente de sua anuência, dotados da natureza de engagements impassíveis de reservas, e o caráter universal da condenação do genocídio, decorrente da finalidade humana e civilizadora da convenção.⁵⁰⁵

Como afirmou-se anteriormente, a Convenção do genocídio e sua interpretação ampliada pela Corte Internacional de Justiça será de ainda maior valia para a elaboração dos

⁵⁰⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c/ Rwanda)**. Nouvelle requête. 2002. Compétence de la Cour et Recevabilité de la Requête. Arrêt du 3 février 2006, § 64. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵⁰⁵ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie et Montenegro)**. Arrêt du 26 février 2007, §§161-162. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

estatutos das jurisdições penais internacionais e a jurisprudência dessas cortes irá lembrar, em diversas ocasiões, a gravidade da infração.

Embora a Corte Internacional de Justiça tenha em alguns momentos oscilado e tomado posições restritivas em relação à amplitude das normas imperativas⁵⁰⁶ e a imposição de obrigações *erga omnes* relativamente a alguns direitos⁵⁰⁷, de outro lado posicionamentos arrojados foram decisivos para o avanço do direito internacional penal, especialmente no que se refere à luta contra a impunidade de violações graves e massivas contra a comunidade humana.

É o caso da decisão proferida no caso Bélgica contra Senegal sobre questões concernentes à obrigação de processar ou de extraditar, tendo como objeto o pedido de que o Senegal extraditasse ou desse início ao procedimento penal contra o ex-ditador Hissène Habré, decisão que se ancora na Convenção internacional contra a tortura.

Apoiando-se no pressuposto de que a proibição da tortura decorre do direito internacional costumeiro com caráter de norma imperativa, repousando sobre uma ampla prática internacional sobre a opinião jurídica dos Estados e figurando em numerosos instrumentos internacionais com vocação universal, a Corte decide pela obrigação do Senegal em processar pela prática de tortura, mas retrocedendo no aspecto em que entende que essa obrigação somente nasce a partir da ratificação da Convenção por aquele país⁵⁰⁸.

Nesse último aspecto, embora se entenda que a decisão se contradiz, quer em relação às decisões anteriores que negam o caráter voluntarista do direito internacional em matéria de proteção de valores universais, quer porque reconhece que a proibição da tortura decorre do direito costumeiro e, por isso, a obrigação daí decorrente não poderia estar relacionada à internalização formal de um tratado, o fato é que o dispositivo final acabou por se constituir em um dos marcos para a repressão de crimes contra a humanidade praticados sob a execução de torturas, pelo fato de que o entendimento da Corte acerca da obrigação de processar (ou de

⁵⁰⁶ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire relative aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie; Grèce intervenant)**. Arrêt du 3 février 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

⁵⁰⁷ No caso relativo ao Timor Oriental, a Corte não acolhera o requerimento de julgar a responsabilidade da Austrália enquanto membro das Nações Unidas, sob o argumento de que o direito dos povos de autodeterminação não seria oponível *erga omnes*. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire relative au Timor Oriental. Portugal c/ Australie**. Arrêt du 30 Juin 1995, §29. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

⁵⁰⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. Belgique c. Sénégal**. Arrêt du 20 juillet 2012, §§ 99-105. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

extraditar) foi um dos fatores que desencadeou a criação das Câmaras Extraordinárias do Senegal e que culminou com a condenação do ex-ditador à pena de prisão perpétua⁵⁰⁹.

De todo modo, ainda que tenha havido retrocessos no percurso histórico da sua construção jurisprudencial, a opinião que a Corte Internacional de Justiça faz transparecer de modo geral em matéria de respeito aos direitos mais caros dos seres humanos é uma baliza para o desenvolvimento de um direito internacional que aos poucos abandona seus postulados clássicos rumo à construção de um direito internacional mais adaptado às necessidades de proteção de valores universais.

Esse perfil protetivo transparece em julgamentos como o do já mencionado caso Nicarágua contra Estados Unidos da América⁵¹⁰, em um tom que se repete, por exemplo, por ocasião da opinião consultiva sobre a licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares⁵¹¹, bem como da opinião consultiva relativa às consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino, reportando-se a Corte às obrigações mais fundamentais do direito humanitário e ao fato de que considerações elementares de humanidade se impõem a todos os Estados, tenham ou não ratificado os instrumentos convencionais⁵¹².

Nesses casos, a Corte reiterou que as regras de direito humanitário possuem como finalidade o respeito da pessoa humana e que diante de considerações elementares de humanidade elas se impõem a todos os Estados, criando-lhes obrigações imperativas e *erga omnes*, tenham eles ou não ratificado os instrumentos convencionais, uma vez que se constituem em princípios intransigíveis do direito costumeiro. Decisões dessa natureza fazem transparecer uma mudança do eixo de preocupação do direito internacional, na medida em que se coloca em um plano secundário os interesses dos Estados e passa-se a ter em seu centro a salvaguarda dos seres humanos e da humanidade em seu conjunto.

As obrigações dos Estados em virtude da violação do direito internacional dos direitos humanos foram igualmente demarcadas pela Corte Internacional de Justiça no julgamento do caso das atividades armadas sobre o território do Congo, movido pela República Democrática

⁵⁰⁹ CHAMBRE AFRICAINE EXTRAORDINAIRE D'ASSISES. **Ministère Public c/ Hissein Habré**. Jugement rendu le 30 mai 2016. Disponível em: <http://www.forumchambresafricaines.org/docs/JugementCAEd'Assises_Penal&Civil_.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁵¹⁰ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)**. Arrêt du 27 juin 1986. C.I.J. Recueil 1986, p. 114.

⁵¹¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Licéité de la Menace ou de L'emploi D'armes Nucléaires**. Avis Consultatif du 8 Juillet 1996, §79. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵¹² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Conséquences Juridiques de L'édification d'un Mur dans Le Territoire Palestinien Occupé**. Avis Consultatif du 9 Juillet 2004, §157. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

do Congo contra Uganda⁵¹³. Dentre outros fatos, a Corte apreciou a alegação de violação do direito internacional dos direitos humanos e igualmente do direito internacional humanitário, sob o argumento de que forças armadas ugandesas teriam cometido violações massivas de direitos humanos no território congolês, de modo a acarretar ao Estado demandado as consequências jurídicas decorrentes da violação de suas obrigações internacionais, compreendendo a obrigação de reparar integralmente os prejuízos causados por um fato internacionalmente ilícito.

A Corte teve a oportunidade de examinar as afirmações do Estado demandante, no sentido de que as forças armadas ugandesas teriam causado perdas de vidas humanas no seio da população civil, cometido atos de tortura e outras formas de tratamento desumano, além da destruição de vilarejos e habitações pertencentes a civis e incitação de conflitos étnicos. A decisão conclui pela caracterização da responsabilidade internacional de Uganda por sua responsabilidade pela violação do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário. O descumprimento das obrigações internacionais advém, segundo a Corte, da imposição de imenso sofrimento da população congoleza decorrente das atrocidades que foram cometidas durante o conflito⁵¹⁴.

Em todas essas construções, a Corte Internacional de Justiça aportou contribuições importantes sobre questões como a aplicação dos tratados internacionais, o valor do direito internacional costumeiro e dos princípios gerais de direito internacional, assim como sobre a responsabilidade internacional do Estado, auxiliando, assim, a precisar a existência e os contornos de certas normas fundamentais da comunidade internacional⁵¹⁵.

O caráter obrigatório de determinados princípios decorrentes do ordenamento internacional e a obrigação dos Estados decorrente de sua inobservância serão igualmente evocados na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente nos votos arrazoados do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

No caso *Blake vs. Guatemala*, em que o Estado é condenado pela prática de crime de desaparecimento forçado, o Juiz Cançado Trindade refere-se à consagração de obrigações *erga*

⁵¹³ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda)**. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵¹⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda)**. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005, §§ 206, 211, 220-221. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁵¹⁵ CARREAU, Dominique ; MARRELLA, Fabrizio. **Droit international**. 11^{ème} édition. Paris: Pédone, 2012, p. 690.

omnes de proteção como sendo uma manifestação da emergência de normas imperativas do direito internacional, a qual representaria a própria superação da autonomia da vontade do Estado, que não poderia ser evocada diante da existência de normas de *jus cogens*. Trata-se, segundo o jurista, de uma evolução da consciência jurídica universal em benefício de todos os seres humanos⁵¹⁶.

Na mesma linha de pensamento, no seu voto arrazoado no caso *Barrios Altos c. Peru*, quanto à violação ao direito à vida, à integridade física e à prática de desaparecimento forçado e, nesta hipótese, abrigados por uma lei de auto anistia, o Juiz Cançado Trindade refere que tais leis ferem direitos inderrogáveis, universalmente reconhecidos, que recaem no âmbito do *jus cogens*. Faz ainda referência ao edifício principiológico erguido desde o advento da Cláusula Martens e sua contribuição na construção dos princípios humanitários, a qual deve ser utilizada como fonte de interpretação no sentido de impedir a existência de regras que não sejam criadas em benefício de todo o gênero humano, dado o caráter de *jus cogens* que a cláusula contém, entendendo, por isso, que leis de auto anistia, por exemplo, nada mais são do que uma afronta inadmissível à consciência jurídica da humanidade⁵¹⁷.

A referência à prática de crimes contra a humanidade como sendo as violações mais graves a direitos que visam a proteção de valores universais transparece em muitas outras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso *Goiburú*, que versa sobre a prática de desaparecimento forçado no âmbito da Operação Condor⁵¹⁸, a Corte lembra, por meio do voto arrazoado do Juiz Cançado Trindade, que o ordenamento jurídico internacional deu início gradualmente ao processo de criminalização de graves violações aos direitos humanos e que tais normas alcançaram a mais alta hierarquia na medida em que consagram proibições de *jus cogens*, no intuito de evitar que ofensas dessa natureza se repitam. Tal processo, impulsionador da evolução do direito internacional contemporâneo, vem acompanhado do estabelecimento de uma jurisdição

⁵¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade. § 28. Disponível em : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁵¹⁷ “[...] en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas ‘leyes’ de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afronta inadmisibile a la conciencia jurídica de la humanidad”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Peru**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 14 de março de 2001. Voto concurrente del juez A. A. Cançado trindade. §§ 10-11; §§ 22-29. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁵¹⁸ A Operação Condor foi uma aliança firmada entre as ditaduras militares do Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Brasil, durante as décadas de 1970 e 1980, com vistas a desarticular movimentos de oposição aos regimes. A operação implementava-se por meio da perseguição dos opositores políticos, consubstanciadas essencialmente em práticas de torturas, desaparecimentos forçados e homicídios. Sobre o tema, ver: DINGES, John. **The Condor Years: How Pinochet and his allies brought terrorism to three continents**. New York: The New Press, 2004.

internacional penal que se ampara em um princípio de proteção de valores superiores. Esse processo, segundo o Juiz, se deve à intensificação do clamor de toda a humanidade, por ele denominado consciência jurídica universal, contra as atrocidades que têm vitimizado milhões de seres humanos⁵¹⁹.

No julgamento do caso *Almonacid Arellano*, que tem por um dos pontos centrais a invalidade de concessão de anistia em matéria de grave violação de direitos humanos, mais uma vez com ainda maior clareza do teor do voto arrazoado do Juiz Cançado Trindade, ressaí da decisão da Corte o entendimento de que ofensas que configuram crimes contra a humanidade são regidas por normas proibitivas que pertencem ao domínio do *jus cogens* e que por isso escapam ao domínio do direito nacional a opção de punir ou não punir⁵²⁰.

Posicionamentos semelhantes são perceptíveis na construção jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos, a começar pelo tratamento dispensado à prática da tortura, consagrada pela Corte como proibição absoluta.

No paradigmático julgamento do caso *Soering* contra Reino-Unido, marco da construção jurisprudencial em matéria de proibição de extradição em caso de aplicação da pena de morte, a CEDH classifica a proibição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes como sendo uma proibição absoluta e decide pela impossibilidade de extraditar, por mais odioso que tenha sido o crime praticado, tendo em vista a possibilidade de que o extraditado seja submetido à pena de morte (ou à tortura, em outros casos) – compreendida pela Corte como sendo um tratamento desumano ou degradante⁵²¹.

Esse posicionamento do juiz europeu que considera que em qualquer circunstância a execução da pena de morte se constitui em tratamento desumano ou degradante tornar-se-á jurisprudência sedimentada, em relação à qual a Corte não irá retroceder. Tal posição representa um avanço em relação aos demais sistemas regionais de proteção, haja vista a inadmissibilidade da pena de morte em todos os países membros do Conselho da Europa⁵²².

⁵¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§6-8. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

⁵²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. San José, Costa Rica: Sentencia 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de septiembre de. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§22-23. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2017.

⁵²¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Soering c/ Royaume-Uni**. Requête n°14038/88. Jugement rendu le 07 juillet 1989, § 88. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-62176"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 03 mai. 2017.

⁵²² COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Öcalan c. Turquie**. Requête n. 46221/99. Arrêt, Strasbourg, 12 mai 2005, § 165. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-69023"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 04 mai. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Al-Saadoon et Mufdhi**

Cabe objetar o teor da decisão no aspecto em que a Corte eleva a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes a um dos valores fundamentais das sociedades democráticas. Embora se entenda louvável o entendimento da CEDH, que cumpre com a sua finalidade protetiva, aparentemente há confusão entre valor e direito, porquanto entende-se que o valor protegido é o não-sofrimento e a preservação da dignidade humana, ambos subjacentes ao direito de não ser torturado.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por meio da sua construção jurisprudência, concebe um alargamento do conceito de tortura, qualificando-a não somente como o fato de alguém sofrer violências físicas, mas também por ser submetido à ausência de cuidados médicos⁵²³ e traz a dignidade humana como vetor naquilo em que condena o uso da força física contra os indivíduos⁵²⁴.

Precisamente na análise do conceito de tratamento desumano, a Corte Europeia de Direitos Humanos se reporta em diversas ocasiões à questão do sofrimento humano e da dignidade humana. No caso *Chember* contra Rússia, a Corte refere-se expressamente à sanção disciplinar infligida com a finalidade de provocar sofrimento físico e que acarreta a invalidez da vítima⁵²⁵; no caso *MSS* contra Bélgica, conceitua tratamento desumano e degradante quando humilha o indivíduo, desrespeitando sua dignidade, impondo-lhe sentimentos de medo, angústia ou inferioridade, de forma a quebrar sua resistência moral e física⁵²⁶.

Em relação à proteção da dignidade humana, a jurisprudência da CEDH é pródiga em matéria de condições da detenção, entendendo que tais condições, por violarem a dignidade, ferem o disposto no artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵²⁷, afirmando, por exemplo, que a colocação de um detento em uma gaiola de metal durante seu processo público

c. Royaume-Uni. Requête n. 61498/08. Arrêt, Strasbourg, 2 mars 2010, § 120. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-97620"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 04 mai. 2017.

⁵²³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Algür c. Turquie.** Requête n. 32574/96. Arrêt, Strasbourg, 22 octobre 2002. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-65259"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 04 mai. 2017

⁵²⁴ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Ribitsch c. Autriche.** Requête n. 18896/91. Arrêt, Strasbourg, 4 décembre 1995. § 38. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁵²⁵ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Chember c. Russie.** Requête n. 7188/03. Arrêt, Strasbourg, 3 Juillet 2008. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-87355"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁵²⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce.** Requête n. 30696/09. Arrêt, Strasbourg, 21 janvier 2011, § 220. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-103293"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁵²⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Kotälla c. Pays-Bas.** Requête n. 7994/77. Décision du 6 mai 1978 sur la recevabilité de la requête. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["Kot%C3%A4lla"\],"display":2,"languageisocode":\["FRE"\],"itemid":\["001-73601"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

constitui uma afronta à dignidade humana⁵²⁸, bem como consagrando expressamente o direito de todo prisioneiro de restar detido em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana⁵²⁹.

A mesma relação entre a dignidade humana e a proibição a tratamentos desumanos ou degradantes é feita no que se refere à aplicação da pena de prisão perpétua, em relação à qual a CEDH fizera uma interpretação evolutiva. Entendera a Corte que para ser compatível com o artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a pena de prisão perpétua deve ser passível de reexame⁵³⁰, sob pena de restar configurada a violação. Nesse aspecto, a Corte Europeia apresenta igualmente uma evolução relativamente aos demais sistemas regionais, pelo fato de criar uma limitação à imposição da pena de prisão perpétua, demonstrando nitidamente a sua inquietude com a preservação da dignidade humana.

Em virtude do teor de decisões dessa natureza, a dignidade humana emerge da proteção dos direitos fundamentais do ser humano como um valor subjacente, ocupando, ao lado da interdição do sofrimento, o ápice da hierarquia de valores de cunho universal e absoluto cuja salvaguarda é o fim último de um direito internacional voltado para a centralidade do indivíduo.

⁵²⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Svinarenko et Slyadnev c. Russie**. Requêtes n. 32541/08 et 43441/08. Arrêt, Strasbourg, 17 juillet 2014. Disponible em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-145835\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 9 mai. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Ashot Harutyunyan c. Arménie**. Application n. 34334/04. Judgement, Strasbourg, 15 juin 2010. Disponible em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-99403\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵²⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Kudla c. Pologne**. Requête n. 30210/96. Arrêt, Strasbourg, 26 octobre 2000, § 94. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-63471\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 9 mai. 2017.

⁵³⁰ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Bodein c. France**. Requête n. 40014/10. Arrêt, Strasbourg, 13 novembre 2014. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-147880\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 15 mai. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Vinter c. Royaume-Uni**. Requêtes n. 66069/09, 130/10 et 3896/10. Arrêt, Strasbourg, 9 juillet 2013. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-122694\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 13 mai. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Murray c. Pays-Bas**. Requête n. 10511/10. Arrêt, Strasbourg, 26 avril 2016. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-162615\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 17 mai. 2017.

SEGUNDA PARTE – HUMANIDADE ENTRE DESTRUÇÃO E PROTEÇÃO: DO MITO À REALIDADE

“L’expérience de l’humanité c’est la tragédie.”⁵³¹

Foi aos poucos que a comunidade internacional, representada por seu direito, apercebeu-se da existência de toda uma gama de valores que seriam necessários proteger, movida inicialmente pela moral da indignação e logo em seguida inspirada no direito a não sofrer⁵³². Mas para que o processo de proteção da humanidade tivesse início, foi preciso passar por um processo de destruição, que parece a todo tempo se repetir.

Assim, o exercício de identificação dos valores da humanidade precisou deixar de ser casuístico, sem negligenciar a existência de certa hierarquia. Essa identificação passou pela compreensão do sentido de graves violações contidas nas ofensas mais graves de que a comunidade humana já fora testemunha. O processo de identificação dos valores universais e absolutos da humanidade caminhou paralelamente à análise da violação dos seus direitos mais caros. Eles ressaíram das tentativas de destruição por que já passara a humanidade.

O que fazer para garantir a proteção desses valores é a grande pergunta que se impõe. A humanidade, devastada por ela mesma, parece ser a fênix que sempre renasce das cinzas de sua própria devastação. Dessas cinzas deve emergir um novo direito internacional capaz de transformar o mito da proteção em realidade: um direito que concilie a humanidade com a salvaguarda de seus valores.

⁵³¹ DUPUY, R. J. « Droit, révolution, utopie (conclusions) », Révolutions et droit international, colloque de la SFDI de Dijon du 1^{er}, 2, 3 juin 1989, Paris, Pédone, 1990, p. 441.

⁵³² DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs ?** Paris: Seuil, 2011, pp. 14-43.

TÍTULO I – A HUMANIDADE E A VIOLAÇÃO DE SEUS VALORES

« Est-ce quand je ne suis plus rien que je serais un homme ? »⁵³³

O surgimento e desenvolvimento de uma comunidade internacional portadora de valores provocou um deslocamento da atividade do direito, mas nem por isso provocou uma simples transferência da escala de valores do âmbito dos Estados para o nível internacional, do que advém a dificuldade em apreendê-los.

Se por um lado esses valores que ligam os membros da comunidade internacional possuem vocação a serem universais, porque supostamente válidos em todos os espaços territoriais que ao ser humano até hoje foi dado conhecer, por outro lado o conhecimento de sua universalidade somente foi possível ao longo da história porque esses valores foram violados, e não porque foram preservados. Foi na medida de cada violação que o direito penal, no âmbito de sua aplicação internacional, foi chamado a agir⁵³⁴, chegando ao que hoje podem ser entendidas como ofensas a esses valores. Os mesmos foram construídos a partir dos conceitos mais ou menos completos dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, formado por um entendimento que remonta séculos de história a fim de que se possa compreender o seu sentido.

Por isso essas definições, tanto de crime contra a humanidade quanto de crime de genocídio, elaboradas casuisticamente a partir da negação de valores sensíveis da comunidade internacional, negação essa concretizada por meio de sua ofensa, são o espelho de proibições em âmbito universal, porquanto em todos os ordenamentos jurídicos e em todas as sociedades essas espécies de violações são compreendidas como tais, sendo por isso chamadas de violações que atentam contra um núcleo duro de direitos de todos os seres humanos⁵³⁵.

Esse processo se deu por meio de uma transposição do direito internacional dos direitos humanos ao direito internacional penal, a partir da transferência de regras de proteção

⁵³³ SOPHOCLE. *Édipe à Colone*. Paris, A. Lemerre, 1877, p. 19.

⁵³⁴ O mesmo processo ocorreu na história do direito penal interno, que é muito mais antigo que o direito internacional penal, mas que também foi edificado casuisticamente, na medida em que valores entendidos como importantes em uma determinada sociedade iam sendo desrespeitados.

⁵³⁵ « *Les définitions du crime contre l'humanité ne prohibent que des actes faisant l'objet d'une condamnation universelle. La répression s'articule donc autour d'un ensemble de droits qui, selon tous les systèmes juridiques, méritent en permanence protection. La gravité des atteintes à ces droits de l'homme est telle qu'elle suscite une condamnation unanime : les droits ainsi défendus figurent parmi le 'noyau dur' des droits de l'homme* ». JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité**. Paris : L. G. D. J, 2002, p. 30.

ao indivíduo para a criação de regras de sanção⁵³⁶, em virtude de violações às primeiras, identificadas como a prática de atos que acabam por se traduzir em ofensas ao mesmo tempo contra a existência humana e contra todo o gênero humano.

Como resultado dessa transposição, formada por um mosaico de convenções internacionais e de decisões que as interpretam e as aplicam, cria-se um quadro de graves violações traduzidas na descrição dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio. É a partir desse quadro de ofensas ao mesmo tempo à dignidade humana das suas vítimas diretas e ao gênero humano em seu conjunto que se tenta decifrar que espécies de direitos são violados a fim de, em última análise, descobrir que valores a comunidade internacional desejava proteger quando chamou para si a tutela do direito.

⁵³⁶ GARIBIAN, Sévane. **Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne : Naissance et consécration d'un concept.** Genève : Schulyhess Médias Juridiques S.A., 2009, pp. 336-337.

5. A OFENSA AOS DIREITOS DAS VÍTIMAS DIRETAS E À COMUNIDADE HUMANA EM SEU CONJUNTO

A partir das construções que aportaram o direito internacional penal e o direito internacional dos direitos humanos, chega-se a um conteúdo mais ou menos estável dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, os quais se traduzem como a expressão máxima da violação de direitos ao mesmo tempo dos indivíduos e de todas as comunidades humanas, representadas pela expressão humanidade.

Uma decodificação do conteúdo jurídico atual desses crimes permite aferir que as graves violações podem ser inseridas em um grande grupo de atos que consistem na prática de atos materiais elencados nos textos convencionais que descrevem as condutas típicas, caracterizados em um primeiro plano pela ofensa à dignidade humana das vítimas diretas.

Analisado o conteúdo jurídico atual dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, o sentido que se pode conferir das graves violações que esses atos provocam advém da lesão ao mínimo de dignidade das vítimas diretas por meio da imposição de sofrimento, seja da prática dos atos materiais em que prevalecem os sofrimentos físicos, seja da prática dos atos materiais em que prevalecem os sofrimentos psíquicos. Ofensa à dignidade e imposição de sofrimento são intimamente ligados e permitem fazer uma relação com os direitos ofendidos diretamente pela prática dessas violações.

Mas de todos os direitos violados, os quais possuem valores subjacentes a serem desvelados, entende-se que para que alcancem o *status* de direitos universais e absolutos, a sua violação deve ser conjugada com outros fatores que não se resumem à pura e simples ofensa a uma pessoa individualmente considerada.

Nesse sentido, existe uma necessária conjugação que alça, por exemplo, um crime individual contra a vida a um crime que atinge a humanidade em seu conjunto. Essa conjugação é o elo que eleva o direito à vida, de um direito relativo, a um direito absoluto. Embora o direito à vida seja reconhecido universalmente, tratando-se, portanto, de um direito naturalmente universal, compreende-se o mesmo como um direito *a priori* relativo, tantas são as exceções que os ordenamentos jurídicos consagram.

Qual o fator, portanto, que alçaria um direito em regra relativo ao *status* de direito absoluto?

Deve haver uma lógica aplicada não somente ao direito à vida, mas a direitos outros que são violados em práticas de ofensas graves como é o caso dos crimes contra a humanidade, que impeçam a sua relativização. Pensa-se que se faz necessária a conjugação de sua ofensa

com a associação a outros fatores, para que os mesmos ganhem o caráter de direitos absolutos, que não comportam relativização. Essa conjugação vai muito além do atributo da universalidade de direitos que são reconhecidos independentemente de uma vinculação espacial e cultural.

Analisando especialmente o contexto dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, em que violações a tais direitos acabam por ganhar o caráter de violações a direitos absolutos e universais, entende-se que os fatores que devem ser associados à violação dos direitos são de duas ordens, os quais devem se conjugar à violação de maneira cumulativa: trata-se da violação associada à amplitude das ofensas e da necessidade de que as ofensas a esses direitos acarretem o que se denomina aqui sentido de reciprocidade da negação da condição de ser humano das vítimas.

Pensa-se que esses dois requisitos associados ao dano a esses direitos, faz com que a transgressão ganhe a dimensão de ofensa não somente à dignidade das vítimas individuais, mas também à comunidade humana em seu conjunto, conferindo aos mesmos a natureza de direitos universais e absolutos e alçando também a esse mesmo *status* os valores que lhe são subjacentes.

5.1 A imposição de sofrimento às vítimas diretas

A violação da dignidade das vítimas diretas dos crimes contra a humanidade e dos crimes de genocídio está intimamente ligada a uma particularidade desses dois crimes, que é a imposição impiedosa de sofrimento, físico ou mental.

Considerada a longa construção convencional e jurisprudencial precedente, a imposição de sofrimentos físicos visam as vítimas diretas dos crimes de genocídio e dos crimes contra a humanidade por meio da prática dos atos materiais de homicídio, extermínio, ofensas graves à integridade física de um grupo ou sujeição do grupo a condições de vida com vistas a provocar sua destruição física, redução à escravidão, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave e desaparecimento forçado, deportação ou transferência forçada de população, tortura, estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outra forma de violência sexual de gravidade comparável, outros atos desumanos de caráter análogo que causem intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade ou à saúde físicas e, a depender do meio de execução, a imposição de medidas visando impedir nascimentos no seio de um grupo.

Tais atos materiais, que visam o sofrimento físico em primeiro plano, sem que por isso se exclua a imposição de sofrimento mental, nesses casos em consequência do primeiro, somados ao contexto desses crimes, produzem uma relação com a violação a um núcleo de direitos que podem ser traduzidos no direito à vida, no direito à integridade física, no direito à liberdade e no direito à liberdade sexual, os quais denomina-se aqui de direitos positivos.

As graves violações que decorrem do crime de genocídio e dos crimes contra a humanidade que impõem graves sofrimentos físicos visando à violação ao direito à vida são as que decorrem da prática dos atos materiais de homicídio e exterminação, bem como, no que concerne ao crime de genocídio, à submissão de um grupo a condições de existência que levam à sua destruição física total ou parcial.

A violação do direito à vida por meio da realização do ato executório de homicídio, tanto do crime contra a humanidade quanto do crime de genocídio (neste último com a delimitação de que o homicídio seja praticado contra membros do grupo), passou a ter seus contornos melhor definidos a partir do julgamento do caso Akayesu pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda, definição que passou a ser utilizada pela jurisprudência subsequente e que hoje se encontra sedimentada.

Para a Câmara de primeira instância, homicídio constitui-se no fato de causar ilegalmente a morte de um ser humano, por ação ou omissão. No momento do cometimento do homicídio, seu autor deve ser movido pela intenção de causar a morte da vítima ou causar-lhe grave ofensa à sua integridade física, consciente de que esta ofensa possui a potencialidade de causar-lhe a morte e a ela sendo indiferente. O homicídio deve ser igualmente cometido no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e a vítima deve ter sido escolhida por uma razão discriminatória⁵³⁷.

O julgamento também delimita o conceito de exterminação, diferenciando-a do homicídio em razão da exigência da prática de mortes em grande escala⁵³⁸, devendo o acusado participar da morte de diversas pessoas precisamente descritas, praticando ilegalmente sua

⁵³⁷ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 589. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁵³⁸ Há configuração de crime contra a humanidade pela prática de atos de homicídio, que não são praticados em grande escala, desde que os mesmos se insiram no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, juntamente com os quais normalmente são praticados atos executórios outros, tais como tortura, desaparecimentos forçados, dentre outros.

morte em um quadro de ataque sistemático ou generalizado dirigido contra a população civil motivado por razões discriminatórias⁵³⁹.

Segundo Cherif Bassiouni, no entanto, a exterminação, que nada mais é do que um homicídio em grande escala, pode por vezes apresentar um elemento não-intencional, cuja presença se explica pelo fato de que a exterminação de um grupo exige a planificação e a execução do crime por diversas pessoas, que não necessariamente conhecem suas vítimas, mesmo que elas sejam instruídas a buscar esse resultado e se suas vontades são voltadas a essa finalidade. Nesse sentido, muitos autores podem não ter cometido os atos dos quais resultam a morte das vítimas⁵⁴⁰.

A submissão do grupo a condições de existência a fim de levar à sua destruição física total ou parcial se aplica a atos que podem por natureza levar à morte das vítimas, independentemente de este resultado vir a se produzir de modo concreto, sendo por isso relacionado com à violação ao direito à vida.

No julgamento do caso Kayishema, a Câmara de Primeira Instância do Tribunal Penal Internacional para Ruanda adequou a esta previsão jurídica situações fáticas tais como medidas praticadas visando condenar os membros do grupo a morrer vagarosamente, privando-os de abrigo e de vestimentas adequadas, recusando-lhes acesso a instalações sanitárias e cuidados médicos, sujeitando-os a trabalhos excessivos ou ainda os obrigando à realização de esforços físicos insuportáveis. Segundo a Câmara, a expressão submissão intencional do grupo a condições de existência capaz de levar à sua destruição física total ou parcial deve compreender o emprego de métodos de destruição que não operam a morte imediata dos membros do grupo, incluindo por consequência condições de existência que incluem a prática de estupro, a privação de alimentos, a detenção de membros do grupo com duração excessiva em locais de superfície minimamente reduzida, porquanto as mesmas têm por finalidade última a aniquilação do ser humano em sua dignidade⁵⁴¹.

A escolha desse meio de execução por aquele que pratica o crime constituiu-se em uma das mais graves violações do direito à vida, ainda que outros direitos sejam igualmente violados, como o direito à liberdade. Sua relação com a ofensa ao direito à vida encontra-se no

⁵³⁹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 591. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁵⁴⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against Humanity**. Historical evolution and contemporary application. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 366.

⁵⁴¹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

fato de que quando um determinado grupo é submetido a condições capazes de levar à sua destruição, a intenção do agente é causar a morte dos membros do grupo para fazê-lo desaparecer, escolhendo para tanto um meio de extrema crueldade em razão da provocação de sofrimentos desnecessários às vítimas, sofrimentos esses que se prolongam no tempo e que ferem diretamente à dignidade por sua associação a práticas aviltantes que, de tão insuportáveis, são capazes de levar à morte.

Basta, portanto, que as condições a que o grupo seja submetido, como ausência de vestimentas e abrigo, ausência de acesso a condições sanitárias e a cuidados médicos, trabalhos forçados ou sofrimentos físicos agudos, sejam aptas a causar a morte de seus membros, independentemente de essas mortes ocorrerem na prática⁵⁴².

Já as graves violações que decorrem do crime de genocídio e dos crimes contra a humanidade que impõem graves sofrimentos físicos visando à violação ao direito à integridade física são, a nosso ver, as advindas da prática de atos materiais como ofensas graves à integridade física de um grupo (neste caso especificamente em relação ao crime de genocídio), bem como tortura e outros atos desumanos de caráter análogo causando intencionalmente grandes sofrimentos ou ofensas graves à integridade ou à saúde físicas, além de imposição de medidas visando impedir nascimentos no seio de um grupo, especificamente para o genocídio.

Como ressaltou o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia por ocasião do julgamento do *affaire* Krstić, a prática de ofensas graves à integridade física de um grupo é geralmente relacionada com os sofrimentos sentidos por sobreviventes de execuções, em íntima relação com a prática de atos de tortura ou de tratamentos desumanos, ou mesmo de violências sexuais ou da prática da deportação, todos esses atos sendo igualmente compreendidos como

⁵⁴² « *La soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle est visée à l'Article 2 2) c) du Statut. Le Procureur fait valoir que cette disposition s'applique aux actes qui sont de nature à entraîner la mort des victimes, que celle-ci se produise ou non et engage la responsabilité des personnes qui assujettissent le groupe à des conditions d'existence inadéquates et qui à terme entraînent sa destruction physique, à moins qu'il n'y soit remédié. La Chambre fait sien l'exposé des motifs du projet de Convention, élaboré par le Secrétariat de l'ONU, qui interprète ce concept comme visant des situations telles à condamner les membres du groupe à mourir à petit feu, notamment en les privant de logements et de vêtements adéquats, en leur refusant l'accès à des installations sanitaires et des soins médicaux, ou en les assujettissant à des travaux excessifs ou encore à déployer des efforts physiques. La Chambre est d'avis que l'expression soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle doit s'entendre également des méthodes de destruction qui n'entraînent pas immédiatement la mort des membres du groupe. Elle fait sienne l'interprétation évoquée ci-dessus et considère par voie de conséquence que les conditions d'existence visées incluent, notamment, le viol, la privation de nourriture, la réduction des services sanitaires en-dessous du minimum requis et la détention des membres du groupe pendant une durée excessive dans des locaux dont la surface ne répond pas au minimum requis, dès lors que ces mesures sont de nature à entraîner la destruction du groupe, en tout ou en partie* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clément Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999. §§ 114-116. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

imposição de violências contra a integridade física, qualificando-o como uma ação ou uma omissão intencional causadora de grandes sofrimentos⁵⁴³, que deve ser analisada caso a caso⁵⁴⁴.

No mesmo sentido havia sido a decisão do caso Adolf Eichmann pelo Tribunal de Israel, segundo a qual a prática de grandes sofrimentos físicos poder-se-ia dar por meio de escravidão, imposição de fome, deportação, perseguição, além da detenção do grupo em guetos, campos de trânsito ou de concentração criados para causar a sua degradação, de forma a privá-los de seus direitos enquanto seres humanos, na intenção de suprimi-los por meio da imposição de sofrimentos desumanos⁵⁴⁵.

Por isso, a imposição de sofrimentos físicos (assim como a imposição de sofrimentos mentais – aqui analisada separadamente por uma razão classificatória) muito se assemelha à tortura, decorrente de igual maneira de uma proibição universal, não somente convencional, mas também costumeira, confirmada pela previsão contida no crime contra a humanidade, de natureza absoluta e inderrogável⁵⁴⁶. Diferencia-se, no entanto, a tortura de outras formas de maus tratos pelo caráter agudo da dor e do sofrimento imposto à vítima, constituindo-se em uma forma agravada de tratamento cruel, desumano ou degradante⁵⁴⁷.

Os elementos para a caracterização da tortura foram bem definidos pela construção jurisprudencial, iniciada pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda, no julgamento do caso Akayesu, sendo exigido que o perpetrador intencionalmente inflija grave sofrimento à vítima, a fim de atingir um dos seguintes propósitos: obter informação ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, punir a vítima ou terceira pessoa por um ato cometido por qualquer deles, intimidar ou coagir a vítima ou terceira pessoa, ou por alguma outra razão baseada em critério discriminatório. Ainda, o perpetrador deve ser um oficial ou agir enquanto tal, ou ainda mediante o consentimento de um oficial e para que a tortura seja configurada como crime contra

⁵⁴³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004. § 507-513. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁵⁴⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999. § 113. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁵⁴⁵ ISRAËL. Attorney-General of the Government of Israel vs. Adolph Eichmann. "District Court" de Jérusalem, 12 décembre 1961, cité dans **International Law Reports**, vol. 36, 1968, p. 340.

⁵⁴⁶ « La torture fait l'objet d'une condamnation universelle qui débouche sur une série de règles de prohibition, tant conventionnelles que coutumières. Cette double prohibition souligne l'indérogeabilité absolue de l'interdit de la torture que la répression spéciale en tant que crime contre l'humanité a étendue et confirmée ». JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité**. Paris : L. G. D. J, 2002, p. 49.

⁵⁴⁷ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radoslav Brđanin**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 1 septembre 2004. §483. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/fr/brd-tj040901f.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

a humanidade, a mesma deve ser praticada como parte de um plano de ataque sistemático ou generalizado contra uma população civil⁵⁴⁸.

Essa definição é confirmada pelo Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, que no julgamento do caso Furundzija⁵⁴⁹ fez uma revisão de toda a jurisprudência sobre o conceito de tortura, ampliando-o para as hipóteses em que outros meios de tortura, prática denominada pelo Tribunal como odiosa e vergonhosa, são utilizados para o fim de obter confissão da vítima ou de humilhá-la. A ampliação feita pela jurisprudência do TPII foi a inclusão do estupro como meio de tortura, utilizando-se para isso da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, precisamente do julgamento Aydin contra Turquia⁵⁵⁰ e do julgamento Mejia contra Peru⁵⁵¹, respectivamente.

Sua natureza de proibição absoluta pelo direito convencional vem inscrita em instrumentos como a declaração universal dos direitos humanos⁵⁵², o pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos⁵⁵³, a Convenção Europeia dos direitos humanos⁵⁵⁴, a

⁵⁴⁸ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §§ 594-595. Disponível em <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>>.

Acesso em: 14 abr. 2016.

⁵⁴⁹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Anto Furundzija**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 10 décembre 1998. § 163. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁵⁵⁰ « *L'intéressée allègue qu'à son arrivée à la gendarmerie, elle fut séparée de son père et de sa belle-sœur. A un moment donné, elle fut conduite à l'étage dans une pièce qu'elle dénomma ultérieurement la « chambre de torture ». Elle y fut dévêtue, placée dans un pneu de voiture que l'on fit tourner longuement. Elle fut frappée et arrosée avec de puissants jets d'eau froide. Plus tard, on la conduisit dans une salle d'interrogatoire, vêtue mais les yeux bandés. La porte fermée à clé, un individu en uniforme militaire lui arracha ses vêtements, la renversa sur le dos et la viola. Lorsqu'il la relâcha, elle ressentait de vives douleurs et était couverte de sang. On lui ordonna de se rhabiller et on la conduisit dans une autre pièce. Selon la requérante, on la ramena ensuite dans la pièce où elle avait été violée. Elle fut frappée pendant une heure environ par plusieurs personnes qui l'avertirent qu'elle ne devait parler à personne de ce qu'elle avait subi. [...] 86. Dans ces conditions, la Cour est convaincue que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis sur la personne de la requérante et celui de viol, qui revêt un caractère particulièrement cruel, sont constitutifs de tortures interdites par l'article 3 de la Convention. La Cour serait d'ailleurs parvenue à la même conclusion pour chacun de ces motifs pris séparément. 87. En conclusion, il y a eu violation de l'article 3 de la Convention ».* COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Aydin c. Turquie**. 57/1996/676/866. Arrêt, Strasbourg, 25 septembre 1997. § 20. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62660"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁵⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo Reparaciones Y Costas), 25 de noviembre de 2004. § 100. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁵⁵² Artigo 5º. Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

⁵⁵³ Artigo 7. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 jan. 2017.

⁵⁵⁴ Artigo 3º. Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. CONSELHO DA EUROPA. **Convenção europeia dos direitos do Homem**. Roma, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

Convenção interamericana para a prevenção da tortura⁵⁵⁵, a Carta africana dos direitos do homem e dos povos⁵⁵⁶, a Resolução n° 3452/1975 da Assembleia Geral das Nações Unidas⁵⁵⁷ e a Convenção contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes de 1984.

O caráter de direito costumeiro da proibição da tortura vem confirmado pela construção da jurisprudência internacional, e em matéria de jurisdição internacional penal esse caráter é reiterado especialmente nas decisões do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, a começar pelo julgamento do caso Akayesu, que servirá de modelo para muitos dos julgamentos que a ele se seguiram.

Neste caso, o tribunal designou por tortura todo ato pelo qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente infligidos a uma pessoa com a finalidade de obter dela ou de terceira pessoa informações ou confissões, de puni-la pela prática de um ato que ela ou terceira pessoa tenham cometido ou sejam suspeitas de terem cometido, de intimidá-la ou de sobre ela fazer pressão sobre terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo fundado sobre discriminação, devendo essa dor ou esse sofrimento ser infligido por um agente que detenha uma função pública ou qualquer outra pessoa que aja a título oficial, ou mediante sua instigação com seu consentimento expresso ou tácito⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵. Artigo 1. Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura**. Cartagena das Índias, Colômbia, 1985. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

⁵⁵⁶ Artigo 5°. Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁵⁵⁷ NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Résolution n° 3452**. Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. New York, 9 décembre 1975. Disponível em: <[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3452\(XXX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3452(XXX)&Lang=F)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁵⁵⁸ « *Le Tribunal entend le terme "torture" visé à l'article 3 f) de son Statut au sens de la définition qu'en donne la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, c'est-à-dire de "tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de ta fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation avec son consentement exprès ou tacite* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 681. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

Esses elementos são igualmente bem esculpidos no julgamento do *affaire* Kunarac, em que a Câmara de Primeira Instância refere como requisitos para a configuração da tortura, enquanto exigência do direito costumeiro, a necessidade de que o perpetrador tenha como objetivos obter informações ou confissões da vítima, punir, intimidar ou constranger a vítima ou um terceiro, operar uma discriminação em detrimento da vítima ou de um terceiro, qualquer que seja o motivo⁵⁵⁹.

No julgamento do caso Milorad Krnojelac, referindo-se aos elementos da tortura que fazem parte do crime contra a humanidade, a Câmara de Primeira Instância, mencionando novamente o direito costumeiro e elencando a exigência dos mesmos elementos já referidos no caso Kunarac, expressou-se sobre a tendência existente dentro do direito internacional dos direitos humanos de alargar o seu espectro de proteção, o que comportaria a hipótese de configuração da tortura com a finalidade de humilhação da vítima, embora tal ainda não faça parte do direito costumeiro e não seja citado em nenhum dos instrumentos internacionais que proíbem a tortura⁵⁶⁰.

A tortura, de forma muito particular, além de infligir sofrimentos físicos à vítima, possui intrínseca a imposição de humilhação, desumanizando-a em geral de maneira permanente⁵⁶¹, muito se aproximando com isso de atos executórios como é o caso da imposição de condições de vida que levem à destruição ou da prática de violências sexuais, que deixam marcas profundas àqueles que a elas sobrevivem.

A tortura se equipara por força convencional à concepção de tratamento cruel e outros atos desumanos, definidos igualmente pela jurisprudência internacional e entendidos como sendo uma ação ou omissão intencional, portanto deliberada, causadora de grandes sofrimentos ou de dores físicas ou lentais, constituindo grave ofensa à dignidade humana⁵⁶².

⁵⁵⁹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. § 485. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁵⁶⁰ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milorad Krnojelac**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 15 mars 2002. §186. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017; sobre a intenção proibida que deve motivar os atos de tortura: NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic et Esad Landzo alias “zenga”**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁵⁶¹ « Dans le cadre du crime contre l'humanité, la torture présente en outre, de façon inhérente, une volonté d'humiliation de la victime. La torture rejoint alors la finalité des politiques criminelles contre l'humanité. Elle se manifeste donc souvent dans ce contexte, en livrant la victime, tel un objet, aux 'fantaisies' du tortionnaire et surtout, en réduisant l'être humain, en le 'déshumanisant'. Ainsi, le criminel éloigne physiquement sa victime du monde des humains, et ce de façon définitive. En effet, un homme torturé n'oublie jamais ses souffrances ». JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité**. Paris : L. G. D. J, 2002, p. 52.

⁵⁶² « Dans la jurisprudence du Tribunal, le traitement cruel et inhumain a été défini comme “un acte ou une omission intentionnel, c'est-à-dire un acte qui, objectivement, est délibéré et non accidentel, qui cause de grandes

Essa definição foi bem formulada por ocasião do julgamento do *affaire Krstić*, ao analisar os sofrimentos por que passaram os muçulmanos da Bósnia, submetidos a sevícias corporais e outros tratamentos cruéis, obrigados a viverem em terríveis condições, como ausência de alimentos e em superlotação, tendo muitos sido vítimas de estupro e tantos outros tendo sucumbido à morte, vivendo em condição de terror – a ponto de muitos terem cometido suicídio – e em condições de extremo sofrimento – a exemplo de muitas mulheres que foram arrancadas de suas filhas sem nunca mais revê-las⁵⁶³.

No julgamento sobre o campo de Čelebići, a Câmara de Primeira Instância, reconhecendo o caráter subsidiário da expressão tratamento desumano, por entendê-lo como todo ato cruel que não se amolda ao conceito de tortura⁵⁶⁴, examina o que se entende por essa desumanidade, trazendo bons indícios sobre o que se pode entender por dignidade humana a partir de uma concepção negativa, porquanto fundada na prática de violações a essa dignidade.

Diz a Câmara que a expressão *condições desumanas* comporta um conjunto de condições gerais impostas às vítimas, equiparadas ao que a norma internacional menciona como sendo tratamento cruel, e que cause grandes sofrimentos ou porte uma ofensa à dignidade humana. Reconhecendo as normas que proíbem a prática de tratamento cruel ou de tratamento desumano como sendo uma norma absoluta, que não permite relativização, tem-se que existem regras mínimas de tratamento aplicável – no caso em julgamento, às condições de detenção – de forma a permitir que aqueles que a elas são submetidos possam viver como seres humanos, mesmo no curso de um conflito armado⁵⁶⁵.

souffrances ou douleurs physiques ou mentales ou qui constitue une atteinte grave à la dignité humaine”, et qui recouvre des infractions comme la torture ». NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004. § 516. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁵⁶³ « *La Chambre de première instance a décrit en détail les terribles épreuves subies tant par les Musulmans de Bosnie qui se sont réfugiés à Potočari que par ceux qui ont été capturés dans la colonne. Plus précisément, la Chambre a entendu des témoignages dignes de foi concernant les sévices corporels graves et autres traitements cruels infligés aux hommes musulmans de Bosnie après qu'ils ont été séparés de leurs proches à Potočari. De plus, de nombreux témoins ont évoqué les terribles conditions qui régnaient à la base des Nations Unies à Potočari et alentour : manque de nourriture et d'eau, puisque la VRS n'en fournissait que de très faibles quantités, et entassement de milliers de personnes dans un espace réduit. Surtout, des témoins crédibles ont fait état de viols et de meurtres, et la terreur a poussé quelques personnes à se suicider. Ultime souffrance, certaines femmes qui s'apprêtaient à monter dans un autocar se sont vu arracher leurs jeunes fils, qu'elles n'ont plus jamais revus par la suite ».* NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004. § 517. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁵⁶⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnib Delalić, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic et Esad Landzo alias “zenga”**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. § 552. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁵⁶⁵ « *L'expression "conditions inhumaines" est une description factuelle qui rend compte des conditions générales dans lesquelles les prisonniers sont détenus et du traitement qu'ils reçoivent. En conséquence, la Chambre de première instance est tenue d'appliquer à ces faits les normes juridiques dégagées pour le crime consistant à*

No julgamento do caso Blaškić o Tribunal acrescenta ao rol de tratamentos desumanos a utilização de escudos humanos em uma situação de conflito armado, qualquer que seja a nacionalidade das vítimas, por reconhecer que tratamentos desumanos são toda sorte de imposição de grave sofrimento ou ofensa grave à dignidade humana⁵⁶⁶.

As medidas visando impedir nascimentos no seio de um grupo são em regra violadores do direito à integridade física, porquanto na maioria das hipóteses o objetivo é alcançado mediante a prática de graves violências empregadas sobre o corpo das vítimas, como é o caso da prática de esterilizações ou de mutilações sexuais, que lhe retiram de forma permanente o direito à procriação, não somente lhe gerando grave sofrimento físico, assim como sofrimento psíquico, mas também ferindo-a diretamente em sua dignidade na medida em que de forma cruel é privada do direito de ter descendentes. Essa privação de um direito de escolha sobre procriar ou não procriar, além de ferir a integridade física da vítima, é também um meio de ofensa ao direito de liberdade, porquanto lhe é completamente retirada a possibilidade de agir segundo o seu livre arbítrio, atingindo o ápice de suas consequências quando essa livre escolha passa a não comportar mais a possibilidade de escolher ter uma vida familiar.

A depender do meio de execução das medidas para impedir nascimentos no seio de um grupo, a lesão ao direito à integridade física poderá ceder lugar à lesão ao direito de liberdade ou ao direito de liberdade sexual, como será o caso do emprego de meios como a

causer intentionnellement de grandes souffrances ou à porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé et à infliger un traitement cruel. Ces normes juridiques sont absolues et non relatives. De ce fait, lorsque l'on considère l'allégation factuelle de conditions inhumaines eu égard à ces crimes reconnus par le droit, il convient de faire abstraction des conditions régnant dans le centre de détention afin de déterminer quelle aurait dû être la norme en matière de traitement. La norme juridique valable pour chacun des crimes de mauvais traitements évoqués plus haut, définit une norme minimale de traitement applicable également aux conditions de détention. Au cours d'un conflit armé, les personnes ne devraient pas être détenues dans des conditions qui ne satisfont pas à cette norme minimale. Étant donné que, dans l'article 3 du Statut, le traitement cruel a la même signification que le traitement inhumain dans l'article 2 du Statut, les conditions inhumaines dont il est fait grief sont qualifiées à juste titre de traitement cruel. Cependant, compte tenu de ce qui a été dit de ces crimes, la Chambre de première instance estime que, s'il est possible d'assimiler les conditions inhumaines au fait de causer de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, sanctionné par l'article 2 du Statut, il est préférable de les qualifier de traitements inhumains ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucic alias "Pavo", Hazim Delic et Esad Landzo alias "zenga"**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. §§ 556-558. Disponível em : <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁵⁶⁶ « *La défense soutient notamment que l'utilisation de boucliers humains et le creusement de tranchées ne constituent des traitements cruels que si les victimes sont des étrangers en territoire ennemi, des habitants d'un territoire occupé ou des détenus. La Chambre considère qu'un traitement peut être cruel, quel que soit le statut de la personne concernée. La Chambre rejoint entièrement la Chambre Čelebići quand celle-ci conclut que le traitement cruel constitue un acte ou une omission intentionnel « qui cause de grandes souffrances ou douleurs physiques ou mentales ou qui constitue une atteinte grave à la dignité humaine. À ce titre, il a la même signification et donc la même fonction résiduelle aux fins de l'article 3 du Statut, que le traitement inhumain en tant qu'infraction grave aux Conventions de Genève ».* NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Tihomir Blaskić**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 3 mars 2000, § 186. Disponível em : <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

utilização forçada de contraceptivos, a separação de sexos e a proibição de casamentos, o emprego de ameaças ou traumatismos para não mais procriar, ou ainda, de forma mais cruel, por meio da prática de estupro com a finalidade de que a vítima seja inseminada por um membro de outro grupo – o que nas sociedades patriarcais irá determinar o não-pertencimento do descendente ao grupo materno⁵⁶⁷.

A desumanidade existente no impedimento de nascimentos no seio de um grupo não se resume aos sofrimentos impostos à vítima impedida de procriar, nem à violação de sua dignidade enquanto ser humano dotado de todas as faculdades que a natureza lhe proporcionou e que lhe são retiradas com brutalidade, mas consiste igualmente na intenção de exterminar um determinado grupo humano e toda a riqueza cultural que advém de sua existência, mais ainda quando reconhecida essa diversidade cultural como um patrimônio comum da humanidade⁵⁶⁸.

No que se refere ao direito de liberdade, as graves violações que decorrem do crime de genocídio e do crime contra a humanidade que impõem graves sofrimentos físicos são as advindas da prática de atos materiais como redução à escravidão, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave e deportação ou transferência forçada de população. Além disso, apesar de mais complexo, por violar um rol mais amplo de direitos, também o desaparecimento forçado pode ser situado *a priori* como uma violação ao direito de liberdade.

A redução à escravidão enquanto ato material de execução constitui-se em um dos mais cruéis e desumanos atos enquanto prática de grave violação porque suas condições, além de serem lesivas primeiramente à liberdade, o são igualmente à integridade física e atacam

⁵⁶⁷ « La Chambre considère que, aux fins de l'interprétation de l'article 2 (2) d du Statut, mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe, il faut comprendre la mutilation sexuelle, la pratique de la stérilisation, l'utilisation forcée de moyens contraceptifs, la séparation des sexes, l'interdiction des mariages. Dans le contexte de sociétés patriarcales, où l'appartenance au groupe est dictée par l'identité du père, un exemple de mesure visant à entraver les naissances au sein d'un groupe est celle du cas où, durant un viol, une femme dudit groupe est délibérément ensemencée par un homme d'un autre groupe, dans l'intention de l'amener à donner naissance à un enfant, qui n'appartiendra alors pas au groupe de sa mère. De plus, la Chambre note que les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe peuvent être d'ordre physique, mais aussi d'ordre mental. À titre d'exemple, le viol peut être une mesure visant à entraver les naissances lorsque la personne violée refuse subséquentement de procréer, de même que les membres d'un groupe peuvent être amenés par menaces ou traumatismes infligés à ne plus procréer ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 507. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>.

Acesso em: 14 abr. 2016.

⁵⁶⁸ *Article premier. La diversité culturelle, patrimoine commun de l'humanité* La culture prend des formes diverses à travers le temps et l'espace. Cette diversité s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités qui caractérisent les groupes et les sociétés composant l'humanité. Source d'échanges, d'innovation et de créativité, la diversité culturelle est, pour le genre humain, aussi nécessaire que l'est la biodiversité dans l'ordre du vivant. En ce sens, elle constitue le patrimoine commun de l'humanité et elle doit être reconnue et affirmée au bénéfice des générations présentes et des générations futures. UNESCO. **Déclaration universelle sur la diversité culturelle**. Paris, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127162f.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

diretamente à dignidade das vítimas, negando substancialmente à sua condição de ser humano. Como afirma Yann Jurovics, a redução à escravidão é a arma perfeita do crime contra a humanidade, porquanto consiste ao mesmo tempo na negação da dignidade, da liberdade e da existência física das vítimas⁵⁶⁹ e que embora tenha ingressado tardiamente enquanto proibição absoluta na ordem jurídica internacional, constitui-se em uma demonstração do quanto o direito internacional convencional é produto de uma consciência jurídica universal que impulsiona em um primeiro momento a construção de um direito internacional costumeiro que somente mais tarde se transforma em norma escrita.

Os critérios para a delimitação da redução à escravidão foram delimitados no *affaire Kunarac* pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, estabelecendo que deve haver controle sobre os movimentos de um indivíduo, controle sobre seu ambiente físico, controle psicológico sobre esse indivíduo, além de tomada de medidas para impedir ou desencorajar toda espécie de tentativa de fuga, inclusive mediante a utilização do recurso ao uso da força. A Câmara de Primeira Instância refere-se, ainda, à necessidade de uma duração no tempo, à reivindicação de direitos exclusivos sobre a vítima, a prática de tratamentos cruéis e de sevícias, o controle da sexualidade e o emprego de trabalhos forçados, devendo-se poder levar em consideração também, embora não como elemento constitutivo da redução em escravidão, o fato de o autor do crime poder comprar, vender, trocar ou adquirir a vítima por sucessão⁵⁷⁰.

No mesmo julgamento, o caráter de direito costumeiro da proibição da escravidão foi destacado pela jurisprudência⁵⁷¹, tornando-se o caso *Kunarac* também referência para os casos subsequentes em matéria de aplicação da proibição da escravidão pelo direito costumeiro⁵⁷².

A utilização da prática da deportação e da expulsão, em geral como instrumentos de purificação étnica, por isso muito mais relacionadas ao genocídio, mas também a transferência forçada de população – em relação à qual muito se discute à utilização como instrumento de

⁵⁶⁹ « Mais l'esclavage s'affirme de surcroît comme l'arme parfaite du crime contre l'humanité car il consiste le moyen idéal de nuire à la fois à la dignité des victimes, à leur liberté et à leur existence si les conditions de l'esclavage sont physiquement difficiles ». JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité**. Paris : L. G. D. J, 2002, pp. 54-55.

⁵⁷⁰ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. §543. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁵⁷¹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. §§ 515-543. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁵⁷² NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milorad Krnojelac**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 15 mars 2002. §353. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

genocídio ou de crime contra a humanidade – atacam primeiramente a liberdade da vítima, concernente ao seu direito de ir e vir, mas não se limitando a ele.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia teceu uma importante jurisprudência sobre os sofrimentos físicos impostos às vítimas desses atos e da sua relação com o crime de genocídio e com os crimes contra a humanidade, começando por distinguir a deportação da transferência forçada levando em conta a destinação que é dada às vítimas⁵⁷³.

No julgamento do caso Blagojević, a Câmara de Primeira Instância sedimenta o entendimento⁵⁷⁴ segundo o qual a transferência forçada de população seria a transferência de pessoas da região onde elas se encontram legalmente, sem motivo admitido pelo direito internacional⁵⁷⁵, distinguindo-se, em sua acepção clássica, da deportação e da expulsão, no sentido de que a primeira supõe uma transferência forçada no interior das fronteiras do país, enquanto a expulsão e a deportação implicam que essa transferência seja dirigida para o exterior das fronteiras internacionalmente reconhecidas⁵⁷⁶. Ainda, a expressão *forçada* supõe que as vítimas concernidas não escolham livremente a sua transferência, razão pela qual compreende

⁵⁷³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milorad Krnojelac**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 15 mars 2002. § 474. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

⁵⁷⁴ No mesmo sentido: NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radoslav Brđanin**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 1 septembre 2004. § 540. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/fr/brd-tj040901f.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

⁵⁷⁵ Segundo a jurisprudência, são em geral dois os motivos válidos em direito internacional que justificariam um deslocamento: 1) garantia de segurança de uma população civil; 2) razões militares imperativas. Nas duas hipóteses, exige-se que as populações deslocadas sejam levadas de volta a seus locais de origem tão logo cessem os motivos do deslocamento. Ver: NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milomir Stakić**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 31 juillet 2003. § 284. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/fr/sta-tj030731-f.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic**. La Chambre de Première Instance I, Section A. Jugement rendu le 17 janvier 2005. § 597. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/fr/050117.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Vujadin Popovic, Ljubisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero, Vinko Pandurevic**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 10 juin 2010. §901. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/fr/100610_1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁵⁷⁶ Em sentido diferente, mas não predominante, a definição dada no julgamento do *affaire Stakić*: « *Aux fins de la présente espèce, la Chambre de première instance conclut que l'article 5 d) du Statut doit être interprété comme s'appliquant à des déplacements forcés de population, tant au-delà de frontières internationalement reconnues que de frontières de facto non reconnues internationalement. Dans ce contexte, il convient de définir la déportation comme le fait de déplacer des personnes en les expulsant ou en recourant à d'autres moyens de coercition, pour des motifs non admis en droit international, d'une région où elles se trouvent légalement vers une région contrôlée par une autre partie* ». NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milomir Stakić**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 31 juillet 2003. § 679. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/fr/sta-tj030731-f.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017;

o uso da força, do medo, da violência e da detenção ilegal, o que coloca em evidência a vulnerabilidade das vítimas e eleva a violação a crime de direito internacional costumeiro⁵⁷⁷.

As transferências forçadas estão entre os atos materiais mais praticados no conflito da ex-Iugoslávia, tendo sido utilizadas como instrumento de imposição de um clima de terror especialmente à população muçulmana e croata, submetidas a uma série de humilhações que antecediam a essas transferências a campos de detenção – onde também eram submetidos a outros sofrimentos físicos (especialmente homicídios, violação à integridade física e estupro)⁵⁷⁸. Nesse quadro de ataque generalizado e sistemático contra a população civil, a população croata e muçulmana fora forçada a deixar seus locais de habitação como parte de um plano de purificação étnica do governo sérvio, sendo essas transferências forçadas seguidamente acompanhadas de destruição de locais destinados aos cultos religiosos ou de bens que possuíam importância para a população vítima⁵⁷⁹.

O critério de gravidade da expulsão ou da transferência forçada é requisito indispensável para a caracterização do crime. Este se relaciona ao grau de sofrimento imposto às vítimas, uma vez que a jurisprudência exige a necessidade de se comprovar que o deslocamento de população equivale a um ato desumano, sendo por isso comparável à expressão outros atos desumanos⁵⁸⁰, notando, porém, que em geral toda transferência forçada

⁵⁷⁷ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic**. La Chambre de Première Instance I, Section A. Jugement rendu le 17 janvier 2005. §§ 595-596. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/fr/050117.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2017.

⁵⁷⁸ « *Le SDS de Bijeljina était décidé à débarrasser la municipalité des Musulmans restants. L'idée était de massacrer une famille musulmane de part et d'autre de la ville afin d'instaurer un climat de terreur. Ce projet a été mis à exécution en septembre 1992 par les policiers de l'unité spéciale de Duško Malović à la demande de Drago Vuković, employé du MUP local et membre de la cellule de crise de Bijeljina. À la même époque, l'assemblée municipale serbe a décrété que tout Musulmans qui ne défèreraient pas à un ordre de mobilisation serait licencié, serait privé d'électricité, d'eau et de téléphone, et devrait se présenter pour qu'on lui assigne une tâche. [...]. Du 4 mai jusqu'à août 1992 au moins, de nombreux non-Serbes de la municipalité de Brčko ont été emmenés au camp de Luka et détenus dans un hangar surpeuplé aux conditions sanitaires déplorables [C8.7]. Début mai, un grand nombre de femmes, enfants et personnes âgées musulmanes ou croates ont été conduits hors de la municipalité de Brčko, à Čelić, un village majoritairement musulman de la municipalité voisine de Lopare. Les hommes en âge de porter les armes ont été envoyés au camp de Luka. De nombreux détenus transférés à Luka venaient d'autres centres de détention temporaires⁷⁵⁶. Entre le 27 mai et le 7 juin, 100 à 200 personnes ont été détenues au camp de Luka, des hommes musulmans de 20 à 60 ans pour la plupart. [...] Les détenus de ce camp étaient systématiquement maltraités par les gardiens serbes, en particulier par Goran Jeličić et Ranko Češić. Ils étaient régulièrement battus et certaines détenues ont été violées. Lorsque Ranko Češić a violé le témoin, il a affirmé que c'était « un plaisir d'avoir une balija de plus à violer ».* NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Momčilo Krajisnik**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 27 septembre 2006. §§ 308, 333. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/fr/060927.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

⁵⁷⁹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Momčilo Krajisnik**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 27 septembre 2006. §§ 807-810. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/fr/060927.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

⁵⁸⁰ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Momčilo Krajisnik**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 27 septembre 2006. § 331. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/fr/060927.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić,**

(e com maior razão ainda a expulsão), são experiências traumatizantes por implicarem a coação ao abandono do lar, a perda de bens e a própria situação de pessoa deslocada⁵⁸¹, o que por si coloca as vítimas em situação de grande fragilidade.

A prisão enquanto meio de cometimento de crime contra a humanidade por se constituir em clara lesão ao direito de liberdade é igualmente uma forma de desumanizar às vítimas, começando por retirar um dos direitos que assemelham um ser humano de outros seres humanos, porquanto a igual liberdade de todos os membros de uma comunidade humana é condição essencial de sua própria existência, sendo toda forma ilegal de privação de liberdade uma espécie de desumanização de suas vítimas⁵⁸², sobretudo quando praticado sob a forma de aprisionamento, que em geral se associa a outros atos de humilhação, como a prática de violências sexuais e de agressões físicas como a tortura.

Sua natureza de proibição absoluta é sedimentada pela jurisprudência internacional, tanto pela jurisdição penal quanto pela jurisdição de direitos humanos, a começar pelo reconhecimento como obrigação positiva o dever do Estado em proteger a liberdade de seus cidadãos, inserida no quadro da proteção contra a detenção arbitrária e no reconhecimento da importância que a liberdade individual reveste em uma sociedade democrática⁵⁸³.

O primeiro julgamento que teve a ocasião de analisar a prisão como meio executório do crime contra a humanidade foi a decisão do caso Kordić, fazendo a diferenciação entre as nomenclaturas de prisão ilegal como sendo ato executório específico do crime contra a humanidade⁵⁸⁴ e a detenção ilegal como pertencente ao crime de guerra enquanto infração grave às Convenções de Genebra, elucidando, porém que ambos os atos materiais possuem

Vlatko Kupreškić, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Anti alias “Vlado”. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 14 janvier 2000. § 566. Disponível em : <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

⁵⁸¹ « *La Chambre constate à cet égard que tout déplacement forcé est, par définition, une expérience traumatisante impliquant l'abandon du foyer, la perte de biens et la situation de personne déplacée* ». NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić.** La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004. § 523. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁵⁸² JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité.** Paris : L. G. D. J, 2002, p. 53.

⁵⁸³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Storck c. Allemagne.** Requête n. 61603/00). Arrêt, Strasbourg, 16 juin 2005. §102. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-69375"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁵⁸⁴ « *Le terme d'emprisonnement employé à l'article 5 e) du Statut doit être entendu comme un emprisonnement arbitraire, c'est-à-dire la privation d'un individu de sa liberté en violation des formes légales dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez.** La Chambre D'Appel. Arrêt rendu le 17 décembre 2004. § 116. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/fr/aj-041217f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

similitudes⁵⁸⁵, mas com a particularidade de que no crime de guerra a detenção ilegal se caracteriza em duas hipóteses específicas: a primeira, quando a detenção de civis ocorre em violação ao artigo 42 da quarta Convenção de Genebra⁵⁸⁶, inexistindo razão para crer que a segurança do país detentor exija a detenção de modo imperativo e, a segunda, quando não sejam outorgadas aos detentos as garantias em matéria de procedimento exigidas pelo artigo 43 da mesma Convenção⁵⁸⁷.

Tratando-se de crime contra a humanidade, o Tribunal sublinha a necessidade de que a prisão seja arbitrária, consistindo em uma privação de liberdade que desrespeita as formalidades legais, em contrariedade às disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos e do Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos, ambos em seu artigo 9, compreendendo práticas tais como o envio de pessoas para campos de concentração ou de internamento ou outras formas de detenção, conforme aponta a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas⁵⁸⁸, devendo nesses casos a prisão ser contrária às disposições de direito internacional para que seja caracterizada como ilegal ou arbitrária⁵⁸⁹.

Para que uma prisão seja arbitrária e para que seja caracterizada como meio de execução do crime contra a humanidade, além de ter de satisfazer as suas condições circunstanciais, tais como a exigência de que seja praticada contra uma população civil no

⁵⁸⁵ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez**. La Chambre D'Appel. Arrêt rendu le 17 décembre 2004. § 298. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/fr/aj-041217f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁵⁸⁶ Article 42. *L'internement ou la mise en résidence forcée des personnes protégées ne pourra être ordonné que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire. Si une personne demande, par l'entremise des représentants de la Puissance protectrice, son internement volontaire et si sa propre situation le rend nécessaire, il y sera procédé par la Puissance au pouvoir de laquelle elle se trouve.* CONVENTION DE GENÈVE RELATIVE À LA PROTECTION DES PERSONNES CIVILES EN TEMPS DE GUERRE. Genève, 1949. Disponível em : <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/380>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁵⁸⁷ Article 43. *Toute personne protégée qui aura été internée ou mise en résidence forcée aura le droit d'obtenir qu'un tribunal ou un collège administratif compétent, créé à cet effet par la Puissance détentrice, reconsidère dans le plus bref délai la décision prise à son égard. Si l'internement ou la mise en résidence forcée est maintenu, le tribunal ou le collège administratif procédera périodiquement, et au moins deux fois l'an, à un examen du cas de cette personne en vue d'amender en sa faveur la décision initiale, si les circonstances le permettent. À moins que les personnes protégées intéressées ne s'y opposent, la Puissance détentrice portera, aussi rapidement que possible, à la connaissance de la Puissance protectrice les noms des personnes protégées qui ont été internées ou mises en résidence forcée et les noms de celles qui ont été libérées de l'internement ou de la résidence forcée. Sous la même réserve, les décisions des tribunaux ou collèges indiqués au premier alinéa du présent article seront également notifiées aussi rapidement que possible à la Puissance protectrice.* CONVENTION DE GENÈVE RELATIVE À LA PROTECTION DES PERSONNES CIVILES EN TEMPS DE GUERRE. Genève, 1949. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/380>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁵⁸⁸ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 26 février 2001. § 299. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁵⁸⁹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 26 février 2001. § 300. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

quadro de um ataque sistemático ou generalizado, é preciso que a privação da liberdade do indivíduo seja feita sem que sejam observadas as garantias de um processo, enquanto único instrumento apto a imputar a prisão legal⁵⁹⁰. A jurisprudência internacional refere-se especificamente à inobservância dos procedimentos legais, sejam eles civis ou militares⁵⁹¹.

A previsão convencional ainda menciona a expressão outra forma de privação grave da liberdade física, paralelamente à prisão, com vistas a alargar a configuração da violação ao direito de liberdade para todas as hipóteses em que essa privação não apresente adequação às normas de direito internacional⁵⁹².

O desaparecimento forçado, que se tornará proibição absoluta a partir de uma sequência de convenções internacionais, começa a ser reconhecido especialmente como tal a partir da Assembleia Geral das Nações Unidas tida em dezembro de 1992⁵⁹³, que faz o elo entre a proibição do desaparecimento forçado e o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana.

Insere-se aqui o desaparecimento forçado nas hipóteses de violação ao direito de liberdade, muito embora segundo as Nações Unidas de sua prática decorra a violação de uma série de direitos humanos contidos em convenções internacionais, enumerando como tais como o direito ao reconhecimento enquanto pessoa perante a lei, o direito à liberdade e à segurança, o direito a não ser submetido à tortura e a outro tratamento cruel, desumano ou degradante, o direito à vida (quando a pessoa desaparecida é morta), o direito a uma identidade, o direito ao devido processo legal, o direito a remédios judiciais efetivos, incluindo reparação e compensação, além do direito à verdade em relação às circunstâncias do desaparecimento, sendo os dois últimos em geral relacionados com os sucessores da vítima direta⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 26 février 2001. §§ 302-303. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁵⁹¹ “Selon la Chambre, le terme ‘emprisonnement’ doit être entendu comme un emprisonnement arbitraire, c’est-à-dire sans justification et en dehors du cadre légal des procédures civiles et militaires”. NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić et Berislav Pušić**. La Chambre de Première Instance III. Jugement rendu le 29 mai 2013. Vol. 1, §60. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/prlic/tjug/en/130529-1.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

⁵⁹² BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity in International Criminal Law**. 2^e éd. rev. La Haye: Kluwer, 1999, pp. 362-363.

⁵⁹³ NATIONS UNIES. A Assembleia geral. **Résolution adoptée par l’assemblée générale [sur] le rapport de la Troisième Commission (A/47/678/Add.2)** : Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. (A/RES/47/133). New York, 1993. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/133>. Acesso em: 16 jan. 2017.

⁵⁹⁴ UNITED NATIONS. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. **Enforced or Involuntary Disappearances**. Fact Sheet No. 6/Rev.3. Geneva; New York: [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/en/events/disappearancesday/pdf/FactSheet6Rev3.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

Se é certo que a prática de desaparecimento forçado viola um rol mais extenso de direitos, o primeiro dos direitos violados parece ser o direito à liberdade, porquanto mesmo que haja a violação do direito à vida em razão da morte da pessoa desaparecida, esta violação será sempre precedida de uma ofensa à liberdade, especialmente da liberdade de locomoção.

O desaparecimento forçado ingressou na previsão de um ato de execução do crime contra a humanidade após uma extensa construção convencional sobre a matéria e uma forte construção jurisprudencial feita especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, naquilo em que se ocupou de julgar fatos praticados durante as ditaduras militares na América Latina.

Em um dos primeiros casos sobre a matéria, oportunizando a aplicação da Convenção Americana sobre desaparecimentos forçados, caso *Blake vs. Guatemala*, a Corte, reconhecendo tratar-se de uma das mais graves violações de direitos humanos, marcou a sua posição acerca de quais são esses direitos violados, trazendo em primeiro plano a privação da liberdade somada à ofensa à integridade pessoal, à segurança e à vida da vítima, em ofensa ao artigo 7 (direito à liberdade) e ao artigo 4 (direito à vida) da Convenção Americana de Direitos Humanos, além de outros relacionados à prestação da justiça e às garantias processuais (artigos 8.1 e 25).

A Corte menciona ainda a violação à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima, porquanto o desaparecimento forçado gera sofrimento e angústia, somado a um sentimento de insegurança, frustração e impotência diante do vazio de investigações e o desconhecimento sobre o destino da vítima desaparecida⁵⁹⁵, e isto levando-se em consideração o fato de que são também os familiares das vítimas diretas do crime⁵⁹⁶.

Como afirma o Juiz Cançado Trindade em seu voto arrazoado por ocasião do julgamento do emblemático caso *Blake*, o desaparecimento forçado constitui-se em violação grave de múltiplos direitos humanos, muitos deles constituindo-se em direitos inderrogáveis,

⁵⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. § 66. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁵⁹⁶ “*Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos.*” “*Además, la incineración de los restos mortales del señor Nicholas Blake, para destruir todo rastro que pudiera revelar su paradero, atenta contra los valores culturales, prevalecientes en la sociedad guatemalteca, transmitidos de generación a generación, en cuanto al respeto debido a los muertos. La incineración de los restos mortales de la víctima, efectuada por los patrulleros civiles por orden de un integrante del Ejército guatemalteco, (supra párr. 57. e) f) y g)) intensificó el sufrimiento de los familiares del señor Nicholas Blake*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. §§ 114-115. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

protegidos tanto por tratados de direitos humanos quanto por um processo de criminalização, tal como se dá com outras violações graves e que por isso devem ingressar no rol do *jus cogens* internacional enquanto proibições imperativas que, por integrarem o campo da consciência jurídica internacional, fazem também parte do direito internacional consuetudinário, estando, assim, protegidas contra eventual manifestação voluntarista do direito internacional convencional, a justificar a aplicação direta das normas internacionais de proteção no âmbito interno dos Estados⁵⁹⁷.

Tratando-se de graves violações que decorrem do crime de genocídio e do crime contra a humanidade que impõem graves sofrimentos físicos visando à violação ao direito à liberdade sexual são as advindas da prática de atos materiais como estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outra forma de violência sexual de gravidade comparável.

As violências sexuais, da qual o estupro é seu exemplo ao mesmo tempo mais recorrente e cruel, equiparam-se à prática da tortura pela finalidade de sua utilização, enquanto meio de intimidação, degradação, humilhação, discriminação, sanção, controle ou destruição de uma pessoa, constituindo-se, por essa razão em método de imposição de grave sofrimento e ofensa à sua dignidade.

As violências sexuais, assim como a tortura, têm seus atos materiais descritos em um rol não taxativo, utilizando-se a norma internacional da expressão outra forma de violência sexual de gravidade comparável, podendo compreender todo ato de violência sexual cometido sobre uma pessoa sob o império da coerção, não necessariamente manifestada por meio da força física, mas também por ameaças, intimidação ou outras formas de violência que explorem o medo⁵⁹⁸.

A relação entre a violação do direito à liberdade sexual e a imposição de sofrimento às vítimas com vistas à perda de sua dignidade é evidenciada por uma série de decisões na esfera

⁵⁹⁷ INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, §§ 15-28. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁵⁹⁸ « *Pour la Chambre constitue le viol tout acte de pénétration physique de nature sexuelle commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercion. La Chambre considère la violence sexuelle, qui comprend le viol, comme tout acte sexuel commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercion. L'acte de violence sexuelle, loin de se limiter à la pénétration physique du corps humain peut comporter des actes qui ne consistent pas dans la pénétration ni même dans des contacts physiques. L'incident décrit par le témoin KK à l'occasion duquel l'Accusé a ordonné aux Interahamwe de déshabiller une élève de la forcer à faire de la gymnastique toute nue dans la cour publique du bureau communal, devant une foule, caractérise l'acte de violence sexuelle* ».

NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 688. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

internacional tanto com vistas à responsabilização dos Estados, quanto para fins de responsabilização penal individual.

No caso *Fernando e Raquel Mejia vs. Peru*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos traçou em linhas claras a relação existente entre a prática do estupro e o seu efeito sobre a vítima enquanto crime de tortura⁵⁹⁹.

Em seu relatório, refere a CIDH que para que a tortura se configure, são necessários três elementos: (1) que a prática de ato imponha a uma pessoa sofrimentos físicos e mentais, (2) que o ato seja cometido com um objetivo; e (3) que o ato seja praticado por um funcionário público ou por uma pessoa privada instigada por este.

Sobre o primeiro elemento, o estupro é um ato praticado mediante violência ou sob ameaça, que obriga uma pessoa a praticar um ato sexual e, como tal, se constitui em um dos diversos métodos de tortura física, bem como de tortura psíquica, na medida em que possui por objetivo humilhar não somente a vítima, mas também sua família e a comunidade onde esta está inserida.

Por essa razão, o estupro constitui-se em uma arma utilizada para punir, intimidar e humilhar, fazendo vítima não somente aquele que sofre diretamente as consequências da violência, mas também aqueles que com a vítima direta possuem elos afetivos, permitindo a conclusão da comissão segundo a qual o estupro seria um ataque particularmente vil contra a dignidade humana, crime em relação ao qual as mulheres são particularmente ofendidas nos elementos mais sensíveis de sua personalidade, cujas consequências a longo termo são particularmente danosas em razão dos danos psicológicos dificilmente reparáveis⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. RAPPORT N° 5/96. Affaire 10.970. **Fernando et Raquel Mejia c. Pérou**. 1^{er} mars 1996. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/95fr/Perou10970.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁶⁰⁰ Sobre os demais elementos da tortura, referiu a Comissão estarem os mesmos igualmente presentes no caso: « *Le deuxième élément établit que, pour qu'une action soit une torture, elle doit avoir été commise intentionnellement, c'est-à-dire afin de produire chez la victime un résultat déterminé. La Convention interaméricaine pour empêcher et punir la torture mentionne, entre autres fins, le châtement personnel et l'intimidation. "Raquel Mejia fut violée dans le but de la punir personnellement et de l'intimider. Selon son témoignage, l'individu qui l'a abusée sexuellement dans sa personne lui a dit qu'elle était cherchée en tant qu'élément subversif, tout comme son époux. Il lui a dit que son nom se trouvait sur une liste de personnes liées au terrorisme et finalement l'a prévenue que son amitié avec un ancien fonctionnaire du gouvernement précédent ne lui servirait à rien. La deuxième fois, avant de partir, il l'a menacée de revenir pour la violer de nouveau. Raquel Mejia s'est sentie terrorisée, craignant non seulement pour sa sécurité, mais aussi pour celle de sa fille qui dormait dans l'autre chambre, et pour la vie de son époux. Le troisième élément de la définition de la torture est que l'acte doit avoir été perpétré par un fonctionnaire public ou par une personne privée à l'instigation du premier. "Comme on l'a conclu ci-dessus, le responsable des viols de Raquel Mejia est un membre des forces de sécurité qui s'était fait accompagner par un nombre important de soldats. Par conséquent, ayant établi que dans la présente affaire on retrouve les trois éléments de la définition de la torture, la Commission conclut que l'Etat péruvien est responsable de la violation de l'article 5 de la Convention américaine »*. ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. RAPPORT N° 5/96. Affaire

A Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso Aydin contra Turquia, também se debruçou sobre a equiparação do estupro à tortura, enquanto proibição contida no artigo 3 da Convenção europeia de direitos humanos. Segundo o ato de acusação, a vítima teria tido seus olhos vendados, sofrido violências físicas, sido desvestida, colocada no interior de um pneu, molhada com violentos jatos d'água e estuprada, tendo sido submetida a tal tratamento porque ela e os membros de sua família seriam suspeitos de estar implicados em atividades terroristas. Segundo a decisão, durante o período em que esteve detida, a vítima fora estuprada por um agente do Estado, configurando, assim, uma forma particularmente grave e odiosa de maus tratos, especialmente considerando a facilidade com que o agressor pode praticar os atos de abuso, em razão do alto grau de vulnerabilidade e de fragilidade da vítima. Além disso, a Corte enfatizou o fato de o estupro deixar na vítima lesões físicas graves, bem como lesões psicológicas profundas, que não se apagam com a mesma facilidade que outras formas de violência física ou psíquica⁶⁰¹.

Ambos os casos serviram de parâmetro para o julgamento do *affaire Zejnil Dalalić, Zdravko Mucić e Hazim Delić* pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, para fins de equiparação do estupro à tortura, em decorrência da intensidade dos sofrimentos que impõem às suas vítimas enquanto atos de violência que são, causadores de dores físicas e psicológicas que induzem à vítima a um sentimento de humilhação⁶⁰².

A prática do estupro ou de outras formas de agressão sexual, cujo alvo é em primeiro plano a violação do direito de liberdade sexual da vítima, que compreende o direito de manter ou não manter relações sexuais, bem como o direito de escolha em relação à pessoa com que manterá relações sexuais, pode por outro lado consistir em meio para a violação de outros direitos, como o direito à liberdade, nos casos em que as violências sexuais são cometidas sob a forma de escravidão sexual, e muito geralmente violando também o direito à integridade física, chegando a violação a atingir estágios agudos de sofrimento a ponto de a violência sexual, frequentemente sob a forma de estupro, poder ser considerada como uma forma de tratamento cruel, desumano ou degradante ou mesmo como prática de tortura.

10.970. **Fernando et Raquel Mejia c. Pérou.** 1^{er} mars 1996. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/95fr/Perou10970.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁶⁰¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Aydin c. Turquie.** 57/1996/676/866. Arrêt, Strasbourg, 25 septembre 1997. §40, alinéa 4; §83. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62660"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁶⁰² NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić et Esad Landzo alias "zenga"**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. § 486. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

Isso ocorre porque a violação à liberdade sexual é normalmente empregada pelo agressor com o intuito não somente de ofender a vítima em seu direito de escolher com quem e se mantém relações sexuais, mas especialmente como instrumento de humilhação, de desprezo⁶⁰³ e de demonstração de superioridade. O crime ainda apresenta a particularidade de ser drástico em suas consequências, capaz de operar um traumatismo permanente, tão agudos que são os sofrimentos experimentados.

A jurisprudência internacional, mesmo nos casos em que a violência sexual alcança outras formas de agressão, menciona a expressão violação da autonomia sexual⁶⁰⁴, que ora traduz-se para violação ao direito de liberdade sexual. Define-se essa violação da autonomia sexual a partir de uma análise do direito comparado, reunindo os pontos comuns que os ordenamentos jurídicos nacionais elencam para a caracterização de crimes que portam ofensa a esse direito, do qual o estupro é o exemplo mais evidente.

Esses crimes que atentam contra a liberdade sexual da vítima possuem consonância nos direitos nacionais, e atualmente uma sedimentação na jurisprudência internacional. O fato de serem praticados mediante o uso da força, da coação, da ameaça ou de qualquer outro meio que retire da vítima o exercício de seu consentimento, faz com que a força seja compreendida em sentido amplo enquanto forma de neutralização do livre arbítrio e da participação voluntária da vítima na prática do ato sexual⁶⁰⁵, de forma a torná-la extremamente vulnerável diante de seu agressor.

Da jurisprudência dos Tribunais Internacionais Penais se retiram os mais atroz exemplos de como as vítimas de um crime sexual podem ser humilhadas e desprezadas pelos perpetradores, sem que suas vidas jamais possam retomar o curso normal em que se encontrava antes do crime.

No julgamento do caso *Akayesu*, julgado por fatos tais como a prática de estupro amplamente utilizada como arma de ataque generalizado à população Tutsi, testemunhas

⁶⁰³ « *La condamnation du viol et de la torture par le droit international coutumier et leur inscription systématique subséquente dans les définitions, parmi les actes constitutifs de crimes contre l'humanité, tiennent du fait que ces crimes traduisent une intention spécifique du criminel : ils ajoutent, à l'état de criminalité systématique, au-delà de la douleur physique, un mépris de la victime, une dénégation de son humanité, une volonté de briser sa dignité d'homme. [...] Les violences sexuelles impliquent déconsidération et mépris et surtout une volonté marquée du criminel de déshumaniser sa victime* ». JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité**. Paris : L. G. D. J, 2002, pp. 39-42.

⁶⁰⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. §§ 440-441. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁶⁰⁵ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Anto Furundzija**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 10 décembre 1998. § 80. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

comprovaram a que ponto pode chegar a criatividade humana quando a intenção é retirar todo o mínimo de dignidade que resta de seres humanos já vulneráveis somente pelo fato de se encontrarem em uma situação de conflito.

A humilhação por que podem passar as vítimas nesse contexto, no caso do conflito de Ruanda, pela simples razão de pertencerem à etnia tutsi, se exemplifica pelo testemunho que narrou a cena de uma jovem menina sendo obrigada a se despir, a caminhar nua diante de grande número de pessoas e ser alvo de risos de seus agressores⁶⁰⁶.

Os traumas irreversíveis são também testemunho recorrente na jurisprudência, como narra uma testemunha do caso Akayesu, vítima de estupro, que após ter presenciado o homicídio de seu bebê, foi oferecida nua à vista de todos e estuprada na presença de crianças. Referindo-se à imensa tristeza que a guerra lhe causou, declarou que revivia e reviveria sempre as lembranças do conflito e que sua vida nunca mais seria o que foi um dia em razão dos espancamentos e estupros que suportou⁶⁰⁷.

A utilização do estupro como meio de execução do crime contra a humanidade é tão eficaz na desumanização de suas vítimas que pode atingir consequências ainda mais graves, como o seu emprego para a prática de tortura⁶⁰⁸, ou a redução da vítima à condição de escravo⁶⁰⁹, ou ainda como meio de limpeza étnica. Por todas essas razões, como bem registrou o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, marco na construção jurisprudencial em

⁶⁰⁶ « *Le témoin KK a dit avoir été témoin d'un incident au cours duquel l'Accusé a dit aux Interahamwe de déshabiller une jeune fille appelée Chantal dont il savait qu'elle était gymnaste et ce afin qu'elle fasse de la gymnastique. L'Accusé a dit à Chantal qui se disait Hutue, qu'elle doit être Tutsie parcequ'il savait que son père était Tutsi. Pendant que Chantal était forcée de marcher nue devant de nombreuses personnes, le témoin KK a affirmé que l'Accusé en riait de joie. Après quoi, a-t-elle déclaré il a dit aux Interahamwe de l'emmener leur lançant "prenez tout d'abord soin de coucher avec cette jeune fille* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 429. Disponível em : <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁶⁰⁷ « *Le témoin JJ a parlé de ta profonde tristesse que la guerre lui a causée. Elle a parlé de son humiliation de mère, d'avoir été offerte nue à la vue de tous et violée par des jeunes gens en présence d'enfants. Elle a déclaré que rien que d'y penser, ravivait le souvenir de la guerre en elle. Le témoin JJ a dit à la Chambre qu'elle s'était remariée mais que sa vie n'a jamais été ce qu'elle avait été à cause des bastonnades et des viols qu'elle avait endurés. Elle a déclaré que les douleurs qu'elle ressent dans les côtes l'empêchaient de cultiver son champ car elle ne peut plus se servir d'une houe alors qu'elle vivait du produit de ses champs* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 423. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁶⁰⁸ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnir Delalić, Zdravko Mucic alias "Pavo", Hazim Delic et Esad Landzo alias "zenga"**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁶⁰⁹ No julgamento do caso Kunarac, a prática do estupro foi reconhecida como meio de redução das vítimas à condição de escravas, enfatizando a decisão que as mesmas eram tratadas como bens pertencentes aos acusados. NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. § 744. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

matéria de crimes sexuais, o estupro é um dos piores sofrimentos que um ser humano pode infringir a um outro ser humano⁶¹⁰.

No julgamento do caso Mucić, o TPII reconheceu o estupro como uma forma de tortura, tendo sido os acusados bósnios julgados pela prática de violências sexuais praticadas contra civis sérvios detidos no campo de Čelebići, tais como o fato de um dos acusados, Esad Landžo, ter forçado dois irmãos à prática de atos sexuais à vista de outros detidos e de ter inserido uma vela acesa em torno de seus órgãos genitais, ou ainda o fato do acusado Hazim Delić ter estuprado duas mulheres enquanto as interrogava, com a finalidade de obter informações e de punir as vítimas por não terem cedido à intimidação, além de ter-se utilizado das violências com a finalidade discriminatória pelo fato de serem mulheres. Nesse sentido, equiparou o estupro a uma forma de tortura, especialmente pelo fato de se constituir em um ato desprezível que ofende de forma profunda a dignidade humana e a integridade física da vítima, ao provocar dores e sofrimentos vivos que dificilmente podem ser superados⁶¹¹.

Em matéria de violência sexual a jurisprudência do TPII foi ainda mais paradigmática por ocasião do julgamento do caso Krstić, no contexto dos crimes cometidos em Srebrenica em 1995 no qual evidenciou o estupro como sendo um instrumento de limpeza étnica estreitamente relacionado ao crime de genocídio. Nesse contexto em que as forças armadas sérvias se deslocaram para Srebrenica, milhares de seus habitantes muçulmanos que fugiram para a localidade de Potočari tentando encontrar refúgio na base das Nações Unidas passaram a ser ameaçados por soldados sérvios, tendo sido a maior parte vítimas de estupro, que foi considerada pela Câmara de Primeira Instância como a consequência de uma campanha de limpeza étnica relacionada com uma política genocidária liderada pelas autoridades sérvias, representadas pela figura do General Krstić⁶¹². O julgamento de primeira instância é confirmado pela Câmara de Apelação, ao referir que a limpeza étnica se inscrevera no quadro de uma operação em que Radislav Krstić aparecia como um dos seus principais protagonistas⁶¹³.

⁶¹⁰ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. § 655. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁶¹¹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic et Esad Landzo alias “zenga”**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. § 495. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁶¹² NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre de première instance. Jugement rendu le 2 août 2001, § 562. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/fr/010802f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁶¹³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004. § 147. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krstic-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

Analisando os atos materiais que descrevem os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio na ordem normativa internacional, verifica-se como denominador comum a prática de condutas que impõem às vítimas grave sofrimento físico e que, por sua gravidade, tem por consequência também a imposição de sofrimentos psíquicos, como é o caso dos atos materiais que se analisa precedentemente.

Há atos materiais, porém, que se produzem com vistas à imposição direta de sofrimentos mentais às vítimas e que decorrem, em geral, da violação de direitos relacionados ao não-tratamento desumano e degradante e ao direito à não-discriminação, que aqui são elencados como direitos negativos. Esses atos, no entanto, são passíveis de violar igualmente os demais direitos, tratados anteriormente, que aqui denomina-se direitos positivos, sendo o caso do direito à vida, do direito à integridade física, do direito à liberdade e do direito à liberdade sexual.

Esses atos materiais ofendem o que se denomina aqui direitos negativos, no sentido de que se tratam de direitos à não-prática de uma determinada conduta, e que são ora elencados como o direito ao não-tratamento desumano ou degradante e o direito à não-discriminação.

Entende-se que o direito ao não-tratamento desumano, cruel ou degradante se inscreve igualmente como absoluto, na medida em que não admite exceções que o relativizem. Trata-se igualmente de direito universal, porquanto reconhecido como fazendo parte do direito internacional costumeiro e proclamado como garantia em convenções internacionais protetoras do que se pode identificar por direito comum da humanidade, para utilizar a já mencionada classificação de Antoine Pilet.

Todos os atos materiais que caracterizam o crime contra a humanidade e o genocídio podem se cristalizar nessa fórmula, porquanto a própria noção de violação à dignidade das vítimas advém da imposição de um tratamento desumano ou degradante, traduzido nos mais diversos atos materiais previstos para esses crimes, porquanto, em última análise, a finalidade do cometimento desses crimes é sempre a de degradar a condição de ser humano de suas vítimas ou, em outras palavras, desumanizá-las, retirando-lhes e ofendendo-as nos seus direitos mais fundamentais, pertencentes a esse núcleo duro de direitos absolutos e universais.

Mas enquanto meio de imposição de sofrimentos psíquicos, a violação ao direito ao não-tratamento desumano ou degradante manifesta-se particularmente no genocídio pelo cometimento dos atos materiais descritos como ofensas graves à integridade mental de um grupo ou pela prática de outros atos desumanos de caráter análogo causando intencionalmente grandes sofrimentos ou ofensas graves à integridade mental, como são todos os casos de tortura

e demais tratamentos desumanos e degradantes que se produzem por meio da imposição de sofrimentos psicológicos.

Em relação aos crimes contra a humanidade, a prática de outros atos desumanos de caráter análogo causando intencionalmente grandes sofrimentos ou ofensas graves à integridade mental, fórmula subsidiária, em razão da expressão outros atos desumanos, tem seus contornos bem definidos pela jurisprudência, com vistas a afastar discussões sobre eventual violação ao princípio *nullum crime sine lege certa*.

É o que sobressai do julgamento do caso Kayishema pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda, a Câmara ressaltara que os atos desumanos são aqueles que pela sua natureza são capazes de causar terríveis sofrimentos mentais à vítima⁶¹⁴.

No julgamento do *affaire Stakić*, a Câmara de apelação traz à tona os instrumentos jurídicos de natureza internacional, os quais utilizam a expressão prática de outros atos desumanos como atos materiais de crimes, mencionando especificamente o artigo 6 c do Estatuto de Nuremberg, o artigo 5 c do Estatuto de Tóquio e o artigo II da Lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado e respectivas condenações, além do princípio 6 dos princípios de Nuremberg formulados em 1950 e do artigo 18 constante do Projeto de Código da Corte de Direito Internacional, citando ainda o artigo 7 do Pacto Internacional, o artigo 3 da Convenção europeia de direitos humanos, o artigo 5 da Convenção Americana relativa aos direitos humanos e o artigo 5 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos⁶¹⁵.

Segundo a jurisprudência internacional, para que um ato se inclua no conceito de outros atos desumanos, o mesmo deve reunir uma série de condições, tais como: possuir a mesma gravidade dos demais atos executórios elencados na previsão de crime contra a humanidade, deve causar grandes sofrimentos ou constituir uma grave ofensa à dignidade humana, deve ter sido provocado por obra da vontade do acusado ou de uma ou mais pessoas

⁶¹⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999. § 153. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁶¹⁵ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milomir Stakić**. La Chambre d'Appel. Jugement rendu le 22 mars 2006. Note de bas de page 649. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/fr/stakic-acjug060322f.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

por quem ele responda penalmente⁶¹⁶, cujo elemento moral deve ser o de efetivamente causar grandes sofrimentos à vítima ou causar grave ofensa à sua dignidade⁶¹⁷.

A aferição da gravidade de um ato é também construção da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais, que determina a necessidade de levar-se em consideração todas as circunstâncias de fato, especialmente o contexto do seu cometimento, a situação pessoal da vítima e os efeitos físicos e psíquicos do ato⁶¹⁸.

Por sua vez, a violação ao direito à não-discriminação, por natureza uma prática que se revela pela imposição de sofrimento psíquico, concretiza-se pela prática dos atos materiais de perseguição de grupo por motivos de ordem política, racial, étnica, cultural, religiosa ou sexista, ou outros critérios universalmente reconhecidos e pela prática de crime de *apartheid*.

A perseguição por motivos de ordem política, racial, étnica, cultural, religiosa ou sexista constitui-se em violação deliberada à dignidade dos indivíduos perseguidos, que se

⁶¹⁶ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Momčilo Krajisnik**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 27 septembre 2006. § 331. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/fr/060927.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Prosecutor c/ Milan Milutinovic, Nikolas Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic, Sreten Lukic**. In the Trial Chamber. Vol I. Jugement rendu le 26 february 2009. § 170. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-e1of4.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milan Martić**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 12 juin 2007. § 83. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/fr/090612f.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milorad Krnojelac**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 15 mars 2002. § 130. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Mitar Vasiljevic**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 29 novembre 2002. § 234. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/fr/vas-tj021129f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucic alias "Pavo", Hazim Delic et Esad Landzo alias "zenga"**. Affaire Celebici. La Chambre D'Appel. Arrêt rendu le 20 février 2001. § 424. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/fr/del-010220.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁶¹⁷ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Prosecutor c/ Milan Milutinovic, Nikolas Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic, Sreten Lukic**. In the Trial Chamber. Vol I. Jugement rendu le 26 february 2009. § 170. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-e1of4.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milan Martić**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 12 juin 2007. § 85. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/fr/090612f.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁶¹⁸ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milan Martić**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 12 juin 2007. § 84. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/fr/090612f.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Mitar Vasiljevic**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 29 novembre 2002. § 235. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/fr/vas-tj021129f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milorad Krnojelac**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 15 mars 2002. § 131. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

tornam vítimas pelo fato único de pertencerem a um grupo que não corresponde àquele de seu perseguidor⁶¹⁹.

O julgamento do caso Tadic pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia contém diversos exemplos de perseguição enquanto violação de direito à não-discriminação, tratando essa violação como uma recusa de reconhecimento a certos indivíduos de suas liberdades e direitos fundamentais, tendo por resultado o desfavorecimento grave de uma parte da população⁶²⁰.

No julgamento do caso Blaskic, a Câmara de Primeira Instância faz uma interessante construção a fim de demonstrar se as ofensas praticadas pelo acusado constituem ou não prática de perseguição e, para tanto, recorre ao direito internacional costumeiro, afirmando que ofensas à integridade física e especialmente psíquica podem ser qualificadas como perseguições quando essas ofensas visam precisamente atingir membros de um grupo, tomado em consideração o seu pertencimento à uma determinada comunidade. A decisão relaciona a existência do que denomina direitos elementares e inalienáveis dos homens e a ofensa aos mesmos por motivos discriminatórios como sendo caracterizador de um ato de perseguição⁶²¹.

A Câmara inspirou-se nos exemplos tirados do julgamento de Nuremberg sobre a prática de perseguições, notadamente a colocação de judeus em guetos, sua utilização em trabalhos forçados e a brutalidade com que fora executada a solução final, que significou não somente perseguição mas sobretudo a extermínio do grupo mediante a colocação em prática de um regime de fome, de tortura, de submissão a experiências cruéis e a execuções e também pela intenção deliberada de excluí-los da vida econômica e social⁶²². Também se inspirou nos

⁶¹⁹ Rapport du conseiller Le Guehec, conseiller à la Cour de cassation dans l'affaire Barbie, p. 24, *apud* CASSESE, Antonio. **Violence and Law in the Modern Age**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 112.

⁶²⁰ La NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « DULE »**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 7 mai 1997. §697. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁶²¹ Como direitos elementares e inalienáveis, são mencionados na decisão o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, o direito de não ser reduzido à escravidão, o direito de não ser torturado ou submetido a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou ainda de não ser arbitrariamente preso (Decisão Blaskic, § 220). Entende-se que esses direitos merecem receber uma classificação diversa, porquanto o direito à não ser reduzido à escravidão relaciona-se com o direito de liberdade, enquanto o direito à não ser submetido à tortura e a tratamento desumano diz respeito à preservação do direito à integridade física. Por isso, reitera-se o posicionamento segundo o qual os direitos positivos inalienáveis são o direito à vida, à integridade física e à liberdade, nos moldes das violações mencionadas na decisão, além do direito à liberdade sexual.

⁶²² A decisão lembra a condenação de Göring por crime contra a humanidade por ter exercido um papel ativo em saques de territórios conquistados e pela imposição de multas exorbitantes aos judeus que praticavam o comércio, interessado em expulsar os judeus da vida econômica da Europa e de se apossar de seus bens; assim também a condenação de Rosenberg que, cumprindo ordens de Hitler, praticou saques sistemáticos de bens pertencentes a judeus, inclusive museus e bibliotecas, confiscando obras de arte e de coleções; ainda, lembrou a condenação de Streicher, considerado culpado por crime contra a humanidade pelo boicote a empresas pertencentes a judeus e incêndios de sinagogas. TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands**

trabalhos que se seguiram junto à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas naquilo que identificou que o denominador comum das perseguições são a recusa ao reconhecimento dos direitos humanos e das liberdades pertencentes a cada indivíduo sem distinção. Além disso, acrescentou a esses exemplos a própria prática executada no território da ex-Iugoslávia, qualificando igualmente como perseguição a confiscação ou a destruição de habitações e empresas, de prédios simbólicos e de meios de subsistência pertencentes à população muçulmana, concluindo que a perseguição, em suma, é um meio de execução que tem por objetivo ofender a integridade sobretudo mental, mas também física, assim como a liberdade individual.⁶²³

Exemplos semelhantes de perseguição são mencionados no julgamento do caso Kupreškić, ocupando-se a Câmara de defini-la como sendo a negação, por razões discriminatórias, de um direito fundamental consagrado pelo direito internacional costumeiro ou convencional, que atente em mesmo grau contra os demais direitos lesados pelos demais atos de execução do crime contra a humanidade⁶²⁴.

Diante de tais definições e exemplificações sobre em que consiste a perseguição, pensa-se que o primeiro dentre os direitos lesados é o direito à não-discriminação, muito embora, a depender do meio de execução utilizado para a consecução do ato material, outros direitos possam ser igualmente violados. Nesse sentido, a prática de ato de perseguição, enquanto ato de discriminação, parece atingir o ser humano diretamente em sua integridade psíquica, muito embora a execução da perseguição, a depender do meio utilizado, possa significar igualmente a violação de outros direitos, tais como em geral a integridade física e, assim, significar da mesma forma a imposição de sofrimentos físicos.

O *apartheid* pode ser considerado o ápice do que representa um ato de perseguição, motivo que legitima a sua aparição como ato material do crime contra a humanidade enquanto prática que fere o mesmo direito à não-discriminação, tendo em vista tratar-se de um quadro formal criado dentro de um regime institucionalizado de opressão sistemática, visando a

criminelos de guerra devant le Tribunal Militaire International. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947, pp. 191, 298, 299, 314, 322.

⁶²³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Tihomir Blaskic.** La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 3 mars 2000. §§218- 232. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁶²⁴ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Anti alias "Vlado"**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 14 janvier 2000. § 621. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

dominação de um grupo racial sobre outro grupo racial, com o objetivo de garantir a manutenção desse regime⁶²⁵.

5.2 A amplitude das ofensas e o sentimento de reciprocidade

Tanto nos crimes contra a humanidade quanto no crime de genocídio, os elementos que fazem com que as violações aos direitos que se busca proteger ganhem a natureza de violação à humanidade em seu conjunto parecem dizer respeito a aspectos específicos desses crimes que alçam os direitos violados a uma categoria de direitos superiores, pertencentes a um núcleo intangível, e acabam por extravasar a concepção de vítima individual para uma dimensão coletiva.

Embora esses crimes visem imediatamente os ofendidos diretos, o extravasamento da condição individual das vítimas liga-se muito estreitamente a duas características principais dessas ofensas, relacionadas tanto com a sua amplitude quanto com a criação de um sentimento de reciprocidade que as graves violações acabam por produzir no conjunto dos membros da comunidade internacional.

No que diz respeito à questão da amplitude das ofensas, a mesma possui aspectos relacionados às especificidades dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio. No primeiro, a amplitude das ofensas se traduz pela prática de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil; no segundo, relaciona-se com a exigência de eliminação total ou parcial de um grupo.

No que se refere aos crimes contra a humanidade, a exigência de um ataque generalizado⁶²⁶ diz com a condição de que o ataque seja realizado em grande escala de modo a fazer um grande número de vítimas⁶²⁷, ao passo que seu caráter sistemático denota a existência de um certo grau de organização dos atos de violência, demonstrando ausência de seu caráter fortuito e a intenção deliberada de atingir as vítimas⁶²⁸.

⁶²⁵ NATIONS UNIES. Assemblée générale. Commission du droit international. Soixante-neuvième session. Genève, 1 mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017. Crimes contre l'humanité Textes et titres du projet de préambule, des projets d'articles et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture. Disponível em: < https://digitallibrary.un.org/record/1303207/files/A_72_10-FR.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

⁶²⁶ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. §§ 91-92. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁶²⁷ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « DULE »**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 7 mai 1997. §648. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁶²⁸ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Tihomir Blaskic**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 3 mars 2000. § 101. Disponível em:

A condição de que um ataque em grande escala ou dotado de certo nível de organização seja dirigido contra uma população civil recai perfeitamente na definição de crime contra a humanidade uma vez que as regras que visam impedir o seu cometimento relacionam-se com o objetivo de proteger os valores humanos mais importantes que dizem com a própria proteção da igual dignidade de todos os seres humanos⁶²⁹. Com base nessa premissa, o conceito de população civil é também alargado, a fim de que se possa conferir o maior grau de proteção possível a todas as potenciais vítimas de crime contra a humanidade⁶³⁰.

Essa exigência de que o crime seja praticado em grande escala ou de forma organizada contra uma população civil nada tem de fortuita, mas, ao contrário, relaciona-se com a natureza coletiva do crime e com o fato de que o indivíduo vítima não seja considerado em sua circunstância pessoal, mas sim em razão de seu pertencimento a um grupo maior⁶³¹, o que representa justamente o elo que liga o ser humano vítima do crime com a comunidade humana em seu conjunto, transformando em vítima também a humanidade. É, portanto, nesse aspecto de amplitude do crime que a violação de direitos das vítimas diretas ultrapassa a sua escala individual para ganhar um *status* de universalidade.

Esse ultrapassamento faz nascer o conceito de humanidade-vítima, derivado da escala planetária que caracteriza os crimes contra a humanidade⁶³², característica bem demarcada pelo

<<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. §§ 428-431. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. §§ 94-96. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017; NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Blagoje Simic, Miroslav Tadic et Simo Zaric**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 17 octobre 2003. §§ 42-45. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/simic/tjug/fr/031017.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

⁶²⁹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Anti alias "Vlado"**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 14 janvier 2000. § 547. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

⁶³⁰ O marco da jurisprudência nesse sentido é o julgamento do caso Klaus Barbie, em que a Corte de Cassação francesa concluir que podem ser considerados crimes contra a humanidade os atos desumanos cometidos não somente contra pessoas em função do seu pertencimento a uma coletividade (racial ou religiosa), mas também em virtude do fato de serem opositores da política dominante. *Affaire Barbie*, *Gazette du Palais* - 1986 (1er semestre) Cour de Cassation (Cass. Crim. 20 décembre 1985), Arrêt, p. 269 à 274. O mesmo entendimento fora utilizado pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia no julgamento do caso do Hospital de Vukovar, cuja Câmara de Apelação reformara a decisão de primeira instância a fim de alargar o conceito de vítima. NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Mile Mrksic et Veselin Sljivancanin**. La Chambre d'Appel. Arrêt rendu le 5 mai 2009. §32. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/fr/090505.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁶³¹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 26 février 2001. § 178. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁶³² DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit**. Le relatif et l'universel. Paris : Seuil, 2004, pp. 75-77.

Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. O Tribunal designa essa condição da humanidade – a condição de vítima – a partir da premissa de que as ofensas praticadas pelos agressores não visam apenas os direitos (à vida, à integridade física e mental e à liberdade, inclusive sexual, à não-discriminação ou ao não-tratamento desumano) do ofendido, mas também os direitos transversais de toda a humanidade.

Pensa-se que o mesmo fenômeno se aplica ao crime de genocídio, cuja caracterização tem por exigência a intenção de destruir um grupo, ainda que parcialmente, escolhido em razão de um critério de nacionalidade, etnia, raça ou religião, que são em geral critérios de pertencimento de um indivíduo a um grupo não por escolha, mas por nascimento e de forma continuada e normalmente irremediável.

Embora exista esse traço comum relativo à existência de um critério natural de pertencimento, tais elementos divergem em função da natureza do grupo. Um grupo nacional será o conjunto de pessoas que compartilham um elo jurídico baseado sobre uma cidadania comum unidos por uma reciprocidade de direitos e deveres, diferenciando-se de um grupo étnico porquanto relativo ao conjunto de pessoas que possuem uma língua ou uma cultura comum, ao passo que um grupo racial é fundado sobre os traços físicos hereditários, diferenciando-se igualmente de um grupo religioso, formado por pessoas que se unem em função de praticarem uma mesma religião, confissão ou culto⁶³³.

O fato de as vítimas não serem escolhidas em função de sua identidade individual, mas em razão de seu pertencimento a um grupo, denota o caráter atroz do crime de genocídio, que o eleva a uma das práticas mais graves contra os valores humanos, na medida em que a ofensa ultrapassa a mera prática do ato material para alcançar um padrão de violação coletiva, que acaba por atingir não apenas os membros do grupo visado, mas a todos os demais componentes da comunidade humana, naquilo em que entendem por essencial à preservação das diversas nacionalidades, etnias, raças e religiões, tendo em conta o fato de que a diversidade é concebida como um patrimônio mundial da humanidade.

Não é por outra razão que a convenção do genocídio se constitui em um instrumento internacional de proteção dos direitos dos seres humanos, fazendo parte do direito internacional costumeiro. Seu *status* de norma imperativa advém justamente do interesse comum de preservação de todos os grupos humanos. Por isso, a intenção de destruir, no todo ou em parte,

⁶³³ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §§ 511-515. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, aspecto que denota igualmente a amplitude do crime de genocídio, é o que transfere aos demais grupos, não diretamente atingidos, a natureza de ofendidos. Essa amplitude se transfere mais precisamente a todo o conjunto da humanidade.

É nesse sentido que o crime de genocídio pode ser concebido materialmente como uma espécie de crime contra a humanidade, embora encontre uma definição autônoma no ordenamento jurídico internacional. Isto porque o genocídio se consubstancia igualmente em um crime que ofende a humanidade em seu conjunto. Ele apenas contém em si o elemento diferencial de uma intenção que vai além das demais hipóteses de crime contra a humanidade, que é exatamente a intenção específica de exterminar um grupo determinado⁶³⁴. Esta é, aliás, uma particularidade de legislações domésticas, como é o caso da França, que considera o genocídio como uma espécie de crime contra a humanidade, assim como o faz a Convenção Europeia sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra, de 25 de janeiro de 1974, cujo artigo 1º, §1º, qualifica o genocídio como sendo um crime contra a humanidade⁶³⁵.

A amplitude das violações enquanto requisito que liga a ofensa aos indivíduos atingidos a um nível de ofensa universal que toca as comunidades humanas em sua generalidade parece estar ligada a um outro aspecto desses dois crimes, que diz com a sua especial e singular gravidade.

Essa amplitude das ofensas, caracterizada pela prática de um ataque generalizado ou sistemático ou pela intenção de destruir um grupo, relaciona-se igualmente com a própria gravidade das violações. O fato de apresentarem um caráter massivo tem a sua gravidade espelhada pela multiplicidade de vítimas que são alvo das violações, enquanto que o nível de organização das ofensas, traduzido por seu caráter sistemático, expressa uma gravidade considerável advinda da execução de uma política cuidadosa e preconcebida, com vistas a ofender uma população civil, em geral colocada em prática pelo aparelho estatal⁶³⁶, supostamente criado e mantido para oferecer segurança aos indivíduos, o que por si só importa uma total ruptura do tecido político e social. Essa ruptura alcança não somente a comunidade ofendida, mas acaba por atingir uma escala maior na medida em que os seres humanos em geral

⁶³⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999, § 89. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁶³⁵ REBUT, Didier. **Droit pénal international**. Paris : Dalloz, 2012, p. 612.

⁶³⁶ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §580. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

testemunham a possibilidade de que o Estado descumpra com suas obrigações de salvaguarda e passe à posição de ofensor.

Necessário, nesse sentido, reiterar os termos da decisão Edermović, em que o Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia traça a relação entre a natureza de crime contra a humanidade e a gravidade das ofensas, afirmando que tal ocorre porque a ofensa atinge o ser humano naquilo que ele possui de mais essencial – vida, liberdade, integridade física, saúde e dignidade – e porque se trata de atos desumanos que, por sua amplitude ou gravidade, ultrapassam os limites toleráveis pela comunidade internacional, por isso sendo crimes que transcendem o indivíduo⁶³⁷.

Um posicionamento semelhante é tomado pelo TPII no julgamento de Jelisić, em que a Câmara afirma que o impacto do comportamento do acusado vai muito mais além dos sofrimentos físicos e psicológicos consideráveis infligidos às vítimas diretas de seus crimes e a seus próximos, muito em razão do fato de ter praticado homicídios e maus-tratos à sangue-frio, o que dá testemunho de um desprezo profundo pela humanidade⁶³⁸.

Essa noção da amplitude e da crueldade do crime enquanto fator determinante de sua gravidade apresenta-se igualmente no genocídio, em que a destruição parcial ou total de um grupo apresentam o alto grau de censurabilidade necessário para que o crime deixe o lugar de ofensa individual e alcance um patamar de ofensa coletiva com vocação a ofender valores universais.

Essa relação foi traçada com bastante nitidez na primeira condenação imposta pela prática de um crime de genocídio pelo Tribunal Penal da ex-Iugoslávia, por ocasião do julgamento do caso Krstić. A decisão afirma que o genocídio se particulariza por sua reprovação singular de crime grave em razão de sua amplitude, relacionada ao fato de que seus autores buscam a extinção de grupos humanos inteiros, de modo a tentar privar a humanidade das inumeráveis riquezas que oferecem suas diferentes nacionalidades, raças, etnias e religiões. Por essa razão o crime de genocídio, segundo o Tribunal, constitui-se em um crime contra o gênero humano na sua integralidade, que afeta não somente o grupo diretamente visado, mas o conjunto da humanidade⁶³⁹.

⁶³⁷ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur contre Drazen Edermovic**. La Chambre de première Instance. La Haye, 29 novembre 1996. § 28. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/fr/erd-ts961129f.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁶³⁸ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Goran Jelisić**. La Chambre de Première Instance. Décision rendue le 14 décembre 1999. §§ 130-132. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/jelistic/tjug/fr/jel-tj991214f.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2017.

⁶³⁹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004. § 36. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

O fator gravidade, relacionado com o caráter amplo das ofensas provocadas, tem estado presente na própria construção conceitual desses dois crimes, ou mesmo enquanto fator justificador de criação das jurisdições internacionais, como é o caso do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

Em seu relatório tecido com o fim de propor o Estatuto do TPII, o então Secretário Geral das Nações Unidas referia-se aos crimes contra a humanidade como sendo os atos desumanos de uma extrema gravidade, como é o caso da prática de atos de homicídio doloso, de torturas e de estupro, cometidos no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil⁶⁴⁰.

Essa mesma posição fora adotada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, por ocasião de seus comentários ao Projeto de Estatuto de uma Corte Criminal Internacional, ao afirmar que a definição de crimes contra a humanidade engloba atos desumanos de caráter muito grave, comportando violações amplas dirigidas contra uma população⁶⁴¹.

É com base nessas premissas que são assim traçados três aspectos inseparáveis desses crimes: a ofensa a toda a humanidade, a amplitude dos ataques, caracterizada pela colocação em prática de um ataque sistemático ou generalizado, e a gravidade dessas ofensas, evidenciada pela natureza dos atos praticados, o mesmo princípio aplicando-se ao genocídio no aspecto em que essa amplitude se refere à intenção de exterminar um grupo.

Assim, amplitude do crime, seja pela prática de um ataque generalizado ou sistemático, seja pela intenção de destruir um grupo humano, é nitidamente o primeiro critério que liga as vítimas diretas ao restante da humanidade, de modo a criar igualmente um elo entre os direitos dessas vítimas diretas e os direitos da comunidade humana em sua integralidade, aspecto apto a transmutar a natureza desses direitos. Tratando-se de direitos pertencentes à toda a humanidade, os mesmos ganham o aspecto da universalidade e não permitem relativizações a qualquer possibilidade de sua ofensa.

A amplitude das violações, caracterizada pela prática de um ataque sistemático ou generalizado contra uma população civil ou pela intenção de destruir um grupo, cria um aspecto

⁶⁴⁰ NATIONS UNIES. Conseil de sécurité. **Rapport du Secrétaire General établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité.** (S/25704), 3 mai 1993, § 48. Disponível em : <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/25704>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁶⁴¹ "la définition des crimes contre l'humanité englobe les actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques dirigées contre l'ensemble ou une partie de la population civile" NATIONS UNIES. Rapport de la Commission du droit international 1994, Supplément No 10 (A/49/10). Disponível em : <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1994_v2_p2.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

distinto do crime contra a humanidade e do crime de genocídio, capaz de transpor a condição de vítima para além dos membros da população ou do grupo atingidos.

Essa amplitude liga-se a outra particularidade desses crimes, que não se resumem à prática dos atos materiais de ofensas aos direitos mais fundamentais dos seres humanos, mas que somam a ela uma forma de execução concretizada com extrema crueldade, a fim de cumprir a finalidade que parece ser muito específica dessas ofensas, consistente na intenção de negar às vítimas diretas a sua condição de ser humano.

O fato de as ofensas executadas nessas duas espécies de crimes ter por propósito último retirar dos ofendidos o mínimo de humanidade, a que se denomina irredutível humano, estabelece um elo de ligação das violações com todo o conjunto dos demais seres humanos, criando um sentimento de reciprocidade entre as vítimas diretas e a humanidade-vítima, naquilo em que se sente espoliada das garantias que asseguram a condição de ser humano a todo e qualquer indivíduo e naquilo em que a animalização do ser humano é tão flagrante e cruel a ponto de criar uma sensação de fragilidade da própria condição humana.

A negação da condição de ser humano das vítimas capaz de produzir esse sentimento de reciprocidade nos demais seres humanos advém de duas particularidades específicas desses crimes que, somadas, deságuam no nascimento da humanidade-vítima.

Uma dessas particularidades relaciona-se com a própria dimensão individual dos ofendidos que passam por um processo que se chamará de processo de despersonalização; a outra característica, por sua vez, diz com a dimensão coletiva dos ofendidos, submetidos ao que se denominará processo de despertencimento.

A ofensa ao ser humano em sua dimensão individual, que leva em consideração as suas características de pessoa humana, encontra nos crimes contra a humanidade e no crime de genocídio um caráter muito particular que não se resume à intenção do agente em ofender a vítima em seus direitos mais intangíveis, mas que abrange o intuito de negar à essa vítima toda e qualquer condição de ser humano, desprovendo-a das características que lhe denotam a natureza de pessoa e rebaixando-a à condição de um animal desprovido do mínimo de dignidade.

O fato de submeter um indivíduo a um processo de animalização caracteriza o processo de despersonalização da vítima, consistente no abandono coercitivo do *status* de pessoa humana, por meio da imposição de sofrimentos físicos e/ou mentais extremos que subtraem desses indivíduos todas as condições de existência digna.

Essa prática representa o ápice da indiferença a uma das principais preocupações do direito internacional relativamente à proteção do ser humano enquanto ser individual,

característica marcante da sua evolução a partir da segunda metade do século XX, especialmente impulsionada pelo direito internacional dos direitos humanos, quando o direito internacional passou a conhecer um processo de humanização.

A inquietude com a proteção do indivíduo aparece de forma muito nítida no cenário do direito internacional, demonstrada por exemplo pelo surgimento de textos de proteção de minorias⁶⁴² e nos principais textos que deram o tom da centralização do ser humano como objeto do direito internacional, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos Pactos internacionais relativos aos direitos humanos, tendo sido natural que essa preocupação com o ser humano tenha passado ao status de proteção penal.

Esse processo de despersonalização da vítima nada mais é, portanto, do que a negação flagrante à centralidade do indivíduo enquanto eixo de proteção do direito internacional. Trata-se de um processo a que se poderia chamar processo de animalização, o qual se soma uma outra particularidade dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, consistente na negação da dimensão coletiva das vítimas, enquanto pessoas pertencentes a uma população civil ou a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, de modo a impor-lhes um processo de despertencimento ou mesmo de eliminação relativamente ao restante da humanidade.

Esse processo de separação ou de isolamento de um grupo determinado em relação aos demais grupos humanos se mostrou bastante evidente no transcurso do genocídio ruandês e a escolha de um grupo determinado como alvo é justamente o fator desencadeante de um sentimento de repulsa que encontrou eco na humanidade em seu conjunto, especialmente em razão do fato de as vítimas terem sido escolhidas com base em um critério totalmente independente de suas vontades, somado a um critério da aguda discriminação, cuja finalidade clara era a de eliminar em definitivo a existência desse grupo.

Os tutsis foram considerados um grupo específico justamente em razão da presença desse critério discriminatório, porquanto *a priori* não possuíam uma língua própria ou uma cultura ou religião diferente do restante da população ruandesa, sendo, no entanto, dotados de uma identidade própria. Desde muito antes de 1994, cada cidadão ruandês era obrigado a deter uma carta de identidade que comportasse a indicação de seu grupo étnico (Hutu, Tutsi ou Twa) – o artigo 118 do Código Civil de Ruanda previa expressamente essa necessidade, em continuidade a uma política dominante à época da colonização belga e, nesse sentido, os Acordos de Arusha visavam modificar essa exigência, cientes da existência desse critério discriminatório. Por tudo isso, os Tutsi eram percebidos como sendo pertencentes a um grupo

⁶⁴² MANDELSTAM, André N. **La protection internationale des droits de l'homme**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 38. Boston : Martinus Nijhoff, 1931, p. 367.

distinto por parte daqueles que tinham por intenção eliminá-los, e essa intenção de eliminar criou-se pura e simplesmente a partir desse critério de pertencimento⁶⁴³.

Os julgamentos-chave do Tribunal Penal Internacional para Ruanda em matéria de genocídio apontam para esse elemento que se refere ao fato de a intenção genocidária ultrapassar a simples realização material dos atos de execução de modo a alcançar um aspecto de crueldade mais avançado, que é a destruição de um grupo⁶⁴⁴, grupo esse que é o alvo da intenção de destruir⁶⁴⁵.

A intenção de eliminar totalmente esse grupo específico da face do mundo criou o sentimento de despertencimento desse grupo em relação a todo o resto da humanidade, como se fossem um grupo que não merecesse existir e que por isso devesse ser extinto. A colocação em prática desse plano de extermínio, no entanto, provocara um sentimento inverso de identificação dos demais grupos humanos relativamente ao grupo em processo de eliminação, de modo a fazer nascer em todos os demais um sentimento de vulnerabilidade apto a criar um laço de reciprocidade universal que estende a condição de vítimas àqueles que não o são diretamente, em virtude da prática dos atos materiais, mas que assim passam a ser indiretamente.

Essa ideia encontra amparo no parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a Convenção do Genocídio, ao afirmar que a mesma tem por finalidade, de um lado, salvaguardar a própria existência de certos grupos humanos e, de outro lado, a colocar em evidência os mais elementares princípios de moral⁶⁴⁶.

⁶⁴³ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §§ 170-172. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁶⁴⁴ « *La perpétration de l'acte incriminé dépasse alors sa simple réalisation matérielle, par exemple le meurtre d'un individu particulier, pour s'insérer dans la réalisation d'un dessein ultérieur, qui est la destruction totale ou partielle du groupe dont l'individu n'est qu'une composante* ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. §522. Disponível em : <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁶⁴⁵ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999. §99. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁶⁴⁶ « *Les fins d'une telle convention doivent également être retenues. La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu'elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires* ». COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Avis Consultatif du 28 Mai 1951**. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951, p. 23. Disponível em : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

A Corte ainda se referiu à intenção das Nações Unidas de condenar a reprimir o genocídio como um crime de direito das gentes, o que significa em outras palavras a recusa de existência a grupos humanos inteiros que é o aspecto que, segundo a Corte e exatamente em consonância com o nosso pensamento, transtorna a consciência humana, inflige grandes perdas à humanidade e é contrário ao mesmo tempo à lei moral e ao espírito das Nações Unidas⁶⁴⁷. Segundo a CIJ, portanto, seria a imposição desse que se chama processo de despertencimento de um grupo a todo o restante das comunidades humanas o elo que liga o crime à ofensa da humanidade em seu conjunto.

No julgamento do caso Krstić pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia essa noção de despertencimento parece ainda mais nítida. A decisão examina de forma bastante alargada em que consiste precisamente a prática do genocídio, considerando que inicialmente a noção abarcava todas as formas de destruição de um grupo enquanto entidade social. Assim, em sua definição inicial, o genocídio muito se assemelhava à modalidade de perseguição do crime contra a humanidade previsto no Estatuto de Nuremberg, que não se limitava à destruição física do grupo, mas englobava igualmente todos os atos visando à destruição da identidade social ou cultural do grupo. De onde a interpretação segundo a qual a expressão destruição abrange não apenas exterminação de um grupo, mas também o aniquilamento de suas características (nacionais⁶⁴⁸, religiosas, por exemplo). Diz a decisão que fora essa mesma interpretação a adotada na África do Sul quando da instalação do grupo de trabalho encarregado de relatar as violações a direitos humanos lá cometidas: reconhecendo que a Convenção, se interpretada literalmente, contemplava apenas a destruição física ou material do grupo, adotou-se a interpretação mais alargada que considera como genocidário todo ato que impeça o indivíduo de participar plenamente à existência, em sua mais ampla acepção⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ « *Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme 'un crime de droit des gens' impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies* ». COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Avis Consultatif du 28 Mai 1951**. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde : Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951, p. 23. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

⁶⁴⁸ A esse respeito, o julgamento na zona de ocupação americana no pós-Segunda Guerra mundial: « *Les actes, comportements, plans et entreprises reprochés au paragraphe 1 de ce chef d'accusation s'inscrivaient dans le cadre d'un programme systématique de génocide, visant la destruction de nations étrangères et de groupes ethniques, à travers, d'une part, l'extermination meurtrière et, d'autre part, l'élimination et la suppression de caractéristiques nationales* ». Affaire États-Unis c/ Ulrich Greifelt et consorts. In: **Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10** (TWC), vol. XIV, 1948, p. 2:

⁶⁴⁹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre de première instance. Jugement rendu le 2 août 2001. § 575. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/fr/010802f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

Entende-se que o processo de despertencimento de um indivíduo aos demais grupos humanos, pelo fato de possuir uma dada etnia, nacionalidade, raça ou religião, é, em última análise, uma forma de cerceá-lo de maneira violenta ao seu direito de participar de forma plena à sua própria existência enquanto ser humano na sua integralidade, o que compreende a sua dimensão coletiva e sua qualidade de ser social.

No caso da ex-Iugoslávia, ainda que apenas os homens muçulmanos em idade de portar armas tenham sido sistematicamente massacrados, o Tribunal considerou que as forças sérvias da Bósnia tinham consciência que no momento em que decidiram matar todos os homens, suas consequências teriam um efeito duradouro sobre todo o grupo muçulmano bósnio, quer porque sua morte representaria a impossibilidade de retorno ao território, quer porque o desaparecimento de todos os homens muçulmanos acarretaria um efeito catastrófico sobre duas ou três gerações, sobretudo considerando o fato de se tratar de um grupo religioso tradicionalmente patriarcal. Além disso, os cadáveres dos mortos foram dissimulados, mutilados e transferidos para fossas comuns em lugares remotos, excluídos, assim, de todos os obséquios decentes conforme aos costumes religiosos, gerando uma grande causa de aflição aos sobreviventes, impedidos de fazer seu luto. Desse modo, as forças sérvias da Bósnia, não satisfeitas em expulsar a população muçulmana, mas ainda destruindo todo o grupo de homens em idade de portar armas, acabaram por destruir a comunidade de muçulmanos em Srebrenica, afastando toda possibilidade de que pudessem retornar⁶⁵⁰.

Assim como no crime de genocídio em que a eliminação de um grupo, total ou parcial, parece ser o aspecto que faz o elo entre a violação do grupo e os demais membros da comunidade humana, igualmente nos crimes contra a humanidade um fenômeno semelhante cria esse sentimento de reciprocidade, tendo em vista o fato de que o ataque (generalizado ou sistemático) é dirigido contra uma população civil.

O ataque dirigido contra uma determinada população civil diz com o aspecto coletivo dos crimes contra a humanidade, evidenciado pela intenção de seus agentes de separar um determinado grupo – uma população civil – do restante da humanidade, diferenciando-se do genocídio em função do critério de escolha dessa população, vista a existência de um critério de nacionalidade, etnia, raça ou religião para este último.

São esses dois elementos – destruição de um grupo ou ataque à população civil – que transformam a humanidade em vítima desses dois crimes – embora a expressão crime contra a

⁶⁵⁰ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre de première instance. Jugement rendu le 2 août 2001. §§595-597. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/fr/010802f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

humanidade já a considere, pelo menos textualmente, como a ofendida. Trata-se do liame que une as vítimas diretas – os membros do grupo ou os integrantes da população civil visada – aos demais indivíduos componentes da comunidade humana – essa humanidade que não se distingue juridicamente dos seres humanos que a formam⁶⁵¹, acabando por alçar os direitos ofendidos e os valores que lhe são subjacentes a um patamar de universalidade e da incondicionalidade.

O nascimento dessa humanidade-vítima é desencadeador de outro fenômeno, que auxilia no rompimento das bases clássicas do direito internacional e auxiliará ainda que parcialmente a ir ao encontro desses valores: a noção de humanidade enquanto vítima é o substrato de legitimação de uma natureza diferente de persecução desses crimes, porquanto esse conceito novo de humanidade, embora até esse momento incerto, a ser construído, portanto, traz a noção de ilegitimidade de um único Estado competente para conhecer e julgar a violação, obrigando uma nova definição acerca de quem seja o representante da coletividade ofendida⁶⁵².

Se até então a regra existente no direito processual penal era a da competência territorial, conferindo legitimidade para julgamento ao Estado do território onde o crime fora cometido, a percepção de existência de uma vítima onipresente desestabiliza o conceito de jurisdição baseado na soberania, subvertendo o fundamento mesmo da supremacia do Estado existente até então.

É por esse motivo que o direito internacional penal se encarregou de descrever essas violações e, ao mesmo tempo, para a aplicação das sanções previstas, criou uma nova espécie de jurisdição, fundada na outorga pelos Estados de uma parcela de sua soberania a um ente internacional. Essa parcela de soberania consistia no que os Estados possuíam de maior demonstração de superioridade no que tange ao poder de decidir sobre seus assuntos internos - a jurisdição penal -, justamente porque os crimes contra a humanidade e o genocídio ultrapassam a fronteira de questão nacional para situarem-se em um patamar superior. Essas violações passam a ser julgadas por uma jurisdição proporcional à sua dimensão e magnitude devastadoras⁶⁵³.

⁶⁵¹ « *Comme victime à secourir, l'humanité n'est pas d'emblée distinguée juridiquement des hommes qui la composent* ». DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit** : le relatif et l'universel. t. 1, Paris : Seuil, 2004, p. 75.

⁶⁵² « *C'est pourquoi l'humanité reste à construire. Comme victime, elle pose la question politique de la représentation de ses intérêts [...]* ». DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (IV)** : Vers une communauté de valeurs ? Paris : Seuil, 2011, p. 84.

⁶⁵³ Como afirma Isabelle Fouchard: « *À crimes exceptionnels, juridictions exceptionnelles* ». FOUCHARD, Isabelle. La compétence matérielle des juridictions pénales internationales, p. 61, In : FERNANDEZ, Julien (Dir.). **Justice pénale Internationale**. Paris : CNRS éditions, 2016, pp. 61-96)

Essa jurisdição, com todas as imperfeições que possa ter, dá alguns indícios dos valores a proteger, porquanto a perda do monopólio da incriminação por parte do Estado é resultado de um movimento do qual emergem valores que lhe são transversais, criando o que Mireille Delmas-Marty irá denominar “espaço penal mundial em formação”, o qual parte da ideia de que a criminalização se impõe pela presença de certo universalismo de valores⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**. Le pluralisme ordonné. Paris : Seuil, 2006, p. 177.

6. OS VALORES UNIVERSAIS E ABSOLUTOS

Referindo-se aos valores que fazem objeto aos crimes contra a humanidade, Stefan Glaser menciona a primazia dos valores de natureza imaterial, como sendo algo não tangível ou concebível do ponto de vista material e que escapa às estimativas de ordem pecuniária. Tratam-se de objetos que são de um lado pertencentes à ordem jurídica ou social internacional, relacionados à manutenção da paz internacional, e de outro lado relativas ao indivíduo concebido na sua condição de ser humano. Esses valores relacionam-se, portanto, à necessidade de preservação de uma ordem internacional que é indispensável para que todos os interesses vitais dos indivíduos e de toda a comunidade sejam respeitados e preservados, bem como à importância inarredável de respeito integral ao ser humano, que enquanto ser considerado em sua integridade espiritual, dotado de faculdades, emanções da personalidade, alma, consciência, vontade, sensibilidade, qualidades morais e intelectuais e capacidade criadora em diversos planos, representa um valor universal, independentemente de sua nacionalidade, de sua raça, de sua etnia ou de sua religião⁶⁵⁵.

Importa partir, portanto, para a compreensão de sentido de quais são e do que são esses valores aos quais se pode atribuir as características da universalidade e da incondicionalidade. Valores universais seriam aqueles passíveis de ser reconhecidos em todos os espaços e em todas as culturas; valores incondicionais ou absolutos, por sua vez, aqueles que não comportam exceção à possibilidade de serem violados, seja qual for a circunstância fática – o que adquire ainda maior importância em tempos de Estado de urgência e de conflitos armados.

A partir da existência de um núcleo duro de direitos violados em crimes que tocam a humanidade em seu conjunto, percebe-se a existência de valores latentes que igualmente tem a sua preservação relacionada ao interesse de todas as comunidades humanas. Assim, esse núcleo duro de direitos fundamentais contém intrínseco um núcleo duro de valores a desvelar, pois se a construção desses crimes pelo direito internacional foi casuística, como viu-se, decorrente do assombro que tocava o mundo a cada vez que se apercebia da ausência de limites e da criatividade dos homens em violar seus semelhantes naquilo que lhes era mais caro e na intimidade de seus direitos, a elaboração teórica do fundamento dessa construção jurídica foi

⁶⁵⁵ Referindo-se ao ser humano, afirma ainda que é sob este aspecto « *qu'il doit être reconnu comme un patrimoine de l'humanité entière* ». GLASER, Stefan. **Droit international pénal conventionnel**. Vol I. Bruxelles : Bruyant, 1970, pp. 52-54.

negligenciada⁶⁵⁶, no sentido de inexistir uma escala de valores que os pudesse fundamentar pelo uso do direito penal na esfera internacional.

Essa significação começa pela concepção de que o direito internacional deve tutelar valores que não dizem respeito única e exclusivamente a assuntos internos dos Estados⁶⁵⁷, porquanto sua violação ultrapassa os limites da soberania por múltiplas razões, a começar pela ofensa grave a direitos mínimos reconhecidos por todas as comunidades humanas e não apenas por este ou por aquele Estado. São direitos que por isso fazem parte do direito internacional costumeiro, que se conjuga com a concepção de princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas. Essa tutela de valores pelo direito internacional passa a exigir o amparo da coerção punitiva, aportando ao direito penal, tradicionalmente símbolo da soberania nacional⁶⁵⁸, uma nova dimensão.

Por isso, esses valores que a humanidade abarca expressam uma dimensão moral da comunidade internacional traduzida pela coletividade humana⁶⁵⁹, a exigir a sua proteção (e não exatamente a sua identificação) por um direito internacional que recentra o seu espectro de salvaguarda sobretudo no indivíduo e atenta para o que lhe é mais caro enquanto ser individual e enquanto ser coletivo.

O alto grau de perversidade e a atrocidade dos meios utilizados pelos autores de crimes contra a humanidade e de genocídio fizeram vítimas todas as comunidades humanas, criando a concepção de que os Estados em seu conjunto possuem interesses comuns, cuja transformação insere o indivíduo em uma nova ordem e destaca a crescente consideração pelo lugar dos interesses humanitários coletivos dentro da escala de valores do direito internacional, partindo do pressuposto de que o indivíduo faz parte da comunidade internacional na condição de sujeito de direitos cuja proteção se inclui dentre os valores comuns da comunidade internacional. O

⁶⁵⁶ Essa tendência a negligenciar os valores subjacentes à proibição penal ocorre tanto na esfera do direito internacional penal quanto no direito penal interno. Como afirma Mireille Delmas-Marty: « *Il semble aller de soi que l'on réserve le droit pénal aux comportements 'les plus graves', mais on néglige le plus souvent de définir les critères de la gravité, donc d'explicitier l'échelle de valeurs sous-jacente* ». DELMAS-MARTY, Mireille **Les forces imaginantes du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs ?** Paris : Seuil, 2011, p. 30.

⁶⁵⁷ « [...] *les crimes contre l'humanité sont des crimes internationaux qui, à raison même de cette qualité, échappent aux limites d'espace tracées par le droit interne et que leur répression, tendant à substituer un ordre international aux ordres internes souvent insuffisants, détruisant ainsi la notion de souveraineté, fondement de l'ordre juridique international* ». ZOLLER, Elisabeth. 'La définition des crimes contre l'humanité'. **JDI**, n. 3, pp.549-568, jui-sept. 1993, p. 557.

⁶⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille **Les forces imaginantes du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs ?** Paris : Seuil, 2011, p. 29.

⁶⁵⁹ CARILLO-SALCEDO, J.A. **Le concept de patrimoine commun de l'humanité. Hommage à René-Jean Dupuy.** Ouvertures en droit international. Journée d'étude de la SFDI du 23 mars 1998. Paris : Pedone, 2000, p. 63.

reconhecimento de direitos do indivíduo baseados na concepção de dignidade, portanto, reflete os valores compartilhados por toda a humanidade⁶⁶⁰.

Da proteção da humanidade decorrerá o necessário discernimento e a identificação dos pontos comuns entre o objeto de tutela dos direitos humanos e da salvaguarda da dignidade humana, na medida em que, *a priori*, a doutrina dos direitos humanos nasce com a finalidade primordial de proteger as liberdades contra o arbítrio do Estado e aos poucos começa a ser influenciada por princípios de dignidade limitadores desses mesmos direitos individuais, a ponto de estabelecer certa hierarquia na sua esfera de proteção⁶⁶¹.

Será, portanto, a partir das violações dos direitos dos indivíduos e do alcance a uma violação à comunidade humana em seu conjunto, denotada pela amplitude da violação e pelo sentimento de reciprocidade que ela desperta, que se buscará deduzir o que se compreende por valores universais e absolutos. Essa análise combinada entre direitos fundamentais dos indivíduos e análise do elo que faz com que os indivíduos componham a humanidade parece ser a chave para a busca dos valores que se pode entender por universais e absolutos.

Não se há de confundir, no entanto, valores universais e absolutos da humanidade, com os direitos que fazem parte de um núcleo mínimo igualmente absolutos e universais. Como se expôs nas linhas anteriores, classificam-se esses direitos em positivos e negativos, sendo os primeiros relativos ao direito à vida, à integridade física, à liberdade e à liberdade sexual e os segundos relativos ao direito à não-discriminação e ao não-tratamento desumano e degradante. Esses direitos, segundo compreende-se, somente ganham o caráter da universalidade e da incondicionalidade se conjugados com os fatores que denotam a amplitude de sua violação, a qual se relaciona com a extensão das ofensas e com a sua gravidade, bem como com o que se

⁶⁶⁰ Segundo M. Cherif Bassiouni, é a partir da II Guerra Mundial que se faz sentir precisamente a influência da opinião pública, provocando uma sensível mudança no direito internacional. Conforme explica, a crescente influência da sociedade civil internacional por meio do desenvolvimento de organizações não-governamentais gera impactos sobre organismos multilaterais e sobre os governos nacionais, impulsionando o desenvolvimento dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e do direito internacional penal. BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international Criminal Law**. 2nd Revised Edition. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 47-48. Nesse sentido, ver também: FRANCK, Thomas. **The empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism**, Oxford University Press, 1999; ALBERT, Mathias; BROCK, Lothar; WOLF, Klaus Dieter. (eds.) **Civilizing World Politics: Society and Community Beyond the State**. Lanham; Boulder, New York; Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001.

⁶⁶¹ Julie Allard traz como exemplo o processo Barbie julgado perante a Corte de Cassação francesa : diante dos argumentos do acusado no sentido da garantia da não-retroatividade da lei penal inscrita na Declaração universal dos Direitos Humanos, enquanto prerrogativa de liberdade individual, em cotejo com a previsão posterior de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a Corte buscou uma reinterpretação de sentido dos direitos humanos, afirmando que muitos deles não teriam sentido se aplicados em prejuízo da proteção da humanidade em seu conjunto no que toca à sua dignidade. ALLARD, J. L'humanité, un concept juridique sans précédent ? In : BERNIS, Thomas (Dir.). **Le droit saisi par le collectif**. Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 190-191.

denomina aqui sentimento de reciprocidade, porquanto são essas duas características que fazem o elo entre uma ofensa individual e a comunidade humana em seu conjunto.

Partindo da análise desses direitos, na busca pelos valores universais e absolutos, aceita-se igualmente a premissa de que os valores são identificados pela sua negação e também por sua promoção. Por isso será no direito internacional penal e no direito internacional dos direitos humanos e suas respectivas construções, positiva e negativa, convencionais e jurisprudenciais, que se buscará esse substrato moral do qual podem ser extraídos os valores que esses dois ramos do direito internacional buscam proteger, porquanto se ocupam, respectivamente, de tutelar as proibições mais graves segundo um certo nível de consenso da comunidade internacional e de salvaguardar os direitos fundamentais dos seres humanos que portam em seu seio um núcleo duro de direitos inderrogáveis. A partir dessa lógica, denominar-se-ão os valores igualmente de valores negativos e valores positivos.

O valor negativo, aquele que não se quer concretizado, relaciona-se com a violação de direitos absolutos subjacentes, que se analisados em seu núcleo mínimo contém intrínseca a imposição de sofrimento. O valor positivo, aquele que se quer preservar pela atuação coercitiva do direito, é a igual dignidade de todos os indivíduos. Ambos, não-sofrimento e dignidade, são o que se poderia chamar valores que formam o irreduzível o humano: aquilo que se for retirado do indivíduo possui a capacidade de lhe animalizar, retirando-lhe a condição de ser humano.

6.1 O valor positivo dignidade humana

O julgamento de Nuremberg traz alguns indícios sobre o que sejam os valores humanos essenciais, tantas são as referências à imposição de sofrimento e à perda da dignidade, mas essas alusões não passam efetivamente de prenúncios. Se o sistema de concentração nazista produziu uma subcategoria de seres humanos, coube ao jurista a difícil tarefa de tentar desvelar o que estaria por trás dessa criação da sub-humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contém uma indicação semelhante, ao afirmar já em sua primeira frase o reconhecimento à igual dignidade de todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais⁶⁶², com o que, entende-se, faz a devida separação entre os direitos dos seres humanos e o valor dignidade humana.

Do nascimento do direito internacional dos direitos humanos e da apreensão da proteção da humanidade decorrerá o necessário discernimento e a identificação dos pontos

⁶⁶² Preâmbulo da Declaração universal dos direitos humanos de 1948.

comuns entre o objeto de tutela dos direitos humanos e da salvaguarda da dignidade humana, na medida em que, *a priori*, a doutrina dos direitos humanos nascera séculos antes com a finalidade primordial de proteger as liberdades contra o arbítrio do Estado e foi somente aos poucos que começou a ser influenciada por princípios de dignidade limitadores desses mesmos direitos individuais, a ponto de estabelecer certa hierarquia na sua esfera de proteção⁶⁶³.

O direito internacional penal parece ter conhecido um processo semelhante, na medida em que fora esse sentimento de proteção dos indivíduos lesados em valores como o de dignidade humana, partilhados universalmente, que impulsionou a criação de tantos textos internacionais e a figura dos *core crimes* nascidos após a Segunda Guerra Mundial, muito embora o direito ainda hesite em encontrar uma definição para a dignidade humana.

É possivelmente por isto que buscar o conceito de dignidade humana no direito é uma tarefa árdua, afinal o direito domina com dificuldade os conceitos metafísicos. Ademais, essa resposta parece caber primeiramente à filosofia, que mesmo assim falha em responder a uma pergunta que sempre esteve ao centro de suas inquietudes⁶⁶⁴.

Por isso é que, para se falar em dignidade humana enquanto valor universal da humanidade, entende-se necessário antes sair em busca de uma significação para o seu verdadeiro sentido, desde o sentido que a filosofia tentou lhe conferir até a sua apreensão pelo direito. É bem verdade que o caminho é escorregadio, na medida em que se trata de uma noção que parece escapar à realidade, tamanha a sua diversidade axiológica, tão grandes são as contradições que cerca e sujeito a enormes mudanças ao sabor do tempo⁶⁶⁵.

Apesar das dificuldades na apreensão do conceito, será certamente na filosofia que se irá encontrar os primeiros desenvolvimentos para a concepção de dignidade humana e, se não para uma concepção clara, ao menos para a sua importância na existência dos indivíduos nas suas dimensões singular e coletiva, tanto no que diz respeito à concepção de dignidade enquanto um atributo do ser humano – atributo que lhe distingue, portanto, dos demais seres – quanto no que pertine ao aspecto da dignidade que fundamenta a existência de toda a comunidade humana.

⁶⁶³ Julie Allard traz como exemplo o processo Barbie julgado perante a Corte de Cassação francesa : diante dos argumentos do acusado no sentido da garantia da não-retroatividade da lei penal inscrita na Declaração universal dos Direitos Humanos, enquanto prerrogativa de liberdade individual, em cotejo com a previsão posterior de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a Corte buscou uma reinterpretação de sentido dos direitos humanos, afirmando que muitos deles não teriam sentido se aplicados em prejuízo da proteção da humanidade em seu conjunto no que toca à sua dignidade. ALLARD, J, « L’humanité, un concept juridique sans précédent ? » In BERNIS, Th (Dir.). *Le droit saisi par le collectif*. Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 190-191.

⁶⁶⁴ JORION, Benoît. *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif*. **Revue du droit public**, n°1, pp. 197-233, 1999.

⁶⁶⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Préface. In : *La dignité de la personne humaine : quelles réalités ?* Sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger. Bruxelles : Bruylant, 2016, p. 8.

Faz-se aqui uma pequena e necessária digressão à parte inicial da presente pesquisa e parte-se da concepção de dignidade como qualidade do ser humano na sua singularidade, tendo presente que esse ser humano diz respeito a todos os indivíduos que compõem a comunidade humana.

Começando por decifrar a filosofia jus naturalista estoica em busca da existência de um núcleo de valores comuns para a humanidade, verifica-se que essa concepção do mundo se funda em uma ordem jurídico-política desvinculada de um espaço geográfico, em que todos os seres humanos seriam ligados por duas qualidades essenciais: a soberania da razão e a preservação da dignidade humana, independentemente da condição de cada pessoa⁶⁶⁶. O valor dignidade é presente desde então.

É na filosofia estoica que se pode encontrar os primeiros vestígios da concepção de dignidade enquanto um atributo do ser humano, como uma qualidade que lhe é intrínseca e da qual depende a sua própria condição de exercício de todas as demais faculdades. A dignidade é, portanto, o traço distintivo que confere ao indivíduo a particularidade de viver verdadeiramente como um ser humano, parte-se da premissa de que a pessoa humana possui alguns atributos que, por si sós, lhe conferem a condição de pessoa⁶⁶⁷.

A partir da separação feita pelos estoicos entre dignidade e felicidade – distanciando-se assim da filosofia precedente criada por Epicuro⁶⁶⁸, estabeleceu-se a noção de que o valor dignidade seria o valor último de cada ser humano na sua individualidade⁶⁶⁹.

Do princípio de manutenção de um mínimo de dignidade, os filósofos estoicos edificam, por exemplo, os primeiros princípios de *Jus ad Bellum*, ocupando-se de questões como a injustiça da utilização da guerra e da violência como meio de solução de conflitos⁶⁷⁰, a partir da cunhagem da expressão *humanitas*, com vistas à redução do sofrimento de todo o gênero humano. A decodificação desses postulados da filosofia estoica permitiria compreender *a priori* que grave ofensa à humanidade seria, de um lado, retirar do ser humano a capacidade de discernimento e, de outro lado, despi-lo de sua dignidade, seja por violências físicas, seja

⁶⁶⁶ LEJBOWICZ, Agnès. **Philosophie du droit international** : L'impossible capture de l'humanité. Paris : PUF, 1999, pp. 336-342.

⁶⁶⁷ RICOEUR, Paul, « Pour l'être humain du seul fait qu'il est humain », dans : RAYMOND, Jean-François de (dir.), *Les enjeux des droits de l'homme*, Paris : Larousse, 1988, p. 236.

⁶⁶⁸ Epicuro coloca o prazer como o primeiro dos direitos humanos, « seule condition précieuse et digne de lui ». BLOCH, Ernst. **Droit naturel et dignité humaine**. Paris : Payot, 1976, p. 22.

⁶⁶⁹ « La tête haute resta la valeur ultime ». BLOCH, Ernst. **Droit naturel et dignité humaine**. Paris: Payot, 1976, p. 25.

⁶⁷⁰ A proibição do uso da guerra como meio de solução de conflitos é princípio hoje sedimentado pelo Artigo 2.4 da Carta das Nações Unidas que estabelece que “Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”.

por violências morais. A perda da dignidade aqui começa a desenvolver a sua relação com a imposição do sofrimento humano.

Em seu Discurso sobre a dignidade do homem, Giovanni Pico de la Mirandola nos lembra que é o ser humano na sua individualidade o emblema que porta consigo a dignidade, manifestada pelo exercício da liberdade⁶⁷¹.

Será, no entanto, com o iluminismo que a dimensão individual do valor dignidade irá se fazer mais marcante. A filosofia iluminista elabora a relação entre dignidade humana e direito de liberdade, no sentido de aquela dever depender estritamente do pleno exercício desta. Nesse sentido, sua influência sobre os movimentos revolucionários do fim do século XVIII foi crucial, a ponto de servir de fundamento para a Declaração dos Direitos Humanos de 1789, para a ruptura inaugurada pela Revolução Francesa e a Declaração de Independência Americana. Trata-se do nascimento da doutrina dos direitos humanos, ainda que limitada ao âmbito interno dos Estados (como fundamento de limitação ao poder soberano) e sobretudo ao exercício dos direitos individuais. O contrato social de Rousseau se transforma na pedra angular inspiradora dessas construções, muito mais voltado à concepção da dignidade humana no seu aspecto de atributo do indivíduo.

No final do século XVIII, Kant irá igualmente abordar a noção de ser humano na sua dimensão individual enquanto portador da dignidade, mas partindo de um ponto de vista diverso, relacionado ao fato de que o homem existe como fim em si mesmo e que em todas as suas ações ele deve ser sempre considerado como um fim. É por esse motivo que Kant nos lembra o fato de que os seres dotados de razão são chamados de pessoas, porquanto sua natureza designa-as como um fim em si mesmo, ou como algo que não pode ser empregado como meio, objeto de respeito que limita o livre arbítrio dos demais homens⁶⁷².

Não vendo os seres humanos a partir de seus atributos ou da posse de certas qualidades, mas relacionando-se com o exercício das capacidades que um indivíduo possui, para Paul Ricoeur será o pleno gozo dessas capacidades o determinante para distinguir um indivíduo

⁶⁷¹ « Si nous ne t'avons donné, Adam, ni une place déterminée, ni un aspect qui te soit propre, ni aucun don particulier, c'est afin que la place, l'aspect, le don que toi-même aurais souhaités, tu les ais et les possèdes selon ton vœu. Pour les autres, leur nature définie est tenue en bride par des lois : toi, c'est ton jugement qui te permettra de définir ta nature ». PIC DE LA MIRANDOLA, Giovanni. **De la dignité humaine**. Paris : Editions de l'éclat, 1993, p 57.

⁶⁷² « L'homme, et en général tout être raisonnable, existe comme fin en soi, et non pas simplement comme moyen dont telle ou telle volonté puisse usé à son gré; dans toutes ses actions, aussi bien dans celles qui le concernent lui-même que dans celles qui concernent d'autres être raisonnables, il doit toujours être considéré en même temps comme une fin...Les êtres raisonnables sont appelés des personnes parce que leur nature les désigne déjà comme des fins en soi, c'est-à-dire comme quelque chose qui ne peut pas être employé simplement comme moyen, et qui par suite limite d'autant notre libre arbitre (et est un objet de respect).» KANT,E., **Fondements de la métaphysique des mœurs**, Trad.fr V. Delbos, Paris : Vrin, 2008, p. 141-142.

como portador de dignidade, ou o primeiro critério do sentido da expressão humano. O conteúdo do valor dignidade estaria, portanto, ligado à possibilidade de a pessoa humana utilizar-se de suas faculdades, cujo cerceamento a tornaria mais próxima do desumano, sendo por isso também a noção de dignidade mais perceptível quando se invoca a sua negação.

A dignidade humana transparece igualmente na filosofia enquanto elo que une todos os indivíduos de forma a criar uma comunidade humana, sobressaindo-se como o seu próprio fundamento de existência. O fim último dessa comunidade humana será sempre, portanto, a preservação da dignidade de seus membros e o fundamento para a punição dos atos que lhe portarem ofensa, uma vez que a imposição de perda de dignidade a um ser humano representa o potencial de uma ofensa coletiva que tocara o conjunto da humanidade.

Trata-se de uma relação que se pode fazer entre a existência do indivíduo e a sua capacidade de se universalizar, ou de se poder compreender o indivíduo em suas duas dimensões, de um lado a dimensão de ser singular que possui seus próprios direitos e, de outro lado, o aspecto de um ser relacional que faz parte de um grupo universal de seres humanos.

O conteúdo desses valores aparecerá de forma tímida na obra de São Thomas de Aquino, especialmente no que relaciona sua concepção de *jus gentium* com a ausência de relação temporal e com uma validade universal, que por isso poderia ser apreendido pela razão natural. Apreendido esse conteúdo, a lei seria a realização do bem comum para o benefício de todos os seres humanos, condição essencial para que uma lei fosse justa⁶⁷³. Assim, para São Tomás de Aquino, o conjunto de valores de uma sociedade seria relacionado com o conteúdo da lei natural, que em última análise se vincula à garantia de uma existência digna a todos os seres humanos.

No entanto, Francisco de Vitoria avança nesse sentido, trazendo melhores elementos para essa busca do sentido de dignidade enquanto fundamento da comunidade humana. Ao alargar o conceito de *jus gentium* a fim de que pudesse servir de aparato legal para governar as relações de todos os povos, em condições de igualdade, Vitoria trouxe uma perspectiva universalista para o direito das gentes, servindo para reger um mundo plural, marcado por uma sociedade de pessoas (*societas gentium*), aplicável a todos os seres humanos e, por isso, expressão fundamental de sua unidade.

A esse caráter universalista do *jus gentium* de Vitoria se acrescenta uma perspectiva humanista, que prima pelo respeito à liberdade dos indivíduos com base na preservação de sua

⁶⁷³ GROARKE, P.; WEST, J. L. A. **Reconciling Individual Rights and the Common Good: Aquinas and Contemporary Law.** Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights. Ottawa: University of Ottawa Press, 2003, 157-161.

dignidade. A força desse direito derivaria de valores universais oriundos do direito natural⁶⁷⁴. Assim, para nós, Vitoria elucida a existência de um primeiro valor universal da humanidade consistente na dignidade humana, no seu caso relacionada com a preservação do direito de liberdade. A preservação da igual dignidade de todos os seres humanos seria, portanto, o conteúdo da lei natural – representando nesse ponto uma elucidação igualmente do pensamento de São Thomas de Aquino –, sendo essa lei natural voltada para as relações dos indivíduos entre si, em representação de toda comunidade humana.

Essa força universal do *jus gentium* capaz de fazer emanar valores universais se extrai igualmente do pensamento de Francisco Suarez, naquilo que afirmava a unidade fundamental dos seres humanos em um só ente – a humanidade – de modo a que a sua preservação fosse impeditiva da autossuficiência dos Estados. A garantia da existência dessa unidade dependeria, portanto, do respeito da parte dos Estados aos direitos de todos os indivíduos, a começar pela garantia de sua existência digna, sem a qual os elos entre os seres humanos seriam rompidos.

Nesse sentido, concorda-se com Suarez no aspecto em que a negação da dignidade a um ser humano pode representar a negação de dignidade a todos os seres humanos. O valor dignidade humana ganha com isto um aspecto ao mesmo tempo individual e coletivo, o que demonstra ser uma das características que lhes conferem o grau de valor universal.

Apesar de a maioria das construções dos séculos XV e XVII só permitirem compreender quais os valores predominantes nas sociedades a partir de um pequeno estudo do tema da guerra, fazendo concluir que nesse momento apenas um direito mínimo dos indivíduos, por alguns denominado direito de humanidade, merecia ser respeitado, frente a um direito máximo de preservação dos interesses dos Estados, a partir da era das luzes, nesse aspecto relativamente aos direitos individuais, e com ainda mais vigor no século XIX, a emergência de valores comuns, dentre eles a dignidade humana como valor da comunidade humana e não somente do indivíduo, se torna de mais fácil apreensão.

Essa abordagem aparecerá na filosofia de Kant, a começar pela obra A Metafísica dos costumes. Partindo do princípio de que todos os homens possuem o direito de pretenderem o respeito de seus semelhantes e de que são reciprocamente obrigados ao respeito a cada um deles, Kant afirma que a dignidade consiste na impossibilidade em que um homem seja utilizado como meio por outro homem, mas sempre como fim. Para Kant, é em razão desse atributo do indivíduo enquanto fim, que o eleva a uma posição acima dos seres racionais, que

⁶⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind: Towards a new *Jus Gentium***. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 316. Boston: Martinus Nijhoff, 2005, pp. 37-38.

o ser humano é obrigado a reconhecer a dignidade de toda a humanidade em cada um dos demais seres humanos, repousando sobre ele o dever relacionado ao respeito que deve ser testemunhada a todos os demais⁶⁷⁵. Kant concebe, assim, a dignidade não somente como um atributo do ser individual, mas também como um valor que o liga à humanidade.

Especialmente na formulação dos artigos para a paz perpétua, quando Kant finalmente definiu o direito cosmopolita como um terceiro estágio evolutivo no caminhar da humanidade e propôs a existência de um conjunto de valores pertencentes à sociedade internacional, começou-se a desenhar com uma maior precisão um grupo de direitos e valores, de contornos ainda incipientes, que de alguma maneira deveriam ser protegidos em um arranjo situado acima dos Estados, e isto pelo fato de se tratarem, segundo Kant, de direitos pertencentes a cidadãos do mundo, considerados não como membros do seu Estado, mas sim membros de uma sociedade cosmopolita, ao lado de cada Estado⁶⁷⁶.

A partir de então, esse mesmo grupo, elevado à proporção de uma comunidade humana, teria passado a possuir o mesmo objetivo diante do nascimento de uma ordem pública internacional constituída por interesses e valores universais, identificados por ele com a preservação da paz, da segurança internacional e da dignidade humana⁶⁷⁷.

Ainda tentando encontrar os valores humanos, Kant traz dois suplementos aos artigos definitivos, sendo um deles o que denomina garantia da paz perpétua e o outro denominado artigo secreto para a paz perpétua.

Como garantia da paz perpétua, Kant volta a afirmar que a natureza inseriu conflitos nas relações humanas com o objetivo de alcançar harmonia e concórdia⁶⁷⁸ e dispôs as pessoas de modo a permitir a consecução desse fim. Nesse sentido, as providências da natureza para o alcance desse objetivo teriam começado por colocar os seres humanos a viver em todas as partes

⁶⁷⁵ « Ce principe, d'après lequel l'humanité et toute nature raisonnable en général sont considérées comme fin en soi (condition suprême qui limite la liberté des actions de tout homme), n'est pas emprunté à l'expérience d'abord à cause de son universalité, puisqu'il s'étend tous les êtres raisonnables en général : sur quoi aucune expérience ne suffit à rien déterminer; ensuite parce qu'en principe l'humanité est représentée, non comme une fin des hommes (subjective), c'est-à-dire comme un objet dont on se fait en réalité une fin de son propre gré, mais comme une fin objective, qui doit, qu'elles que soient les fins que nous nous proposons, constituer en qualité de loi la condition suprême restrictive de toutes les fins subjectives, et parce qu'ainsi ce principe dérive nécessairement de la raison pure ». KANT, E. **Fondement pour la Métaphysique des mœurs**. Traduit de l'Allemand en français par Victor Delbos (1862-1916) à partir de l'édition de 1792. Édition électronique complétée le 6 juin 2002 à Chicoutimi, Québec, p. 42.

⁶⁷⁶ NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54-55.

⁶⁷⁷ FOUCARD, Isabelle. **Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international**. Bruxelles : Éditions Bruylant, 2014, p. 282.

⁶⁷⁸ Kant refere-se a essa força da natureza como *Destino*, ou *Providência*, que seria uma finalidade que rege o curso do mundo em direção ao “último objetivo da humanidade, predeterminando a marcha do Universo”. KANT, Immanuel. **Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua**. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010, p. 67.

do mundo, distribuindo-os, mesmo que por meio da guerra⁶⁷⁹, em todos os lugares. Ainda, por meio da guerra, tornou imperativas as suas relações, obrigando-os a sair do que denomina primitivo estado de liberdade, fazendo com que se organizassem social e politicamente.

Indagando sobre como faz a natureza para alcançar esse fim ou quais as garantias que a natureza faculta ao homem para que, dentro de sua liberdade, seja naturalmente coagido a agir em direção a esse fim, responde Kant que, primeiramente, mesmo que um povo não quisesse se submeter às leis públicas, com o fito de evitar discórdias internas, teria que fazê-lo em virtude da potencialidade da guerra externa, pois sempre possui povos vizinhos, razão pela qual deve organizar-se de forma a se tornar um Estado e de se constituir o primeiro estágio de evolução consistente no direito político, por Kant denominado *jus civitas*.

Em um segundo momento, direcionado à consolidação do *jus gentium*, Kant menciona a existência de diversos Estados, vizinhos e independentes, em uma situação potencialmente bélica ou conflituosa, que se soluciona pela existência de uma união federativa. Apesar das diferenças entre os povos, que são inicialmente fomentadores de conflitos, traduzidos pelas guerras, Kant acredita que progressivamente os seres humanos se aproximarão em virtude de objetivos comuns⁶⁸⁰. Dessa forma, ao mesmo tempo em que a natureza teria separado os povos, fazendo com que as pessoas povoassem toda a superfície da Terra, também desejou uni-las por meio do direito das gentes.

Kant defendeu, assim, a possibilidade de evolução da humanidade em direção a uma ordem cosmopolita, afirmando uma cidadania potencialmente universal, sob o pressuposto de que a instituição da paz não poderia ser feita a não ser quando acompanhada de um direito internacional capaz de criar uma ordem apta a pacificar o estado de guerra entre os Estados, e de criar um direito cosmopolita apto a reconhecer a dignidade da pessoa humana independentemente de qualquer condição.

Nesse sentido, o pensamento kantiano construído há mais de dois séculos possui uma atualidade singular, especialmente naquilo em que busca encontrar quais seriam os principais valores humanos a proteger. Graças ao legado de Kant, a ideia de universalidade dos direitos humanos é uma das mais proeminentes da retórica política contemporânea, de modo que a reivindicação de que certos direitos pertencem aos seres humanos em todos os lugares e tempos

⁶⁷⁹ “A natureza utiliza a guerra como um meio para povoar inteiramente a terra. A guerra, por sua vez, não necessita de motivos e impulsos especiais, pois parece enxertada na natureza humana, sendo considerada pelo homem como algo nobre, que se anima e entusiasma para a honra, sem necessidade de interesses egoístas que o movam. [...]. Muitas guerras se fizeram com o desiderato exclusivo de mostrar esse valor”. KANT, Immanuel. **Zum Ewigen Frieden:** rumo à paz perpétua. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010, p. 73.

⁶⁸⁰ KANT, Immanuel. **Zum Ewigen Frieden:** rumo à paz perpétua. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010, p. 79.

será uma das bases da formulação de um conceito como o de crime contra a humanidade, que possui o condão de retirar dos indivíduos todo o seu *status* de ser humano, de ser social e de ser civil, de forma a permitir sua completa aniquilação⁶⁸¹.

Ainda que hoje os textos de Kant sejam incontornáveis quando se pretende tratar de dignidade humana, no momento em que o filósofo de Königsberg publicava seus textos suas ideias estavam longe de se concretizarem e foram na prática numerosas vezes refutadas pela recusa da dignidade. Fora, no entanto, possivelmente essa recusa que fizera com que a dignidade humana se tornasse objeto de proteção do direito, devendo talvez ser afirmativa a resposta à pergunta que Édipo fizera à Ismène e por isso estando também talvez com a razão Shopenhauer quando classificou a dignidade humana como sendo um valor universal e absoluto⁶⁸².

No século XX, especialmente depois que o mundo foi palco das atrocidades da guerra, ideias como as de Vitoria, Suarez, Gentili e Grócio, aliadas ao ideal cosmopolita kantiano ganham força quando surge a necessidade de reorganizar o mundo em função de uma sociedade humana construída sobre o lastro da dignidade humana⁶⁸³.

É assim que a dignidade humana enquanto valor parece ter percorrido a história como uma espécie de *Leitmotiv* da elaboração do direito, chegando mesmo a ganhar uma universalidade temporal. A dignidade humana é por isso um princípio que se transforma e, enquanto valor, é inscrita no direito, onde ganha seu fundamento principal na doutrina do direito natural, com o que parece a partir de então alçar o *status* de valor universal e absoluto por uma corrente de pensamento que irá representar uma grande influência na construção das bases do direito internacional moderno.

Apesar da existência de algumas construções filosóficas esparsas que acabaram por influenciar o direito, pensa-se que foi a partir da doutrina do direito natural, (especialmente da corrente neo jus naturalista que tentou superar o positivismo jurídico do início do século XX) que a exigência da dignidade humana passou de um segundo plano à uma verdadeira missão da norma jurídica, seja ela no plano nacional, seja no plano internacional⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ ANDERSON-GOLD, Sharon. Crimes against humanity: A kantian perspective on international law. In: KNELLER, Jane; AXINN, Sidney (Org). **Autonomy and community: readings in contemporary kantian social philosophy**. New York: State University of New York, 1998. p. 108.

⁶⁸² « Une valeur comparable, inconditionnée, absolue, comme doit être la dignité ». SHOPENHAUER, Arthur. **Le fondement de la morale**. Traduit de l'allemand par A. Burdeau. Paris, G. Ballière, 1879, p. 70.

⁶⁸³ LAGHMANI, S. **Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus publicum europaeum**. Paris : Pedone, 2003, pp. 90-94.

⁶⁸⁴ BLOCH, Ernst. **Droit naturel et dignité humaine**. Paris: Payot, 1976, p. 29.

Como afirma Antonio Augusto Cançado Trindade, da sociedade do século XX emerge um *jus gentium* erigido sob fundamentos éticos, que incorpora valores humanos básicos, comuns a toda a humanidade. Esse novo direito das gentes pavimenta o caminho para a elaboração da ordem legal internacional, em uma aplicação de princípios básicos da lei comum da humanidade preexistentes à vontade dos Estados. Atenta-se a fatores humanizadores da vida internacional, baseados em uma consciência jurídica universal e é por esse motivo que o direito das gentes de hoje deve resgatar o ideal de universalismo de outrora, com a finalidade última de proteger valores comuns e superiores dessa sociedade de pessoas e da humanidade em seu conjunto⁶⁸⁵.

Esse valor dignidade humana que ressaí dos textos filosóficos parece ser a pedra de toque da construção de um direito de graduação superior e, por isso, não seria possível falar em dignidade humana enquanto valor universal sem trazer novamente à luz a doutrina de Alfred Verdross. Tendo o direito natural como base de seu pensamento, mas fundado na positivação das normas, além de ter pensado na existência de uma hierarquia na ordem internacional, trazendo um dos principais fundamentos para a teoria do *jus cogens* e de um direito internacional imperativo, o Professor Verdross vai mais longe. Supondo a existência de uma unidade moral do gênero humano e, portanto, de valores comuns, concebe a existência de uma comunidade internacional fundada nesses valores.

Para que se possa admitir a premissa do Professor Alfred Verdross, de que os direitos humanos encontram a sua base em um princípio de ordem superior consistente na existência de uma moral superior universal, ligada ao direito natural que impõe o respeito à dignidade humana, é preciso estabelecer um limite a esses direitos humanos concebidos sobre a base de um valor universal e absoluto.

Enquanto direito relacionado à dignidade humana, não será todo e qualquer tipo de desrespeito a um direito fundamental apto a ensejar uma violação ao valor dignidade humana subjacente. Por isso, utilizando-se da doutrina de Alfred Verdross, parte-se da ideia de que esse valor, dignidade humana, é o fundamento que universaliza e não admite exceções à violação de um direito.

Dos exemplos retirados da construção da jurisprudência internacional sobre a ofensa ao direito de liberdade, por exemplo, é fácil constatar que a prática de expulsão ou de deportação forçada de uma população são violadoras da dignidade humana, assim como o é a imposição

⁶⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **International Law for Humankind: Towards a new *Jus Gentium***. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 316. Boston : Martinus Nijhoff, 2005, pp. 55-58.

de aprisionamento ilegal. Da mesma forma, não há dúvidas no sentido de que a redução à escravidão, enquanto violadora do direito à liberdade, constitui-se em uma grave ofensa ao valor dignidade humana subjacente – o que remonta à questão da relatividade temporal dos valores, na medida em que a escravidão já fora considerada necessária para uma obra civilizatória de povos, mas que hoje é considerada uma proibição de natureza absoluta.

Por outro lado, se partir-se para a análise de violações a outras dimensões do direito de liberdade, como a liberdade de expressão, a liberdade de circulação ou a liberdade religiosa, começa-se a ingressar no terreno da relatividade do direito, trazendo dúvidas sobre eventual ofensa à dignidade humana, uma vez que entram em jogo outras questões como a diversidade cultural.

A questão que se coloca aqui, portanto, é a da importância da relação existente entre o direito e o valor que lhe é imanente, ou seja, o fato de que o direito ganhará a natureza de absoluto e universal quando ofendido no âmago do valor universal com que se relaciona. Assim, será o direito de liberdade absoluto e universal quando conjugado com a violação do valor dignidade humana somado ao critério de gravidade e do sentimento de reciprocidade.

O mesmo princípio, entende-se, se aplica a todos os demais direitos que foram elencados quando se trata de uma grave violação à humanidade. É o caso igualmente dos direitos positivos à vida, à integridade física e à liberdade sexual e dos direitos negativos à não-discriminação e ao não-tratamento desumano ou degradante.

A violação ao direito à vida, igualmente, pode possuir o caráter de uma violação a um direito relativo ou absoluto. Existem hipóteses em que se admite essa violação e parece que essa relatividade deixa de existir sempre que tal significar uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

A vontade de desumanizar a vítima parece ser o critério que funda a natureza de proibição absoluta da tortura e do estupro, enquanto violadores dos direitos à integridade física e à liberdade sexual, respectivamente. Sua condenação pelo direito internacional e sua inscrição como ato material dos crimes contra a humanidade levam em conta essa finalidade específica que se traduz na vontade do criminoso, em razão de seu desprezo pela vítima, de desumanizá-la e violar sua dignidade de ser humano⁶⁸⁶.

É justamente em razão da importância dos valores que protegem, como é o caso da dignidade humana, que determinadas normas jurídicas internacionais ganham o *status* de normas imperativas, pertencentes ao *jus cogens*, como é o caso da proibição da tortura,

⁶⁸⁶ JUROVICS, Yann. *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*. Paris : L. G. D. J, 2002, p. 39.

relacionada ao direito ao não-tratamento desumano ou degradante que tem como um dos valores a preservar a dignidade da pessoa humana. São os horrores que retiram de cada ser humano e, portanto, da humanidade inteira, a sua dignidade e a indignação que suas consequências provocam⁶⁸⁷, o elemento capaz de elevá-la a valor universal e absoluto.

A partir dessa concepção, parece que a dignidade humana se concretiza enquanto valor catalisador da criação de normas protetivas pelo direito internacional, tanto pelo direito internacional penal quanto pelo direito internacional dos direitos humanos, passando a ser uma constância na linha de pensamento do juiz internacional para a identificação de graves violações.

No que pertine ao valor dignidade humana como valor subjacente às normas de direito internacional de direitos humanos, a dignidade humana emerge da construção normativa promovida pela criação do sistema de proteção das Nações Unidas, como já se teve a ocasião de discutir quando da análise de textos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Carta de São Francisco, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além das demais *core conventions* que se seguiram em matéria de proteção de direitos humanos.

Há que se fazer, no entanto, o contraponto da ausência de menção à dignidade humana na Convenção de salvaguarda dos direitos humanos que serve de base ao sistema regional europeu de proteção, no que se contradiz com seu objetivo proclamado expressamente de tomar as medidas para assegurar as garantias asseguradas na DUDH – dentre as quais estão a dignidade humana⁶⁸⁸.

Não se encontra a mesma lacuna na edificação do sistema interamericano, cuja declaração inaugural em suas primeiras linhas dispõe que os povos americanos reconhecem a dignidade da pessoa humana e o fato de que as instituições políticas e jurídicas possuem como finalidade principal a proteção dos direitos humanos essenciais. Igualmente, o sistema africano de proteção dos direitos humanos erige a dignidade como sendo um dos objetivos para a realização das legítimas aspirações dos povos africanos.

A concepção de dignidade humana como valor catalisador da norma internacional protetiva se confirma na edificação do conceito elaborado pelo juiz internacional, com algumas particularidades que variam de acordo com os sistemas normativos de base respectivos. O fato

⁶⁸⁷ « L'indignation ou même la colère au sens de Camus fait resurgir la dignité humaine ». KONINCK, Thomas de ; LAROCHELLE, Gilbert. **La dignité humaine**, Paris : Presses Universitaires de France, 2005, p. 10.

⁶⁸⁸ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. « Principe de dignité et Cour européenne des droits de l'homme ». In : La dignité de la personne humaine : quelles réalités ? Sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger. Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 236.

de a dignidade humana ser ou não declarada nos textos inaugurais como catalisador de proteção aos direitos elencados não irá, no entanto, representar o maior ou menor reconhecimento de seu valor na prática judiciária. Igualmente, a sua maior ou menor violação ou seu maior ou menor respeito independenderá do conteúdo dos textos legais.

Em matéria de direitos humanos, tanto o juiz europeu quanto o juiz interamericano empregarão o conceito de dignidade humana como vetor da definição de graves violações, com alcances que variam em ambas as construções.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar da lacuna constante no texto normativo de base, que por isso explique possivelmente a particularidade de um aparecimento tardio da questão na jurisprudência, o fato é que o juiz europeu tratou de superar a ausência de previsão legal, limitando-se, contudo, a abordar a dignidade humana na sua acepção de atributo do indivíduo⁶⁸⁹.

Essa limitação aflora do julgamento do caso *Tyrer contra Reino Unido*⁶⁹⁰, no qual um tratamento degradante um desumano infligido a um adolescente, por meio da imposição de castigos corporais, foi relacionado com a violação da dignidade humana.

Na sua fundamentação, transparece que a Corte inseriu o valor dignidade como substrato fundamentador da proibição do uso de penas desumanas e degradantes no aspecto em que afirmou que a vítima fora tratada como objeto pelos agentes públicos⁶⁹¹, de modo a confirmar a ideia de que a violação da dignidade emerge do que se denominou anteriormente processo de despersonalização da vítima. Assim fazendo, a Corte Europeia acabou por alargar o conteúdo do artigo 3 da Convenção, o que parece se dever à utilização da dignidade humana como parâmetro para caracterizar a violação. Firmou-se dessa maneira um paradigma de julgamento que se tornará assente, não apenas em matéria de tratamentos desumanos ou degradantes, como também no que se refere à proibição absoluta de tráfico de seres humanos relacionando-o com o direito à liberdade e à integridade física⁶⁹².

⁶⁸⁹ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. « Principe de dignité et Cour européenne des droits de l'homme ». In : La dignité de la personne humaine : quelles réalités ? Sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger. Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 236

⁶⁹⁰ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Tyrer c/ Royaume-Uni*. Requête n° 5856/72, 25 avril 1979. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-62143\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Acesso em : 20 jul. 2017.

⁶⁹¹ « (...) son châtement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 ». COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Tyrer c/ Royaume-Uni*. Requête n° 5856/72, 25 avril 1979, § 33. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-62143\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\). Acesso em : 20 jul. 2017.

⁶⁹² A esse respeito, ver : *El Masri c/ Macédonie*, arrê du 13 décembre 2012 ; *Al-Saadoon et Mufdhu c/ Rouyaume-Uni*, arrê du 2 mars 2010 ; *Tremblay c/ France*, arrê du 11 septembre 2007 ; *Rantsev c/ Chypre et Russie*, arrê du 7 janvier 2010.

O juiz europeu fará mais tarde ampla relação entre o conteúdo do artigo 3 da Convenção europeia e o princípio da dignidade humana igualmente em matéria de condições da detenção, ainda que seja para entender pela não configuração de tratamento desumano ou degradante e, portanto, pela não-violação do artigo 3, como é o caso do julgamento do caso *Aerts contra Bélgica*⁶⁹³.

Em sentido contrário, no já mencionado caso *Ribitsch contra Áustria*⁶⁹⁴, a Corte firma sua jurisprudência, sublinhando que todo uso fora da força física fora do estritamente necessário contra uma pessoa privada de sua liberdade constitui-se em uma ofensa à dignidade humana e, por consequência, uma violação ao direito garantido pelo artigo 3 da Convenção⁶⁹⁵. Igualmente, no julgamento do caso *Kudla contra Polônia*⁶⁹⁶, entendeu a Corte Europeia de Direitos Humanos que o artigo 3 da Convenção impõe ao Estado o dever de assegurar que todo prisioneiro seja detido em condições que sejam compatíveis com o respeito da dignidade humana⁶⁹⁷.

O caso *Kudla* é utilizado como parâmetro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Instituto de Reeducação do Menor contra Paraguai, para afirmar que uma das obrigações do Estado enquanto garantidor do direito à vida e da integridade física é a de assegurar às pessoas as condições mínimas compatíveis com a dignidade humana, inclusive quando estas se encontram em centros de detenção⁶⁹⁸.

A Corte Interamericana será pródiga em relacionar o valor dignidade humana com as condições da detenção e a violação à proibição absoluta à tortura e aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

No caso *Neira Alegría contra Peru*, a dignidade humana serve de subsídio para fundamentar o direito que possui a pessoa privada de liberdade de viver em condições de

⁶⁹³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Aerts c. Belgique**. Requête n° 61/1997/845/1051. Arrêt du 30 juillet 1998, §§ 66-67. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62765"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>

⁶⁹⁴ Vide nota 528. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁶⁹⁵ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Ribitsch c. Autriche**. Requête n. 18896/91. Arrêt, Strasbourg, 4 décembre 1995. § 38. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

⁶⁹⁶ Referido na nota 533.

⁶⁹⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Kudla c. Pologne**. Requête n. 30210/96. Arrêt, Strasbourg, 26 octobre 2000, § 94. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-63471"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 9 mai. 2017.

⁶⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Instituto de Reeduccion del Menor Vs. Paraguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, § 159. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

detenção com ela compatíveis. É também o valor dignidade humana a fonte da responsabilidade do Estado enquanto garantidor do direito à vida e à integridade física da pessoa⁶⁹⁹.

A Corte, por sua vez, relaciona a dignidade humana com a integridade psíquica e moral de pessoa, dela decorrendo o direito do detido ao respeito e à proibição de tratamento desumano, que estaria configurado, por exemplo, em todo caso de incomunicabilidade⁷⁰⁰.

No que se refere especificamente à proibição da tortura, a Corte Interamericana de Direitos Humanos irá em diversas ocasiões se referir à dignidade humana para fins de garantir a proteção do indivíduo em oposição ao emprego da violência pelo Estado. Essa oposição será fundamentada notadamente pelo princípio da dignidade humana enquanto assegurador da qualidade de ser humano a um indivíduo⁷⁰¹.

No julgamento do caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, em referência ao fato de que o cometimento do crime de desaparecimento forçado constitui-se em uma ruptura radical do tratado que o proíbe, a decisão da Corte sublinha que tal ruptura decorre do abandono dos valores que emanam da dignidade humana⁷⁰².

Igualmente, por ocasião da análise do extermínio de crianças de rua por forças da polícia no território da Guatemala, a Corte Interamericana fizera referência à relação existente entre o direito à vida e o valor dignidade humana.

A decisão refere-se ao gozo do direito à vida como um requisito para o desfrute de todos os demais direitos, compreendendo não apenas o direito de todos os seres humanos de não serem dele privados arbitrariamente, como também o direito a não serem privados ao acesso às condições que garantam uma existência digna. Por essa razão, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições requeridas para que não se produzam violações tanto ao direito

⁶⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 19 de enero de 1995. Serie C N° 20, §60. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf>.

⁷⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, § 83. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras**. Fondo. San José, Costa Rica: Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C N° 6, § 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf>.

⁷⁰¹ FEUILLET-LIGER, Brigitte. La dignité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. In : **La dignité de la personne humaine** : quelles réalités ? Sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger. Bruxelles: Bruylant, 2016, pp. 354-362

⁷⁰² “La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 29 de julio de 1988. § 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

à vida quanto ao direito ao gozo de uma vida digna. Quando, ao contrário, os Estados violam os direitos de crianças em situação de risco, os transformam em vítimas de uma dupla agressão: de um lado, não evitam que se tenham colocado em situação de miséria, privando-as das mínimas condições de vida digna; de outro lado, atentam contra sua integridade física e psíquica e contra sua própria vida⁷⁰³.

No mesmo caso, os Juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli mencionam em seu voto concorrente de igual modo a relação entre a necessidade de que um projeto de existência se conjugue com o desenvolvimento de condições de vida digna, de segurança e de integridade da pessoa humana. Diante do imperativo da proteção da vida humana, entendem que estes se tratam de valores superiores enquanto substratos das normas jurídicas – substratos da existência e do destino de cada ser humano – diante dos quais o direito internacional não deve permanecer indiferente⁷⁰⁴.

O juiz penal internacional irá igualmente se referir à dignidade humana em diversas reprises, o que parece representar uma manifestação da onipresença da dignidade como valor quando se trata de graves violações aos direitos mais fundamentais do ser humano.

Pensa-se que a proteção e a conservação da dignidade humana são a finalidade última da norma penal, particularmente da norma penal internacional, no intuito de que a pessoa humana possa ser tratada com humanidade e sem discriminação baseada em raça, cor, religião, crença, nascimento, fortuna ou qualquer outro critério análogo. Por esse motivo gozam de proibição absoluta os tratamentos desumanos de modo geral, com vistas a proteger o indivíduo em sua qualidade de ser humano⁷⁰⁵.

⁷⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 19 de noviembre 1999. §§144, 191. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁷⁰⁴ “*Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. “Frente al imperativo de la protección de la vida humana, y a las inquietudes y reflexiones suscitadas por la muerte, es muy difícil separar dogmáticamente las consideraciones de orden jurídico de las de orden moral: estamos ante un orden de valores superiores, - substratum de las normas jurídicas, - que nos ayudan a buscar el sentido de la existencia y del destino de cada ser humano. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su evolución, en el umbral del año 2000, no debe en definitiva permanecer insensible o indiferente a estas interrogantes”.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 19 de noviembre 1999. Voto concurrente conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, §§ 8, 11. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁷⁰⁵ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Aleksovski**, affaire n° IT-95-14/1 49 Décision rendue le 25 juin 1999, §49. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp14-f/aleksovski-f.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017. Ainda que esse parágrafo da decisão se refira ao artigo 3° do Estatuto do TPII, que consiste na descrição do crime de guerra, a definição de tratamento desumano enquanto lesivo à dignidade humana é idêntica à utilizada ao crime contra a humanidade, sendo por isso utilizada aqui por nós como exemplo. Ademais, o sentido da expressão

O tratamento desumano, em sua acepção genérica, resume o sentido de grave ofensa porquanto atinge o indivíduo nos seus direitos mais fundamentais. Este deve ser o sentido da ampla relação que se encontrou na jurisprudência penal internacional entre tratamento desumano e dignidade humana.

No caso *Delalic*, igualmente, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia considera que um tratamento desumano é uma ação ou uma omissão intencional, portanto deliberada e não acidental, que se constitui em uma ofensa grave à dignidade humana. Trata-se de um tratamento intencional administrado em contrariedade ao princípio fundamental da humanidade, que se constitui em uma categoria em que se inserem todas as infrações graves enumeradas em convenções internacionais. Por essa razão, os atos que as convenções qualificam de desumanos, sinônimos de atos contrários ao princípio da humanidade, são todos exemplos de tratamentos desumanos lesivos à dignidade⁷⁰⁶.

6.2 O valor negativo não-sofrimento

Falar sobre o sofrimento humano, ou sobre o não-sofrimento enquanto um valor, é matéria das mais arriscadas, tão vasto pode ser o seu conceito. O sofrimento é o que pode retirar do ser humano tudo o que ele tem de humano, mas ao mesmo tempo pode ser o que permite a um indivíduo se sentir humano.

“Como falar do conjunto dos sofrimentos que nos fazem tocar os limites do Humano, mas também nos fazem sentir vivos e...existir?”, questionou o psicanalista francês Rémy Puyuelo⁷⁰⁷.

Abordar-se-á na presente pesquisa o sofrimento enquanto esse limite entre o humano e o desumano, enquanto revelação do extremo de crueldade que um ser humano pode ser capaz de impor a outro ser humano e que ao direito incumbe a tarefa de por um lado impedir e de, por outro lado punir em caso de superveniência, em todos os lugares e sem exceções. É dele justamente que decorrem as proibições universais e absolutas, portanto.

O direito internacional penal chegou ao conteúdo do crime contra a humanidade e do crime de genocídio traduzindo-os como sendo essa expressão máxima da violação de direitos

tratamento desumano advém originariamente das Convenções de Genebra, que originariamente definiram os crimes de guerra, mas que igualmente serviram de base para a definição dos crimes contra a humanidade.

⁷⁰⁶ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic et Esad Landzo alias “zenga”**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. § 543. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁷⁰⁷ PUYUELO, Rémy. **Souffrances ... et Polyphonie**. In : AÏN, Joyce (org.). *Souffrances : quel sens aujourd'hui ?* Toulouse : Erès, 1992, p.11.

universais e absolutos, cuja configuração decorre do cometimento de atos materiais específicos conjugados com elementos intencionais, formando um quadro de ofensas que provocam, além da aniquilação da dignidade das vítimas, também a imposição de sofrimentos físicos e mentais insuportáveis.

Esse quadro faz pensar que, ao lado do valor dignidade, a norma proibitiva tem, paralelamente, a intenção de evitar o sofrimento humano, de modo a lhe conferir o status de um valor negativo subjacente.

São esses dois valores, um a promover, outro a proibir, a base principiológica reitora dos atos materiais que sempre contiveram exemplos de violação da dignidade humana e da imposição de sofrimento. Analisando-se toda a construção casuística que foi elaborada em torno do conceito de crime contra a humanidade e de crime de genocídio, todas as condutas ali descritas visam proteger direitos intangíveis que possuem como substrato uma concepção valorativa que visa em última análise conferir proteção à dignidade do ser humano e impedir a imposição de sofrimento.

Ao se decodificar, por exemplo, o crime contra a humanidade praticado mediante tortura ou ainda a proibição da tortura como norma universal e absoluta que tem sua fonte no direito internacional, o seu fundamento consiste na proteção de direitos dos ofendidos, especialmente o direito à incolumidade física e psíquica. Enquanto ato que tem inerente a vontade de humilhar a vítima e de desumanizá-la⁷⁰⁸, a proibição da tortura inspira-se em noções de dignidade a promover e sofrimento a impedir.

Essas conclusões se confirmam com a análise do transcurso do tempo. Ela permite concluir que o sofrimento humano se fez possivelmente sempre presente, podendo ser visto como um verdadeiro fio condutor da história da humanidade.

Basta pensar no lugar da onipresença das guerras na trajetória humana, na prática de crimes cruéis e na constante necessidade da imposição de penas aos transgressores das normas do poder constituído. A imposição do sofrimento de um ser humano sobre outro ser humano, por meios oficiais ou ilícitos, nunca desapareceu do transcurso da história e provavelmente sempre existirá⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ « Dans le cadre du crime contre l'humanité, la torture présente en outre, de façon inhérente, une volonté d'humiliation de la victime. La torture rejoint alors la finalité des politiques criminelles contre l'humanité. Elle se manifeste donc souvent dans ce contexte, en livrant la victime, tel un objet, aux 'fantaisies' du tortionnaire et surtout, en réduisant l'être humain, en le 'déshumanisant'. Ainsi, le criminel éloigne physiquement sa victime du monde des humains, et ce de façon définitive. En effet, un homme torturé n'oublie jamais ses souffrances. » JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité**. Paris : L. G. D. J, 2002, p. 52.

⁷⁰⁹ DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris : Félix Alcan, 1895.

A guerra sempre ocupou um grande espaço na história⁷¹⁰. As sociedades antigas viam na guerra a única forma de regular seus problemas relacionais com os outros povos, o que reflete o porquê de o direito da guerra ter sido objeto do pensamento jus filosófico durante tantos séculos⁷¹¹.

O sofrimento aparece também por meio da imposição das penas. A origem mesma do direito penal parece estar ligada à experiência do sofrimento humano. Foi pelo fato de os seres humanos tentarem em geral fugir da dor e do sofrimento que uma das formas de controle social se fez pela ameaça da imposição da pena – a inflicção de uma dor⁷¹². Parece ser pela mesma razão por que tanto a filosofia das luzes se ocupou em tentar humanizá-las.

A humanidade também nunca foi poupada da prática de crimes cruéis. O genocídio, figura jurídica criada no século XX, é uma invenção humana muito mais remota. Trata-se de crime que é ao mesmo tempo fenômeno histórico e global, assim como o são os crimes contra a humanidade.

A obra do professor Adam Jones⁷¹³, uma verdadeira arqueologia do genocídio, conta que desde a pré-história e a antiguidade, o genocídio era utilizado não somente para erradicar inimigos étnicos, mas também para explorar seus membros. O cerco romano e a destruição de Cartago teriam sido um dos primeiros genocídios da história⁷¹⁴. Após a morte de Cristo, seus seguidores foram objeto de perseguição até que o catolicismo fosse oficializado. As cruzadas religiosas produziram cenas de enormes sacrifícios humanos⁷¹⁵.

Adam Jones cita o genocídio do extremo leste causado pelo imperador Mongol Genghis Khan e percorre a linha do tempo referindo-se ao genocídio dos povos indígenas, o genocídio do reino zulu sob a campanha do líder ditador Shaka Zulu, os massacres “civilizatórios” da era das colonizações africanas e o imperialismo japonês⁷¹⁶.

O século XX se inicia com o já mencionado genocídio armênio e as perseguições orquestradas pelo império otomano, é palco do genocídio judeu durante a Segunda Guerra Mundial, conhece a perseguição política massiva de terror orquestrada pela polícia secreta

⁷¹⁰ BETTATI, Mario. **Droit humanitaire**. Paris : Dalloz, 2012, p. 11.

⁷¹¹ GAURIER, Dominique. **Histoire du droit international**. De l'antiquité à la création de l'ONU. Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2014, pp. 36-37.

⁷¹² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 217.

⁷¹³ JONES, Adam. **Genocide: A Comprehensive introduction**. Second édition. London and New York: Routledge, 2011.

⁷¹⁴ KIERNAN, Ben. **The first genocide: Carthage, 146 BC**, *Digenes* 203, 2004, pp. 27-39.

⁷¹⁵ BELL-FIALKOFF. **Ethnic cleansing**. New York: St. Martin's Griffin, 1999, p. 13.

⁷¹⁶ Vide decisão do Tribunal Internacional de Tóquio sobre a invasão da Manchúria e a tomada da cidade de Nanquim.

soviética e pelo genocídio político liderado por Stalin e seu descortinado Goulag⁷¹⁷. A China comunista de Mao fez milhões de mortes⁷¹⁸, o regime do Khmer Vermelho de Pol Pot impôs intenso sofrimento à população que vivia no Camboja nos anos 1970 e os massacres que tiveram curso na independência do Timor Leste não pouparam as populações civis do sofrimento⁷¹⁹. O século XX se encerrou com os crimes em massa praticados na ex-Iugoslávia e o genocídio ruandês e tampouco parece que o sofrimento humano esteja por chegar ao seu fim nesse início de século XXI.

Não somente a imposição do sofrimento aparece em toda a história, mas também as lutas da humanidade com vistas a evitá-lo. É assim que a prevenção da imposição do sofrimento pode ser vista também como um *leitmotiv*⁷²⁰, ou ainda que o princípio do tratamento humano é o próprio *leitmotiv* de muitas construções do direito internacional humanitário⁷²¹ naquilo em que tem por objeto principal reduzir a violência, vencer a morte inútil e, especialmente, atenuar o sofrimento humano⁷²².

Por isso igualmente, o direito internacional, assim como também o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal, passam a ter como um dos seus principais objetos a proteção do ser humano contra o sofrimento grave.

A partir de então, transparece que o valor não-sofrimento começa a ultrapassar o caráter do relativismo na medida em que algumas imposições deliberadas de suplício agudo superam os aspectos culturais e sua proibição em algum momento passou a atingir o *status* de interdição universal.

Perguntar-se-ia em que momento preciso a imposição do sofrimento humano teria passado do domínio de proibição relativa para a proibição universal. E isto em que circunstâncias e sob quais condições. Nessa busca pelo que se denomina valores intangíveis da humanidade, que poderia ser igualmente denominada como sendo um núcleo duro de valores

⁷¹⁷ SOLJENÍTSIN, Alexander. **L'archipel du Goulag**. Paris, Éditions du Seuil, 1973; THURTON, Robert W. **Life and Terror in Stalin's Russia: 1934-1941**. New Haven: Yale University Press, 1996.

⁷¹⁸ Setenta milhões de pessoas, segundo Jung Chang e Jon Halliday, *In*: CHANG, Jun; HALLIDAY, Jon. **Mao: A História desconhecida**. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 17.

⁷¹⁹ TAYLOR, John G. **East Timor: The price of freedom**. London: Zed Books, 2000, pp. 114-120.

⁷²⁰ DROEGE, Cordula. V. *In* Truth the leitmotiv: the prohibition of torture and other forms of illtreatment in international humanitarian law. **International Review of the Red Cross**, Vol. 89, N ° 867, September 2007, pp. 515-541.

⁷²¹ Jean Pictet definira o princípio do tratamento humano ou princípio do direito humano como sendo o fio condutor das Convenções de Genebra de direito internacional humanitário. Ele afirma: « On pourrait formuler comme suit le PRINCIPE DU DROIT HUMAIN : les exigences militaires et le maintien de l'ordre public resteront toujours compatibles avec le respect de la personne humaine ». *In* : PICTET, Jean. **Développement et principes du droit international humanitaire** : cours donné en juillet 1982 dans le cadre de la Session d'enseignement organisée par l'Institut international des droits de l'homme. Paris/ Genève, Pedone/ Institut Henry-Dunant, 1983, p. 76.

⁷²² *Ibidem*, p. 12.

comuns absolutos e universais, precisa-se antes de tudo buscar um fundamento moral para esta proibição. O valor possui *a priori* um fundamento moral, comportando diversos aspectos na sua relação com o direito, interessando para a pesquisa particularmente a moral social – aquela constituída de normas de conduta geralmente reconhecidas na sociedade e cujo respeito é exigido de cada um em vista da vida em sociedade e do bem comum⁷²³.

Tratando-se de um valor com vocação universal como a interdição do sofrimento, a moral social diz respeito a toda uma comunidade humana, porquanto não é somente esta ou aquela sociedade cujos membros desejam ser preservados de graves suplícios, mas a totalidade delas. É quando passa a entrar em cena a denominada *moral internacional*⁷²⁴, segundo a qual a sociedade internacional e seu direito seriam submetidos a regras morais tanto quanto outra coletividade, porquanto entre os Estados dotados de poder se manifesta o destino e a sobrevivência de toda a humanidade. Alguns valores morais seriam, portanto, universais, uma vez que decorrentes de preceitos superiores⁷²⁵.

Por tudo isso parece de um lado que o problema do sofrimento ganha o caráter da universalidade porque concerne o conjunto da humanidade. Quando um sofrimento se impõe injustamente e quanto esse sofrimento se impõe de forma grave a outrem, essa injustiça tem o condão de se impor a todos os seres humanos. É o se que denominou anteriormente sentido de reciprocidade de uma ofensa.

Além disso, a imposição de grave sofrimento diz respeito às proibições que fazem parte do núcleo de *jus cogens* ou as normas imperativas de direito internacional, que contêm proibições universais, posto que de alcance *erga omnes*.

Rememorando a construção jurisprudencial a esse respeito, elas remetem à elevação ao nível de proibições universais de práticas como a tortura, o estupro ou outras violências sexuais, o desaparecimento forçado, o extermínio e o homicídio, a expulsão e a deportação, o crime de apartheid, a escravidão e a privação ilegal de liberdade, a perseguição a um grupo ou a ofensa à integridade física ou mental de membros de um grupo, ou ainda a prática de outros tratamentos desumanos, que para são uma fórmula genérica capaz de resumir todos os demais atos. Todas essas proibições, além de se constituírem em graves ofensas à dignidade humana, contêm intrínseca a imposição de grave sofrimento.

⁷²³ KOLB, R. **Théorie du droit international**. 2a. édition. Bruxelles : Bruylant, 2013, pp. 733-734.

⁷²⁴ « (...) le droit des gens actuel est un minimum moral international ». KRAUS, Herbert. **La morale internationale**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 16. Boston : Martinus Nijhoff, 1927, p. 527.

⁷²⁵ « C'est une règle de conduite qui, tout en ne faisant pas partie du droit international, est généralement observée par les Etats civilisés et reconnue par eux comme indispensable pour la sauvegarde de leurs intérêts permanents et essentiels ». POLITIS, Nicolas. **La morale internationale**. Neuchâtel : Éditions de la Baconnière, 1943, p. 70.

Mas o reconhecimento da interdição do sofrimento como valor universal dependeria que esses atos materiais fossem praticados em comunhão com outros dois fatores. O primeiro deles seria a exigência de que o sofrimento seja imposto à vítima de maneira deliberada (*mens rea*), normalmente aliada a uma intenção do agente de humilhar a vítima. O segundo, que se trate de um sofrimento grave.

Será a noção de sofrimento grave que estará ligada ao conceito de tratamento desumano, fórmula geral que para nós abarca todos os atos materiais tanto dos crimes de genocídio quanto dos crimes contra a humanidade.

Pois a definição geral da expressão tratamento desumano remete à exigência de que a conduta do agressor contenha um mínimo de gravidade, condição que igualmente depende de um conjunto de circunstâncias, tais como a duração do tratamento imposto à vítima, as consequências geradas sobre o plano físico e moral, além das condições pessoais da vítima, tais como o sexo, a idade ou seu estado de saúde.

O direito internacional não foi indiferente a essa interdição do sofrimento, tendo passado a colocar o direito de não sofrer como fundamento da sua construção normativa. Pensa-se que essa interdição universal que o direito internacional conferiu à imposição de grave sofrimento humano se traduz pela fórmula geral outros tratamentos desumanos, que designa o fato de causar intencionalmente graves sofrimentos ou ofensas graves à integridade física e mental ou à saúde. Esses atos estendem-se igualmente à prática de todo e qualquer ato que possa ser contrário ao princípio fundamental do tratamento humano.

O valor negativo não-sofrimento se caracteriza igualmente como um catalisador tanto das normas proibitivas quanto das normas de proteção aos direitos humanos, paralelamente ao valor positivo dignidade.

Concebe-se por isso o sofrimento humano como uma espécie de fonte da ofensa à dignidade humana, como se ambos, valor negativo e valor positivo, fossem as duas faces da violação aos valores mais caros do indivíduo e, por conseguinte, da humanidade em seu conjunto. Por essa razão, a norma internacional que visa a proibição da prática de tratamentos desumanos os concebe como uma fórmula de interdição geral com vistas a evitar ao mesmo tempo a ofensa à dignidade e a imposição de graves sofrimentos.

Pensa-se que a proibição universal da prática de tratamentos desumanos tem sua fonte no direito internacional costumeiro, o qual lhe confere o caráter de *jus cogens*. Essa natureza se confirma pelo conteúdo das disposições de direito internacional humanitário, pelo teor das normas convencionais de direitos humanos e pelo direito internacional penal, assim como pelo exame da jurisprudência internacional, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a começar

pelos processos de Nuremberg e Tóquio, passando pelos Tribunais Penais Internacionais da ex-Iugoslávia e Ruanda, assim como pelas condenações por crimes contra a humanidade e genocídio implementadas pelas jurisdições nacionais e híbridas em aplicação da norma internacional.

Pensa-se igualmente que o tratamento desumano se transformou em uma proibição universal – desde as Convenções de Genebra de direito humanitário – em virtude do fato de o respeito à pessoa humana ter sido elevado ao valor mais importante no seio do direito internacional convencional. Por isso o respeito à dignidade da pessoa humana e a interdição do sofrimento humano são valores igualmente superiores.

Nesse sentido, todo o edifício do direito internacional relativo aos direitos humanos, assim como o foi a evolução do direito humanitário, repousa sobre esse princípio fundamental consistente na proteção do indivíduo contra os tratamentos desumanos⁷²⁶.

A fim de garantir a interdição aos tratamentos desumanos como princípio universal, entende-se que o não-sofrimento e a dignidade humana servem ambos como valores subjacentes à elaboração do direito internacional convencional e à evolução da jurisprudência, tanto em matéria de proteção dos direitos humanos quanto em matéria penal.

Como exemplo da concepção do não-sofrimento como catalisador da construção normativa pode-se analisar o artigo 2 da Convenção interamericana sobre a tortura, definindo-a como sendo o ato de infligir a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, a título de intimidação, castigo pessoal ou de pena, ou ainda para o fim de anular a pessoa da vítima para o fim de obter confissão ou por outra finalidade escusa.

Também a Declaração contra a tortura de 1975, inspiradora da Convenção internacional contra a tortura, dispõe que o termo designa todo ato pelo qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são deliberadamente infligidos a uma pessoa. A própria Convenção internacional contra a tortura de 1984 define-a como sendo o ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa⁷²⁷.

O direito internacional humanitário, por meio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, emprestou uma importante colaboração ao direito internacional penal no que pertine à interdição universal de grave sofrimento humano, propondo à Comissão preparatória para a

⁷²⁶ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Aleksovski**, Affaire n° IT-95-14/1 49. Décision rendue le 25 juin 1999. §54. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp14-f/aleksovski-f.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁷²⁷ Artigo 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 10 de dezembro de 1984.

Corte Penal Internacional os elementos gerais da definição do que seriam tratamentos desumanos enquanto proibição geral. Embora tenham sido destinados inicialmente à definição do crime de guerra, a definição comporta igualmente o ato material do crime contra a humanidade outros atos desumanos, o qual abrange todos os atos materiais tanto dos crimes contra a humanidade quanto do crime de genocídio, porquanto todos eles ferem os princípios mínimos de humanidade.

Nesse sentido, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha estimara que o elemento comum que define tratamento desumano seria a prática de ação ou omissão que cause graves sofrimentos físicos ou mentais à vítima ou que constitua uma ofensa grave à dignidade das pessoas⁷²⁸. Tal conceito confirma o que se afirmou a propósito da presença do grave sofrimento ou da ofensa à dignidade sempre como estando subjacentes à prática de um tratamento desumano. Pensa-se, nesse sentido, que o tratamento desumano seja igualmente o ato material genérico em que podem se enquadrar todos os atos materiais seja de genocídio, seja dos crimes contra a humanidade.

Por esses motivos, entende-se que a interdição do sofrimento se encontra no mesmo nível da proteção da dignidade humana, conclusão a que se chega de modo que o mesmo seja classificado como um valor negativo intangível. Essa conclusão parece se confirmar igualmente a partir da análise da jurisprudência internacional, tanto penal quanto de direitos humanos, reiterando a ideia de que ambos, dignidade e não-sofrimento, são dois valores que andam juntos quando se trata da proteção de um núcleo intangível de direitos humanos.

No já mencionado caso Delalic, quando a jurisprudência faz a relação entre tratamento desumano com ofensa à dignidade humana, ela coloca no mesmo patamar desta a proibição do sofrimento. Ao afirmar que um tratamento desumano é caracterizado pela ofensa grave à dignidade humana, a Câmara de Primeira Instância considera que essa caracterização deve se conjugar com a imposição de graves sofrimentos, mentais ou físicos, igualmente contrariando o princípio da humanidade⁷²⁹.

Uma outra forma de ver a questão pode ser a ofensa à dignidade como causa e o sofrimento como consequência. Esse entendimento emerge de decisão do juiz penal no julgamento do caso Aleksovski pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, a partir da afirmação de que no conjunto de tratamentos desumanos, as ofensas à dignidade das pessoas se

⁷²⁸ PCNICC/1999/WGEC/INF.1, 19 février 1999.

⁷²⁹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic et Esad Landzo alias “zenga”**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. § 543. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

constituem em uma categoria de atos particularmente abomináveis que ocasionam os sofrimentos mais graves dentre os atos proibidos⁷³⁰.

Essas proibições de atos que se constituem em uma ofensa à dignidade das pessoas contribuiriam, na lógica dessa decisão, ao respeito de um valor importante, não se podendo conceber em realidade um valor mais importante do que o respeito à pessoa humana. Seria sobre esse princípio fundamental que repousaria todo o edifício do direito internacional e de toda a evolução do direito internacional humanitário por ele impulsionada. A proteção do indivíduo contra os tratamentos desumanos está, aliás, estampada como princípio de base contido no artigo 5º da Declaração universal dos direitos humanos, assim como em outros instrumentos regionais e internacionais⁷³¹.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia confirma esse entendimento quando julga o caso Kvočka, retomando a ideia de grave sofrimento humano como princípio subjacente do crime contra a humanidade sob a forma da imposição de tratamento desumano. A Câmara de Primeira Instância refere-se aos maus tratos infligidos aos detentos dos campos e às condições desumanas que lá prevaleciam, mencionando que os responsáveis pelos detidos jamais se ocuparam em atenuar os sofrimentos das vítimas, mas que, ao contrário, perseguiram os detidos de forma a os fazerem sofrer sem cessar. Esses sofrimentos físicos incessantes ligados às condições desumanas de detenção foram inclusive a causa da morte de muitas das vítimas⁷³².

Em outras oportunidades o juiz penal internacional reconheceu igualmente que a imposição de sofrimento humano se encontraria como requisito inerente à prática de desumanidades. No caso Blaskic, a Câmara de Primeira Instância do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia concluiu que a categoria de tratamentos desumanos compreendia não somente a tortura, mas também o fato de causar intencionalmente grandes sofrimentos. Esses grandes sofrimentos se traduzem em ofensas graves à integridade física ou mental ou à saúde e estendem-se a todos os atos contrários ao princípio fundamental do

⁷³⁰ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Aleksovski**, Affaire n° IT-95-14/1 49. Décision rendue le 25 juin 1999. §54. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp14-f/aleksovski-f.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁷³¹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Aleksovski**, Affaire n° IT-95-14/1 49. Décision rendue le 25 juin 1999. §54. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp14-f/aleksovski-f.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁷³² NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Miroslav Kvočka**. Jugement du 2 novembre 2001, §116. Disponível em : <<http://www.icty.org/fr/case/kvočka/4>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

tratamento humano⁷³³. O sofrimento aparece, assim, como inerente à prática de uma grave ofensa ao indivíduo, bem como à sua família – ganhando igualmente o caráter de ofensa à humanidade quando a sua amplitude e a gravidade da ofensa extravasam a vítima direta quando presentes os requisitos já mencionados de ligação entre ambos.

O alcance aos familiares das vítimas pela imposição de sofrimento aos ofendidos diretos soa ser matéria incontroversa na jurisprudência internacional. O caso Ibsen Cardenas julgado pela Corte Interamericana bem explorou esse aspecto de que a crueldade das violações, traduzida em imposição de graves sofrimentos, tem o condão de atingir os entes próximos dos ofendidos diretos, transferindo-os igualmente a condição de vítimas.

Particularmente em casos de desaparecimentos forçados, entendeu a Corte que a violação ao direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima são causas de um severo sofrimento. A Corte inclusive criou uma jurisprudência de presunção *juris tantum* de dano aos familiares das vítimas diretas de certas violações de direitos humanos, entendendo que privá-los da verdade constitui-se por si só em um tratamento cruel e desumano e que a ausência de recursos efetivos se traduz em imposição de sofrimento⁷³⁴.

A relação entre a violação ao direito à integridade pessoal atinente aos familiares das vítimas e as afetações físicas e morais por padecerem de sofrimento é igualmente abordada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Manuel Cepeda Vargas. A Corte considerou que a violação ao direito à vida da vítima direta causou um sofrimento adicional aos seus familiares em virtude das atuações e omissões cometidas pelas autoridades estatais na consumação dos fatos⁷³⁵.

A imposição de sofrimento a um indivíduo não tem o condão apenas de se estender aos seus familiares. Em razão de uma série de circunstâncias que se combinam, a ofensa à dignidade humana e a submissão do indivíduo ao sofrimento são passíveis de ofender a humanidade em seu conjunto. É o que se denominou precedentemente criação de um sentimento de reciprocidade entre as vítimas diretas e os demais membros da comunidade internacional.

No julgamento de Goran Jelisić pelo TPII essa característica da ofensa ficara bastante evidenciada quando a Câmara de Primeira Instância sublinhou o caráter revoltante, bestial e

⁷³³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Tihomir Blaskic**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 3 mars 2000. §§154-155. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁷³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ibsen Cárdenas E Ibsen Peña vs. Bolivia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 1 de septiembre de 2010. §§ 126-130. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁷³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de mayo de 2010, §13. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf>.

sádico do comportamento do acusado, por ter cometido a sangue-frio as mortes e os maus-tratos, revelando seu desprezo profundo pela humanidade e pelo direito à vida. O fato de praticar seus crimes com entusiasmo, revelando um sentimento de poder por impor sua vontade sobre vítimas sem defesa e ter sobre elas um poder de vida e de morte, criara um impacto do comportamento do acusado que o projetara muito além dos sofrimentos físicos e psíquicos consideráveis infligidos às vítimas diretas e seus próximos⁷³⁶. O grau de atrocidade dos crimes, revelado pela gravidade do sofrimento, parece assim ser o elo que conecta os ofendidos diretos ao restante da humanidade.

Entende-se, nesse sentido, que a dignidade como valor positivo e o sofrimento como valor negativo aparecem em uma mesma escala valorativa na jurisprudência internacional de direitos humanos, demonstrada pela relação que frequentemente fazem os julgadores entre um e outro.

Esse encadeamento entre dignidade e sofrimento é feita, por exemplo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos no já citado caso *Kudla contra Polônia*, no aspecto em que o juiz europeu, além de referir-se às ofensas contra a dignidade humana, faz igualmente referência à prática de grave ofensa mediante a imposição de sofrimento.

Referindo-se ao artigo 3 da Convenção europeia de direitos humanos, entendeu a CEDH que sua violação decorreu de uma submissão do indivíduo a um nível de sofrimento a uma intensidade excedente às exigências normais da prisão, fazendo com que a saúde do prisioneiro fosse afetada de maneira a tornar essa violação incompatível com a responsabilidade do Estado⁷³⁷.

O grau de sofrimento imposto à vítima não é indiferente à definição do não-sofrimento enquanto valor negativo universal e absoluto por essa jurisprudência. Ele emerge como o critério decisivo para que a imposição do sofrimento se eleve a esse nível de proibição. É ainda o critério de gravidade que parece repousar sobre a própria noção dos crimes contra a humanidade e dos crimes de genocídio, o mesmo critério que faz com que essas violações liguem as vítimas diretas ao conjunto da comunidade humana.

Como critério do grau de sofrimento a fim de que ele possa ser elevado à proibição universal, a jurisprudência buscou traçar alguns parâmetros que igualmente aproximam a noção de sofrimento com a noção geral de grave ofensa à humanidade – enquanto ofensa grave e

⁷³⁶ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Goran Jelisić**. La Chambre de Première Instance. Décision rendue le 14 décembre 1999. §§ 130-132. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/jelisc/tjug/fr/jel-tj991214f.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁷³⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Kudla c. Pologne**. Requête n. 30210/96. Arrêt, Strasbourg, 26 octobre 2000, § 94. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-63471\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 9 mai. 2017.

deliberada a um indivíduo capaz de extravasar a vítima individual e criar uma vítima coletiva. Esse parâmetro traçado pela jurisprudência faz concluir que o sentimento de reciprocidade que liga ambas advêm da noção de que, de modo geral, não se admite que se possa infligir a um ser humano um grau de sofrimento além do normalmente suportável pelo *homo medius*. Tanto assim o é que não se faz necessário que o sofrimento físico e mental atinja um grau extremo para que seja considerado tratamento desumano. Ao contrário, a imposição de sofrimento, desde que deliberada e grave, no sentido de se impor como algo cruel e penoso a quem a sofre, atinge por isso o grau de proibição que não admite condicionamentos.

Esta posição da jurisprudência se tornou pacificada a partir do julgamento do caso República da Irlanda contra Reino Unido. Tratou-se do primeiro litígio entre Estados julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, versando sobre práticas de maus tratos do governo britânico contra supostos terroristas irlandeses.

A decisão fez com que a demanda se tornasse um *leading case* em matéria de mensuração do grau de sofrimento da vítima. Segundo a Corte, o sofrimento físico ou mental não deve ser extremo para que um caso de maus tratos se configure em tortura ou tratamento desumano ou cruel, no sentido disposto pelo artigo 3 da Convenção europeia de direitos humanos. A Corte reconheceu que a tortura permite graus de sofrimento, a depender dos métodos adotados para o infligir, não sendo necessário, no entanto, que a vítima seja submetida ao mais alto grau de padecimento⁷³⁸.

Os órgãos de monitoramento das Nações Unidas em matéria de direitos humanos avançaram ainda mais no que tange à enumeração do sofrimento grave, exemplificando-os a partir de um nivelamento casuístico.

O relator especial da Comissão de direitos humanos da ONU encarregado de examinar questões relativas à prática de tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes elaborou uma lista de atos que são considerados suficientemente graves para serem considerados uma proibição universal por caracterizarem atos de tortura⁷³⁹. O rol abrange a prática de mutilações de partes do corpo, sevícias, violências sexuais, privação de sono, de alimentos, de cuidados médicos e de higiene durante longo período, bem como o fato de ameaçar alguém de o torturar, de o estuprar ou de o matar, assim como a um de seus próximos.

⁷³⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire République d'Irlande c. Royaume Uni**. Série A, n. 25. Requête n. 5310/71. Décision du 18 janvier 1978, p. 65. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62064>>.

⁷³⁹ NATIONS UNIES. Assemblée générale. Note du Secrétaire général transmettant le rapport d'activité du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la question de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. A/56/156, 3 juillet 2001. Disponível em: <<http://www.un.org/french/documents/ga/docs/56/ainf561f.pdf>>.

Esse rol é ampliado pelo Comitê de direitos humanos das Nações Unidas em diversas ocasiões, acrescentando-se atos de imposição de sofrimento a vítimas, tais como queimaduras com cigarros, pressões físicas e psicológicas causadoras de danos cerebrais, fraturas, lesões corporais, queimaduras e cicatrizes⁷⁴⁰, assim como descargas elétricas em zonas genitais, simulações de execuções⁷⁴¹ ou o fato de imergir repetidamente uma pessoa em uma mistura de sangue, urina, vômito e excrementos – o denominado suplício do submarino – e o fato de obrigar alguém a restar em pé por longo tempo⁷⁴².

A jurisprudência penal vem a confirmar essas posições anteriores. No recém citado caso Kvocka, em matéria de gradação do nível de sofrimento, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia reconheceu a inexistência de um limiar preciso para determinar a partir de quando o grau de sofrimento atinge o nível da proibição universal da tortura. O Tribunal se refere principalmente ao critério da gravidade objetiva dos maus tratos infligidos à vítima, assim como também a alguns critérios subjetivos, tais como as consequências físicas e psicológicas experimentadas pela vítima submetida ao tratamento desumano⁷⁴³.

No julgamento Akayesu pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda, a prática de estupro fora traduzida pela Câmara de Primeira Instância como o cometimento de atos de tortura contra as vítimas e, como tal, sinônimo de tratamento cruel ou desumano. Essa interpretação é decorrente das circunstâncias do estupro, praticado com fins de intimidação, degradação, humilhação, discriminação e destruição de uma pessoa, o que em outras palavras significa impôr-lhe sofrimento no limite da capacidade humana⁷⁴⁴.

Essas decisões bem marcam um posicionamento da jurisprudência internacional no sentido da preservação do ser humano contra a sua submissão a tratamentos desumanos deliberados que lhe provoquem graves e cruéis sofrimentos em estreita conexão com o

⁷⁴⁰ NATIONS UNIES. Comité des droits de l'homme. **Affaire Domukovsky et consorts c/ Géorgie**. Communications n° 623, 624, 626 et 627/95

⁷⁴¹ NATIONS UNIES. Comité des droits de l'homme. *Muteba c/ Zaïre* (124/1982); *Miango Muiyo c/ Zaïre* (194/1985) ; *Kanana c/ Zaïre* (366/1989).

⁷⁴² NATIONS UNIES. Comité des droits de l'homme. *Alberto Grille Motta v. Uruguay* (Communication n° 11/1977 – U.N. Doc. CCPR/C/10/D/11/1977), *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay* (Communication n° 52/1979 - U.N. Doc. CCPR/C/OP/1/88/1984), *Violeta Seletich, Raul Sendic Antonaccio c. Uruguay* (Communication n° 63/1979 - U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 101/1985), *Miguel Angel Estrella c. Uruguay* (Communication n° 74/1980 – U.N. Doc. CCPR/C/18/D/74/1980), *Lucía Arzuaga Gilboa c. Uruguay* (Communication n° 147/1983 - U.N. Doc. CCPR/C/OP/2/176), *Cariboni c. Uruguay* (159/1983 - U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 189/1990), *Herrera Rubio c/ Colombie* (161/1983 – U.N. Doc. CCPR/C/31/D/161/1983).

⁷⁴³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Miroslav Kvocka**. Jugement du 2 novembre 2001. §143. Disponível em : <<http://www.icty.org/fr/case/kvocka/4>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁷⁴⁴ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. § 597. Disponível em : <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

aniquilamento de sua dignidade. Essas decisões, dito de outra forma, apreendendo o sofrimento humano em um nível de jurisdição internacional, parecem reconhecer igualmente a universalidade desse sofrimento.

Rememorando o pensamento de Nietzsche e de Foucault, é nesse sentido que Mireille Delmas-Marty relembra o lugar da violência no aparecimento das comunidades de valores. A violência, enquanto destruidora de valores, seria também sua fundadora. É a partir de sua violação que os valores se constroem⁷⁴⁵. Por isso entende-se que é a partir do sofrimento humano que emerge o valor universal não-sofrimento. Entende-se igualmente na presente pesquisa que é em busca da preservação da dignidade e do não-sofrimento que o direito internacional irá criar um sistema com vistas à preservação desses dois valores válidos, a nosso ver, universalmente e sem qualquer restrição.

⁷⁴⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (IV)**. Vers une communauté de valeurs? Paris: Seuil, 2011, p. 36.

TÍTULO II – A HUMANIDADE E A SALVAGUARDA DE SEU VALORES

*« Les présages qui peu à peu se manifestent
semblent annoncer qu'un ordre nouveau dans
les relations humaines se dessine à
l'horizon »⁷⁴⁶.*

Para que esses que se entendem como os valores universais da humanidade – a dignidade humana enquanto valor positivo a promover e o sofrimento humano enquanto valor negativo a proibir – possam ser efetivamente protegidos, é necessária a concepção de uma ordem jurídica que seja capaz de realizar a sua salvaguarda por meio da garantia daqueles que se entendem também por direitos universais.

A fim de que essa proteção possa ser efetiva – missão que incumbe em um primeiro momento ao direito internacional, enquanto direito *a priori* não sujeito aos relativismos nacionais – o direito internacional deve estabelecer uma relação de verticalidade em relação aos direitos dos Estados, impondo a sua observância quando a legislação doméstica for omissa ou mesmo contrária à salvaguarda de um bem maior que é a proteção da humanidade em seu conjunto, o que se legitima por se localizar acima do interesse deste ou daquele Estado.

É nesse aspecto que se encontra o ponto mais delicado da proteção dos valores universais da humanidade, porquanto a herança do direito internacional clássico ancorado no ideal de soberania do Estado ainda impede pensar um direito internacional que não encontre barreiras à sua aplicação e que ainda é dependente da concepção adotada no que se refere às relações entre o direito internacional e o direito nacional.

No pensamento jurídico moderno, existem três maneiras diversas de se abordar as relações entre o direito nacional e o direito internacional. A primeira delas, de ordem dualista, considera a existência de dois sistemas independentes, internacional e interno; as demais, de ordem monista, partindo do princípio de que existe apenas uma ordem jurídica, possuem duas formas diferentes de relacionar os sistemas de direito quanto à sua proeminência, uma pugnando pela primazia do direito interno e outra pela primazia do direito internacional⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ WALSH, Edmund A. **Les principes fondamentaux de la vie internationale**. Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye. Vol. 053. Boston : Martinus Nijhoff, 1935, p. 112.

⁷⁴⁷ KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927, p. 275.

Adotar-se o sistema dualista significa abstrair o direito nacional positivo de toda influência externa e conceber o direito internacional seja como um conjunto de regras de natureza puramente moral, sem qualquer força coercitiva, portanto, seja como um direito positivado unicamente para reger fatos que tenham lugar fora do território do Estado, o que significa reger exclusivamente as relações dos Estados entre si, sem qualquer influência sobre a conduta dos indivíduos, em um retorno à antiga concepção de direito internacional como *Law of Nations*, que coloca a soberania do Estado como a pedra angular de toda a construção jurídica.

Entender nesse sentido seria inclusive afirmar que os indivíduos não são sujeitos de direito internacional e que, portanto, não possuem direitos nem obrigações dele derivados, desconhecendo todos os progressos que fizeram o direito humanitário, o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal a partir de meados do século XIX, ainda sem mencionar o direito internacional dos refugiados. Seria, também, entender que direito nacional e direito internacional possuem objetos completamente diversos.

Concebe-se esta como uma visão extremamente arcaica que desconhece também as mudanças sociais operadas especialmente a partir do século XX e que transformaram o mundo em um todo que não pode mais ser concebido sem as interações, como se os Estados fossem mônadas leibnizianas em que as pessoas somente se relacionam com seus compatriotas⁷⁴⁸.

No que se refere à concepção monista, as relações entre o direito interno e o direito internacional podem ser vistas em princípio do ponto de vista da supremacia do primeiro, teoria segundo a qual o direito internacional somente teria validade interna por vontade do próprio Estado. Essa visão nega qualquer possibilidade de o direito internacional criar obrigações para os Estados e para os indivíduos e adota a teoria da autolimitação do Estado, entendendo-se que este somente pode ser obrigado por sua própria vontade, a partir de sua ordem jurídica interna. Trata-se de concepção arraigada ao dogma absoluto da soberania, que desconsidera a existência de valores superiores aos interesses do Estado e que concebe uma visão puramente voluntarista e contratual do direito internacional.

⁷⁴⁸ Criticando duramente a doutrina dualista, que renuncia ao progresso da humanidade, Hans Kelsen assim afirma: « *Ce point de vue est celui de l'homme primitif, qui se refuse, malgré qu'ils en aient, à voir dans les groupes sociaux autres que le sien, autres que l'État auquel il appartient personnellement, de véritables États, de véritables communautés juridiques. Pour l'homme primitif, le monde du droit et de l'État finit aux confins de sa propre patrie. Pour lui, ces « États » étrangers ne sont pas semblables à son État national; leur ordre n'est pas de même nature que son ordre juridique national. Ce sont des hordes de barbares, des troupes d'êtres humains, dont ils ne veulent pas assimiler les relations mutuelles à celles des membres de son propre groupe* ». KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927, p. 278.

No curso proferido na Academia de Direito Internacional de Haia, em 1927, Hans Kelsen debruçou-se sobre essa relação entre direito interno e direito internacional, pugnando pela impossibilidade de existência prática de uma teoria dualista, bem como de inconsistência da teoria monista que prima pela supremacia do direito interno sobre o direito internacional⁷⁴⁹. Embora não se adote o positivismo de Kelsen por entender que a construção do direito, e sobretudo do direito internacional, é impregnada de elementos morais, como demonstram os valores subjacentes à proteção dos direitos, toma-se partido de suas lições no que se refere à sua visão unitária do direito.

A teoria do contrato social aplicada aos Estados na sua relação com o direito internacional, que colocaria aqueles em posição de supremacia em relação a este – no sentido de que o Estado apenas aplica o direito internacional por obra de sua vontade, não resiste a uma análise mais detalhada. Isto porque mesmo o princípio *pacta sunt servanda*, em sua aplicação à teoria dos contratos, reconhece a autonomia do direito civil, garantidora da imperatividade do próprio princípio. Sendo assim, mesmo que fosse aplicado o princípio *pacta sunt servanda* aos tratados internacionais de forma absoluta, este seria um reconhecimento da autonomia do direito internacional.

Kelsen fundamenta ainda a supremacia do direito internacional no princípio da igualdade dos Estados soberanos, princípio este que implica a existência da hipótese de existência, acima dessas comunidades de Estados, de uma ordem jurídica que delimite seu domínio respectivo de validade, proibindo-lhes toda espécie de intervenção sobre outros Estados, que não reconheça a nenhum deles qualquer superioridade e que ainda os agrupe em uma única sociedade jurídica, atributo de onde advém a dimensão universal do direito internacional⁷⁵⁰. Assim, a começar pelo fato de que os Estados soberanos são iguais em hierarquia jurídica e que esta igualdade é imposta pelo direito internacional, este já teria supremacia sobre o direito interno. Esta supremacia se torna ainda mais evidente por ocasião do surgimento de um novo Estado, que somente ingressa na comunidade internacional a partir do reconhecimento que lhe outorga o direito internacional.

Para Kelsen, assim como no direito interno o nascimento de uma ordem jurídica, que ele denomina ordem jurídica parcial, deve respeitar regras de direito de hierarquia superior, como a Constituição, a qual determina o método de criação de outras normas gerais ou

⁷⁴⁹ KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927.

⁷⁵⁰ KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927, p. 299.

individuais, fixando as condições de validade dessa ordem parcial, também o nascimento da ordem jurídica de um Estado por meio de sua principal fonte – a Constituição – deve respeitar o quadro de um sistema jurídico mais amplo, decorrente da existência de uma ordem jurídica que lhe é superior – a comunidade internacional⁷⁵¹, asseverando que essa ordem jurídica internacional constitui-se em uma *civitas máxima*⁷⁵². Desde o início do século XX, ainda que não com essas palavras, Kelsen já propunha um sistema de controle de convencionalidade, com vistas a preservar a unidade e a coerência de um sistema jurídico mundial.

Essa primazia do direito internacional, decorrente de uma concepção unitária do direito, contribui, portanto, para a construção de um edifício jurídico⁷⁵³ mundial fundado em princípios fundamentais inderrogáveis que superam a existência de ordens jurídicas erigidas em desconhecimento a esses princípios.

Nesse sentido, Kelsen traz à tona ainda a lição de Hugo Grócio, no aspecto em que faz a divisão entre direito internacional voluntário e direito internacional natural, este último distinguindo-se por possuir validade que independe do reconhecimento dos Estados a que, ainda assim, impõe obrigações e afirmando que a esse direito internacional natural não se poderia recusar conhecer sem que o resultado fosse a espoliação da humanidade inteira⁷⁵⁴.

Para incluir elementos valorativos à teoria monista, entende-se mais uma vez necessário recorrer à doutrina de Alfred Verdross, que reclama um monismo de primazia do direito internacional em razão da existência inegável de obrigações internacionais dos Estados, que subsistem mesmo diante da modificação de sua estrutura interna, a supor que existe pelo menos uma norma que se subtrai à vontade do Estado e que não é por ele criada, que é justamente a norma do *pacta sunt servanda*, à qual o Estado continua a ser ligado por suas obrigações internacionais mesmo que sua Constituição mude.

⁷⁵¹ KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927, p. 310.

⁷⁵² « *L'ordre juridique international est en effet, selon un qualificatif qu'on lui a autrefois occasionnellement appliqué, une civitas maxima* ». KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927, p. 319.

⁷⁵³ « *La primauté du droit international est d'une importance fondamentale pour l'édifice juridique. Car elle est capable de surmonter la pluralité des ordres juridiques, en fournissant une conception unitaire du droit* ». VERDROSS, A. **Le fondement du droit international**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XVI, La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1928, p. 288.

⁷⁵⁴ « *Mais on déclarait bientôt cette reconnaissance nécessaire, rationnellement obligatoire, — l'homme ne pouvant la refuser sans dépouiller toute humanité* ». KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927, p. 303.

Mas Verdross se recusa a admitir que uma norma de natureza hipotética, tal como entendia Kelsen, seja a última palavra da explicação da supremacia do direito internacional e, assim, vai mais longe, partindo para a análise do direito costumeiro. Ele afirma que a norma *pacta sunt servanda* é uma simples regra jurídica que se incorpora ao direito positivo, mas que tem por trás uma norma de natureza ética, com um valor que lhe alça à universalidade. Verdross ultrapassa, assim, o positivismo jurídico e reclama uma filosofia de valores que concilia a existência de determinados valores absolutos em que cada sistema moral (os direitos domésticos) apreende uma parte dos valores morais dos demais sistemas, formando uma ideia superior, sendo desse modo que o direito positivo exprime os valores. O direito positivo seria um valor relativo que varia de acordo com o desenvolvimento da civilização, mas que teria por fundamento um valor absoluto ligado à ideia de justiça⁷⁵⁵.

Verdross fala na existência de uma moral universal, base da teoria unitária do direito internacional, não o compreendendo senão a partir de uma perspectiva igualmente universal: apoiando-se sobre o direito natural, ou sobre o conjunto de princípios de ordem social apreensíveis pela razão, que correspondem à dignidade humana e são necessários à vida em sociedade, Verdross afirma que diante da necessidade dos homens de viver em sociedade foi necessária a criação de normas regendo as relações no âmbito dessas sociedade (cuja fonte suprema emana do próprio grupo), daí porque a criação do direito internacional no âmbito da sociedade internacional, primeiro pelos usos e depois pelo direito positivo, também emanado da ideia do grupo.

As prescrições jurídicas decorrem da consciência jurídica e do sentimento jurídico que apresentam uma nuance de acordo com a espécie de grupo (local, nacional, regional ou mundial) e sobre essa base se desenvolve o direito positivo. Por isso, os princípios gerais do direito internacional são a expressão da consciência jurídica e do sentimento jurídico da sociedade internacional e não de um Estado específico, motivo porque o direito internacional mergulha suas raízes na natureza mesma da sociedade internacional, que se manifesta na consciência jurídica de seus membros⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ VERDROSS, A. **Le fondement du droit international**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XVI, La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1928, p. 287; TRUYOL Y SERRA, Antonio. Verdross et la théorie du droit. **European Journal of International Law**. Vol. 6, 1995, p. 64.

⁷⁵⁶ « Dans le droit des gens, il y a par conséquent la même différence entre le législateur et les sujets que dans une société extrêmement démocratique. Car le point caractéristique d'une telle organisation consiste en ce que tous les membres contribuent à la formation de la volonté générale à laquelle les particuliers sont soumis. De même les États membres de la communauté internationale sont subordonnés aux règles de cette société créées par la volonté générale. Il n'y a donc qu'à se décider pour la primauté du droit des gens ». VERDROSS, A. **Le fondement du droit international**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XVI, La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1928, p. 251-261. *Ibidem*, p. 288.

Isto explica porque o direito internacional não deve depender da vontade individual dos Estados, mas da vontade e da consciência da sociedade que ele rege, em que os Estados são apenas instrumentos de sua positivação. Entende-se que esse direito internacional natural nada mais seria do que o reconhecimento por todas as comunidades humanas de regras mínimas a serem respeitadas pelos Estados e pelos indivíduos, sem exceção, e que atualmente se encontram em sua maioria positivadas por tratados de direito internacional de direitos humanos e de direito internacional penal, porquanto são os instrumentos que por sua natureza possuem por objeto a proteção de valores superiores da humanidade.

Assim, o fundamento da primazia do direito internacional sobre o direito interno que concebe aquele como fonte de obrigações tanto para os Estados quanto para os indivíduos reside atualmente muito mais na existência de uma unidade na consciência jurídica mundial acerca da necessidade de proteção de determinados valores que retiram do Estado o monopólio da produção do direito do que puramente por uma questão de ordem positivista de hierarquia das normas.

Apesar da resistência de muitos Estados, essa supremacia do direito internacional começa a se fazer sentir na prática a partir do nascimento do direito internacional penal, com a entrada em cena do Estatuto do Tribunal de Nuremberg que portou, pela primeira vez, a aplicação direta de uma norma cuja fonte não emanou de um Estado nacional, trazendo assim uma mudança da concepção até então vigente no sentido de que o Estado era a única fonte de direito.

Prolongamento de uma longa construção do direito internacional costumeiro, que desenvolveu a noção acerca da necessidade de proteção de *core values* de forma diversa daquela regida pelo princípio da soberania do Estado-Nação, esse novo paradigma se tornou evidência com o surgimento de uma verdadeira ordem jurídica internacional de proteção desses valores. Foi essa nova ordem que permitiu extrair, ainda que inicialmente de forma precária, a existência e o conteúdo desses valores universais enquanto objeto de proteção do direito internacional, com a finalidade precípua de garantir os direitos mais fundamentais das pessoas, tanto na sua aceção individual quanto na sua aceção coletiva, enquanto componentes da comunidade internacional.

A questão que se coloca da supremacia do direito internacional frente ao direito nacional é menos tortuosa quando se trata de tratados internacionais assinados e internalizados pelos Estados. Nesse caso, a força obrigatória do direito internacional é de relativo consenso,

por decorrência do que dispõe a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, especialmente em seus artigos 26, 27 e 46⁷⁵⁷.

Mas as normas de direito internacional nascidas do direito consuetudinário internacional que possuem o atributo de *jus cogens* com aplicação *erga omnes* podem ser impostas aos Estados sem que tenham firmado ou internalizado o seu conteúdo expresso em tratados internacionais, porquanto o costume internacional, antes mesmo de se positivarem em um tratado e independentemente da manifestação de vontade dos Estados, possui no seu âmago um consentimento universal tácito. Foi essa uma das principais construções jurisprudenciais feitas pelas Cortes Penais Internacionais. Essas construções sedimentam o entendimento segundo o qual o caráter criminoso de toda infração de natureza internacional, especialmente em se tratando de crime contra a humanidade e de crime de genocídio, se extrai do costume internacional e não apenas do direito convencional.

Pugnar pela produção de efeitos dos direitos e obrigações criados pelo direito internacional no âmbito doméstico somente nas hipóteses em que os tratados internacionais sejam internalizados pelos Estados significaria, portanto, negar a própria existência do direito internacional e afirmar que a única fonte do direito é o Estado nacional. Estar-se-ia adotando nesse aspecto o paradigma da soberania e da autoridade suprema do Estado sem qualquer exceção na medida em que se exigiria a anuência deste para a “entrada em vigor” do direito internacional no interior de suas fronteiras⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969: Artigo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. Artigo 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em se obrigar por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Viena, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁷⁵⁸ Referindo-se ao absurdo da exigência da internalização do direito internacional, afirma Kelsen que a consequência de sua adoção é « *l'anéantissement complet du droit international. Elle n'est au fond qu'un corollaire du dogme de la souveraineté de l'État. Sous l'apparence d'une théorie du droit international, elle en est la négation. Et c'est également ce dogme de la souveraineté qui, au fond, se cache derrière la construction dualiste du droit international. On n'ose pas, il est vrai, nier directement et sans façon le droit international ; on le laisse subsister. Mais on s'aperçoit — en examinant les choses de plus près que la situation qu'on lui fait lui enlève toute prise sur l'État. Maintenir l'autorité suprême de l'État, ne reconnaître aucune puissance, aucun ordre qui lui soit supérieur, c'est-à-dire défendre le dogme de sa souveraineté, telle est, par suite de considérations purement et exclusivement politiques, la tendance qui domine la théorie dualiste* ». KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye : Académie de droit international de la Haye, 1927, p. 288.

Ao contrário, pensa-se que o direito internacional, quando exerce a função de proteção de valores universais e absolutos, não se constitui pura e simplesmente em um conjunto de tratados e normas, mas antes a expressão dos interesses de toda a comunidade internacional⁷⁵⁹ que, por isso, não se submete à discricionariedade dos Estados.

É no exercício dessa função de proteção que a supremacia do direito internacional se manifesta, refletindo-se na criação de uma relação coercitiva, mediante a imposição de obrigações tanto aos Estados quanto aos indivíduos.

No entanto, por mais lógica que tal construção possa parecer, o fato é que essa não é a prática dos Estados no cenário nacional. Como afirma Monique Chemillier-Gendreau, o direito internacional ainda necessita procedimentos de internalização do direito internacional no direito interno e as regras internacionais, sejam elas acordadas pelos Estados, sejam nascidas dos costumes ou da tomada de decisões das organizações internacionais, somente operam seus efeitos sobre os comportamentos individuais se penetram o direito interno dos Estados transitando por suas próprias fontes⁷⁶⁰.

De todo modo, as obrigações impostas aos Estados e aos indivíduos, quando efetivadas, são a manifestação concreta dessa supremacia do direito internacional naquilo em que intenta proteger os valores universais e absolutos da humanidade e a fim de dar cumprimento a essa proteção pensa-se que esse caráter voluntarista ainda presente no direito internacional, dependente da vontade dos Estados, deve ceder espaço a um direito internacional redimensionado em diferentes graus a depender dos objetos contidos nas suas normas protetivas.

⁷⁵⁹ Como afirmou Henri-L Stimson: “*International law is not a body of authoritative codes and statutes; it is the gradual expression, case by case, of moral judgements of the civilized world.*” STIMSON, Henri-L. The Nuremberg Trial: Landmark in Law. **Foreign Affairs**, vol. XXV, n. 2, January 1947, p. 180.

⁷⁶⁰ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. **Droit international et démocratie mondiale** : Les raisons d’un échec. Paris : Éditions textuel, 2002, p. 37.

7. O DIREITO INTERNACIONAL E A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES AOS ESTADOS

Considerando o conteúdo do direito internacional convencional que foi sendo forjado ao longo do tempo pelo substrato do direito internacional costumeiro, vale dizer, naquilo que este impulsionou a criação sobretudo de convenções internacionais de direitos humanos e convenções internacionais que portam conteúdo de direito penal, especialmente em matéria de crimes contra a humanidade e de genocídio, cuja aplicação e validade não encontram limite espacial, o direito internacional é composto de um corpo de normas cuja observância no seio dos Estados deve ser imperativa.

Em matérias que tocam direitos fundamentais essenciais a todas as comunidades humanas e que por isso entram para o rol das regras de *jus cogens*, não deve caber aos Estados nacionais invocar a possibilidade de seu descumprimento ou mesmo de relativizá-los, sob o argumento de que seu conteúdo não faz parte do ordenamento jurídico nacional. Essa aplicação imperativa decorre notadamente do teor dessas normas, cuja finalidade é proteger os indivíduos e não unicamente regular as relações internacionais, como ocorria outrora.

Nesses casos, especialmente o direito internacional penal no que pertine à previsão de crimes contra a humanidade e de genocídio e o direito internacional dos direitos humanos quando protege *core rights*, compõem-se de regras que retiram seu caráter imperativo da ideia de justiça e de moral superior aos fatos e encontram sua origem e justificação na necessidade de uma organização social internacional. Nesse sentido, a existência autônoma do direito internacional e sua aplicação deve ser independente da vontade dos Estados⁷⁶¹, cuja função neste caso é a de dar nascimento a um conjunto de normas que, depois de concebidas, devem ganhar autonomia e primazia.

Como consequência dessas premissas, a inobservância desse preceito e a não-incorporação do direito internacional em matéria de direitos que compõem o núcleo intangível de *jus cogens* deve ter o condão de gerar a invalidade das leis internas que lhe são contrárias, assim como a inconstitucionalidade material da própria Constituição que não possui adequação relativamente ao direito internacional convencional⁷⁶². A proteção internacional conferida aos

⁷⁶¹ GLASER, Stefan. **Droit international pénal conventionnel**. Bruxelles : Bruylant, 1970, p. 170.

⁷⁶² Referindo-se à responsabilidade do Estado em razão do prejuízo decorrente do teor de sua legislação interna, seja porque as leis do Estado estão em contradição com o direito internacional, seja porque as leis que o direito internacional exige não foram promulgadas, Jacques Dumas afirma que « *toute loi particulière qui contredit le droit des gens doit être tenue pour inconstitutionnelle au point de vue international, et, si elle est néanmoins constitutionnelle au point de vue national, son inconstitutionnalité au point de vue international implique l'inconstitutionnalité de la Constitution elle-même* ». DUMAS, Jacques. **Responsabilité internationale des États**

direitos de todas as comunidades humanas, nascida no direito internacional costumeiro e consolidada em convenções que portam normas de *jus cogens* é, portanto, uma circunstância limitadora mesmo dos atos do legislador constitucional⁷⁶³.

O que é de primordial importância no que toca à imposição de obrigações aos Estados pelo direito internacional, questão que diz respeito diretamente ao problema das relações que estabelecem entre si direito nacional e direito internacional, é o entendimento que se compartilha no sentido de que as omissões do direito nacional não podem justificar a violação do direito internacional⁷⁶⁴, e isto muito especialmente no que concerne à proteção de direitos humanos tendo em vista a natureza dos valores protegidos.

No que toca à sua função protetiva e em uma demonstração de sua primazia sobre o direito interno, o direito internacional transforma-se, assim, em fonte de obrigações aos Estados, obrigações essas de natureza negativa e de natureza positiva.

De um lado, a obrigação de observância ao conteúdo dos tratados internacionais que possuem essência de direito internacional costumeiro consiste em não violar os direitos enunciados por esses tratados, sendo por isso denominadas obrigações negativas.

De outro lado, a obrigação de conformar o direito nacional ao direito internacional, por isso chamada obrigação positiva, implica não somente o dever de incriminar condutas que portem ofensa a esses direitos fundamentais universais, como também o dever de garantir a aplicação das normas internalizadas, de forma a que não contenham obstáculos de incidência prática do direito internacional pelas jurisdições nacionais.

à raison des crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers. Paris : Recueil Sirey, 1930, p. 261.

⁷⁶³ Já em 1931, reportando-se ao advento de uma radical reforma da vida internacional após a guerra, que conduziu à transposição dos direitos humanos do domínio do direito constitucional interno para o direito internacional, o Professor do Instituto de Altos Estudos internacionais da Universidade de Paris, Boris Mirkine-Guetzévitch, referindo-se à necessidade de colocar os direitos humanos sob o domínio do direito internacional e afirmando que estabelecer a proteção internacional dos direitos humanos é o verdadeiro ideal humanitário que transforma o homem em verdadeiro cidadão do mundo, afirma que « *l'État prend, dans un Traité international, certaines obligations concernant la protection des droits de l'homme, de ses sujets, et ses obligations lient son pouvoir constituant. Elle s'engage à introduire dans sa constitution des dispositions conformes au Traité ; et la protection internationale des droits de l'homme entraîne même la limitation du pouvoir constituant de l'Etat ; limitation de la possibilité juridique de modifier dans l'avenir les articles de la Constitution qui ont trait à la protection de ces droits* ». MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **Les nouvelles tendances du droit constitutionnel.** Paris : Marcel Giard, 1931, p. 110.

⁷⁶⁴ KEITH, Kenneth J., 'International Law Is Part of the Law of the Land': True or False? **Leiden Journal of International Law**, Vol. 26, issue 2, pp. 351-368, jun/2013; **Victoria University of Wellington Legal Research Paper Series**, Keith Paper No. 24/2017. Available at SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2404206>>. Acesso em: 03 set. 2017.

7.1 As obrigações negativas

Toda a construção tecida pelo direito internacional dos direitos humanos fez nascer para os Estados, notadamente a partir da Carta das Nações Unidas, antes mesmo da obrigação de promover os direitos humanos, a precípua obrigação de não os violar.

Esse é o principal sentido da expressão obrigações negativas criada pelo direito internacional em relação aos Estados. Essas obrigações, enquanto dever estatal de não ofender os direitos humanos por atos de seus agentes, coadunam-se muito especialmente com a obrigação de prevenir as violações e estão ligadas a dois aspectos precisos da não-violação do direito internacional.

A imposição de obrigações dessa ordem aos Estados decorre da natureza jurídica mesma de tratados que portam a proteção de valores universais, cuja essência é antes declaratória do que constitutiva, porquanto possuem sua origem nos costumes. Assim sendo, estes instrumentos apenas proclamam direitos cuja necessidade de observância e dever de não-violação constituem-se em um consenso na comunidade internacional, sua verdadeira fonte material, e que por isso escoam diretamente aos Estados enquanto unidades onde os indivíduos estabelecem grande parte de suas relações.

Os Estados, por sua vez, enquanto entes naturalmente asseguradores dos direitos daqueles que se encontram em seu território, antes mesmo de deverem garantir a observância dos tratados internacionais, são compelidos a observá-los diretamente omitindo-se de agir em detrimento dos direitos previstos nesses instrumentos. Esta regra se aplica especialmente para os tratados que versam sobre direitos humanos e que estabelecem em seu conteúdo mecanismos de prevenção às violações.

Entende-se que essas obrigações negativas nascem do direito internacional e de suas regras imperativas que independem do consentimento dos Estados e da internalização das normas internacionais nos respectivos direitos domésticos para surtirem seus efeitos. Isto ocorre porque normas internacionais dessa natureza, nascidas dos costumes e da consciência jurídica internacional, fazem parte do rol de normas de *jus cogens* que possuem por característica a imposição de obrigações *erga omnes* em razão da natureza dos valores que protegem.

O fato de os destinatários desses tratados internacionais serem os indivíduos e a comunidade internacional em seu conjunto retira dos Estados a prerrogativa de deliberar sobre a faculdade de sua observância, não sendo mais eles os detentores exclusivos da legitimidade para legislar sobre a proteção de valores que ultrapassam os limites do interesse exclusivamente nacional. Disto se conclui não poderem mais possuir validade as teorias no sentido de que os

tratados internacionais apenas geram efeitos no caso de serem ratificados internamente⁷⁶⁵, o que decorreria de um poder discricionário do Estado sujeitar-se ao respeito dos direitos humanos e submeteria sempre a proteção desses valores à potestade dos Estados.

Dentre as obrigações negativas que nascem para os Estados em relação ao direito internacional, compreende-se as mesmas como sendo de duas ordens diversas, sendo uma o dever de não-violação jurídica e outra o dever de não-violação fática.

O dever de não-violação jurídica consiste na obrigação do Estado de não criar normas jurídicas tácita ou expressamente contrárias às normas internacionais que garantam a proteção de valores humanos superiores.

Anterior ao dever do Estado de adaptar a sua legislação interna à ordem jurídica internacional é, portanto, o dever de não criar novas normas que lhe sejam contrárias ou de não criar normas que de uma forma ou de outra impeçam a aplicação do direito internacional, hipótese que mais comumente ocorre nos direitos domésticos.

Assim sendo, a obrigação negativa dos Estados de não violar o direito internacional irá se concretizar sempre que no direito interno existir uma norma que não se coadune com as garantias conferidas pelo direito internacional em matéria de proteção de valores universais da comunidade em seu conjunto, como seria o caso da existência de normas permitindo a prática de atos violadores desses valores, de modo a excepcioná-los e relativizá-los. Tal seria o caso da existência de uma norma de direito interno permitindo exceções ao direito absoluto de não ser torturado, à prática de relações sexuais não consentidas, à realização de prisões ilegais ou desaparecimentos forçados, ou qualquer outra hipótese em que a proibição à violação de direitos pelo ordenamento jurídico internacional possui natureza absoluta.

No entanto, os casos mais comuns de violação jurídica das obrigações negativas pelos Estados não são de criação de normas internas relativizadoras de proibições absolutas, mas sim de criação de normas que por vias transversas impedem a persecução de atos que comportem violações. Isto ocorre quando os Estados possuem normas jurídicas de natureza material em concordância com o direito internacional e paralelamente criam normas de natureza processual ou procedimental que obstaculizam a aplicação dessas normas protetoras. É o caso de criação de leis de anistia, previsão de imunidades ou prescritibilidade para a violação a direitos de natureza universal e absoluta, que acabam por ter o mesmo efeito da existência de uma norma interna contrária à norma internacional protetiva, uma vez que impeditivas de qualquer responsabilização.

⁷⁶⁵ Segundo Lawrence, nenhum tratado possui força obrigatória sem ratificação. In: LAWRENCE, T.J. **The principles of international law**. 7th ed., London: Macmillan & Co., Ltd., 1925, § 132, pp. 299- 301.

Trata-se do descumprimento de uma obrigação de natureza negativa, porquanto cabe aos Estados não somente abster-se de criar normas contrárias às normas internacionais pertencentes ao núcleo de *jus cogens*, como também lhes é devido abster-se de criar normas que de qualquer forma impeçam a aplicação do direito internacional no âmbito doméstico. Essa obrigação poderá, no entanto, adquirir a natureza de obrigação positiva na hipótese de existência prévia de normas portadoras de anistia, prescrição ou imunidade quando do advento da norma internacional, caso em que surgirá para o Estado a obrigação (positiva) de revogar essas normas anteriores contrárias ao direito internacional.

Essa obrigação de não criar normas impeditivas internas relaciona-se com o dever que todos os Estados possuem perante a comunidade internacional de lutar contra a impunidade de atos que são contrários à consciência universal, uma vez que normas prevendo imunidades, anistias ou prescrição para violações que constituam crimes contra a humanidade se traduzem em obstáculos muitas vezes intransponíveis à necessária responsabilização dos agentes causadores de graves violações aos direitos humanos⁷⁶⁶.

Por sua vez, o dever dos Estados de lutar contra a impunidade de atos que se constituem nessas graves violações⁷⁶⁷ possui relação com os direitos das vítimas à reparação por violações flagrantes ao direito internacional, especialmente o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal, no aspecto em que constituem especialmente violações ao direito internacional humanitário.

Tais prerrogativas fazem parte do direito internacional costumeiro, consubstanciado pelas Nações Unidas em princípios fundamentais e diretivas⁷⁶⁸ assentadas sobre a premissa de que essas graves violações, em razão de sua gravidade, constituem uma afronta à dignidade humana. Como primeiro princípio fundamental encontra-se o da obrigação dos Estados de respeitar o direito internacional, impondo-se aos mesmos o dever de zelar para que seu direito interno seja compatível com o direito internacional, indicando expressamente que a prescrição

⁷⁶⁶ « [...] l'évolution des moyen de lutte contre l'impunité pour des actes réprouvés par la conscience universelle a conduit les organes de contrôle de système interaméricain de protection des droits de l'homme (la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme) à rejeter l'application de certains instruments juridiques tels la prescription, les amnisties, voire les grâces, lorsqu'elles font obstacle à la responsabilité ou à la sanction des acteurs de graves violations des droits de l'homme ». MARTIN-CHENUT, Kathia. Amnistie, Prescription, Grâce : La jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.**, Jui-Sep., 2007, p. 628.

⁷⁶⁷ As mesmas serão oportunamente analisadas como uma das obrigações estatais de natureza positiva, mas que se encontram umbilicalmente ligadas ao seu dever de não produzir normas jurídicas internas contrárias ao direito internacional.

⁷⁶⁸ NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Résolution 60/147**. Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. New York, 16 dec. 2005. Disponível em: <http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/147>. Acesso em: 10 set. 2017.

não se aplica às violações flagrantes do direito internacional dos direitos humanos e às violações graves do direito humanitário que constituam crimes de direito internacional⁷⁶⁹.

A imprescritibilidade dos crimes de direito internacional, como é o caso dos crimes contra a humanidade e de genocídio, é princípio tão sedimentado que não sofrera exceções mesmo no florescimento do humanismo, quando a prescritibilidade dos delitos e das penas servira como um dos seus estandartes. Cesare Beccaria, um dos seus principais expoentes em matéria penal, fizera questão de excepcionar os crimes contra a humanidade da aplicação da lei do esquecimento, afirmando não conceber a sua aplicação para crimes atrozes, cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens⁷⁷⁰.

A imprescritibilidade de crimes que constituam violações a esses valores humanos que pertencem ao núcleo de *jus cogens* faz parte do direito internacional costumeiro⁷⁷¹ da mesma forma que o faz a norma que contém a proibição da violação, sendo por mais esse motivo obrigatório aos Estados o dever de não criar normas em sentido oposto independentemente de serem signatários dos tratados internacionais que contêm a previsão das violações.

É também em virtude da natureza de regra de direito internacional costumeiro relativa à imprescritibilidade dessas ofensas que as mesmas são retroativas, aplicando-se a imprescritibilidade mesmo a fatos cometidos anteriormente ao direito internacional convencional⁷⁷². Também por esse motivo, fere a obrigação negativa de não criar normas prevendo a prescritibilidade desses crimes o Estado que o fizer sob o argumento de que a

⁷⁶⁹ IV. Prescription 6. *Lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit, la prescription ne s'applique pas aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international.* NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Résolution 60/147.** Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. New York, 16 dec. 2005. Disponível em: <http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/147>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁷⁷⁰ « *Lorsqu'il s'agit de ces crimes atroces, dont la mémoire subsiste long-temps parmi les hommes, s'ils sont une fois prouvés, il ne doit y avoir aucune prescription en faveur du criminel qui s'est soustrait au châtimeut par la fuite* ». BECCARIA, Cesare. **Des délits et des peines.** Paris : Brière, 1822, p. 88. No mesmo sentido se manifestou Pierre Mertens, ao afirmar que « *on ne conçoit pas d'application de la loi de l'oubli pour des crimes qui ont été perpétrés contre la communauté des nations et l'humanité en tant que telle. Ces crimes sont imprescriptibles par nature* ». MERTENS, Pierre. **L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité.** Bruxelles : Université de Bruxelles, 1974, p. 226.

⁷⁷¹ Muito embora se trate de direito costumeiro, no entanto, o mesmo já se encontra cristalizado na forma de direito internacional convencional a partir da Convenção internacional sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade adotada pela Resolução 2391 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968.

⁷⁷² « *La norme répressive instituant l'imprescriptibilité est coutumière, au même titre que la norme de comportement prohibant l'acte criminel : l'instrument ne la constitue pas mais en constate l'applicabilité. Quand même, la convention européenne a déclaré sa rétroactivité. Il est désormais acquis que chaque Etat est tenu d'assurer l'imprescriptibilité et que la loi interne contraire doit être écartée comme contraire au droit international coutumier* ». JUROVICS, Yann. Le proces international penal face au temps. **Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé**, Oct-Déc, 2001, p. 797.

prescrição abrange apenas fatos anteriores à entrada em vigor de eventual tratado internacional prevendo a grave violação de direitos humanos.

O mesmo princípio se aplica em relação à adoção de leis de anistia para crimes que violem valores superiores da humanidade, normas que apresentam total incompatibilidade com a obrigação positiva de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos⁷⁷³.

Medida comumente adotada pelos Estados em um período de restabelecimento da democracia ou de saída de conflito, a adoção de leis de anistia em regra se caracteriza igualmente por violação da obrigação de não criar normas contrárias ao direito internacional. Trata-se de normas criadas segundo o poder discricionário dos Estados de modo a impedir o exercício da ação pública contra indivíduos supostamente responsáveis pela prática de violações graves, como a prática de crimes contra a humanidade, ações genocídrias ou outras ofensas flagrantes aos direitos humanos, além de ofenderem o direito das vítimas a terem acesso a um recurso útil, inclusive a seu direito de reparação, significando igualmente uma restrição a seu direito de acesso à verdade sobre as violações, sendo por isso essas leis incompatíveis com as obrigações assumidas pelos Estados perante a comunidade internacional⁷⁷⁴.

O fundamento conferido pelo Comitê de direitos humanos das Nações Unidas para a impossibilidade de os Estados outorgarem anistia para atos de tortura parece ser igualmente aplicável para todos os demais atos que se constituam em graves violações de direitos humanos fazendo parte das proibições de *jus cogens*. O Comitê acentuara que a anistia é incompatível com o dever dos Estados de investigar atos dessa natureza, de garantir a proteção contra esses atos dentro da sua jurisdição, de velar para que esses atos não se produzam no futuro. Além disso, os Estados não podem privar os particulares contra um recurso útil, nele compreendido o direito à uma indenização e a um reestabelecimento mais completo possível⁷⁷⁵.

No âmbito do direito internacional penal, a inadmissibilidade da anistia se tornou questão consolidada, expressa nos Estatutos das jurisdições penais internacionais ou mistas, à

⁷⁷³ Por graves violações de direitos humanos, em suma, adota-se o conceito expresso pelas Nações Unidas que comporta as execuções sumárias e arbitrárias, a tortura, os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a escravidão e os desaparecimentos forçados, assim como a prática de genocídio, a detenção arbitrária, a deportação e a transferência forçada de população, assim como a discriminação racial, o que se coaduna com a nossa ideia de que graves violações aos direitos humanos são as condutas que se amoldam aos atos materiais previstos para os crimes contra a humanidade e os crimes de genocídio. NATIONS UNIES. Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme. **Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties**. New York et Genève, 2009, p. 21. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_fr.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁷⁷⁴ NATIONS UNIES. Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme. **Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Amnisties**. New York et Genève, 2009, p. 1-11. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_fr.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁷⁷⁵ Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, Doc. O.N.U HRI/GEN/1/Rev.1,1994, p. 30.

toda evidência como um reflexo da coerência entre a necessária proibição das condutas caracterizadoras de graves violações a direitos humanos e a impossibilidade de se admitir a existência de normas que impeçam a responsabilização dos perpetradores. Essa é uma regra que transparece tanto na criação dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, cristalizada no estatuto do Tribunal Penal Internacional e também nos acordos firmados pelas Nações Unidas para o estabelecimento das jurisdições híbridas, como fora o caso do Tribunal Especial para Serra Leoa, do Tribunal Especial para o Líbano, das Salas Extraordinárias das Cortes de Camboja, das Câmaras Africanas Extraordinárias no Senegal, incluíram em seus textos cláusulas a propósito da proibição da anistia.

Essa concepção se reflete na jurisprudência desses Tribunais, como transparece nas decisões dos casos *Morris Kallon*⁷⁷⁶, *Bazzy Kamara*⁷⁷⁷, bem como dos casos *Gbao e Sesai*⁷⁷⁸, pronunciadas pelo Tribunal Especial para Serra Leoa, afirmando que graves violações ao direito internacional não podem ser protegidas por leis de anistia.

A menção às leis de anistia no julgamento *Furundzija* merece maior atenção. A Câmara de Primeira Instância chama a atenção de que o fato de a tortura ser proibida por uma norma imperativa de direito internacional traz efeitos tanto no plano internacional quanto individual. No plano internacional, ela serve para privar de legitimidade todo ato legislativo, administrativo ou judiciário autorizando a tortura. A decisão afirma que seria logicamente absurdo, visto o valor de *jus cogens* da proibição da tortura, permitir aos Estados que, por exemplo, adotassem medidas nacionais autorizando ou tolerando a prática da tortura, ou ainda anistiando torturadores. Se tal ocorresse, tais medidas nacionais não teriam efeitos jurídicos reconhecidos pela comunidade internacionais e as vítimas potenciais poderiam engajar uma ação diante de uma instância nacional ou internacional. Ainda de maior importância é o fato de que os torturadores beneficiários de tais medidas nacionais devem ser penalmente responsáveis onde

⁷⁷⁶ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. **Affaire Prosecutor v. Morris Kallon**. (SCSL-2004-15-AR72(E)). The Appeals Chamber. Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction, 13 March 2004. § 82. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2004.03.13_Prosecutor_v_Kallon_Norman_Kamara.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁷⁷⁷ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. **Affaire Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara**. (SCSL-2004-16-AR72(E)). The Appeals Chamber. Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction, 13 March 2004. § 82. Disponível em: <http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2004.03.13_Prosecutor_v_Kallon_Norman_Kamara.pdf>. *Prosecutor v. Brima Bazzy Kamara*, affaire no SCSL-2004-16-AR72(E). Acesso em: 10 set. 2017.

⁷⁷⁸ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, **Case of Prosecutor v. Gbao**, Decision No. SCSL-04-15-PT-141, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, 25 May 2004, § 10; SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, **Case of Prosecutor v. Sesay**, Callon and Gbao, Case No. SCSL-04-15-T, Judgment of the Trial Chamber, 2 March 2009, § 54; SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, **Case of Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao**, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 8 April 2009, §253.

quer que se encontrem, em vista do princípio da interdição da tortura, independentemente do que diz a lei nacional⁷⁷⁹.

Esse mesmo princípio é seguido pelos sistemas regionais de proteção, tanto no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos⁷⁸⁰, quanto nos sistemas africano⁷⁸¹ e americano, tanto no âmbito de muitas das Cortes internas dos países da América⁷⁸².

No caso que julgou as graves violações cometidas pela ditadura militar brasileira contra opositores do regime, os denominados membros da Guerrilha do Araguaia – caso Gomes Lund contra Brasil –, foi ressaltado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos o dever dos Estados de não editar leis de anistia, bem como o dever de as revogar caso tenham sido editadas.

Pronunciando-se expressamente sobre a incompatibilidade das leis de anistia com o direito internacional e as respectivas obrigações dos Estados em relação à prática de graves violações de direitos humanos, a Corte IDH apoiou-se no fato de que as leis de anistia violam diversas disposições de direito internacional, ao impedirem a investigação e o julgamento de

⁷⁷⁹ NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Anto Furundzija**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 10 décembre 1998. §155, 156. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁷⁸⁰ “The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible”. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. **Case of Abdülşamet Yaman c. Turkey**. Application n. 32446/96. Judgment of 2 November 2004. § 55. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-67228"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁷⁸¹ “The Commission recalls that its role consists precisely in pronouncing on allegations of violations of the human rights protected by the Charter of which it is seized in conformity with the relevant provisions of that instrument. It is of the view that an amnesty law adopted with the aim of nullifying suits or other actions seeking redress that may be filed by the victims or their beneficiaries, while having force within Mauritanian national territory, cannot shield that country from fulfilling its international obligations under the Charter”. AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE’RIGHTS. **Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania**. Decision of 11 May 2000. § 83. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017; “However, this Commission is of the opinion that by passing the Clemency Order No. 1 of 2000, prohibiting prosecution and setting free perpetrators of “politically motivated crimes”, including alleged offences such as abductions, forced imprisonment, arson, destruction of property, kidnappings and other human rights violations, the State did not only encourage impunity but effectively foreclosed any available avenue for the alleged abuses to be investigated, and prevented victims of crimes and alleged human rights violations from seeking effective remedy and compensation”. AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE’RIGHTS. **Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe**. Communication n° 245/2002, Decision of 21 May 2006, § 211. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/39th/comunications/245.02/achpr39_245_02_eng.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁷⁸² É o caso, por exemplo, do julgamento do caso Simón pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, cuja decisão declarou sem efeitos as leis de anistia que constituíam um obstáculo normativo para a persecução de fatos consistentes em violações dos direitos humanos, bem como do julgamento dos casos Sandoval Rodríguez e Lecaros Carrasco, pela Corte Suprema de Justiça do Chile. No mesmo sentido o julgamento pelo Tribunal Constitucional do Peru do caso de Santiago Martín Rivas, da Suprema Corte de Justiça do Uruguai no caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet e, na Colômbia, tanto pela Corte Constitucional (Revisão da Lei 742 de 5 de junho de 2002) quanto pela Corte Suprema de Justiça da Colômbia no julgamento do caso do Massacre de Segovia.

agentes do Estado que possam ser responsáveis por sérias violações de direitos humanos. Sob o falso argumento da paz e da reconciliação, contraposto com o argumento da justiça, afirmou a Corte que as anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes.

Lembrando os termos da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, enfatizou-se o dever dos Estados de não criar ou de revogar a legislação que favoreça a impunidade dos responsáveis por violações graves de direitos humanos. Mencionou ainda os termos da observação geral apresentada pelo grupo de trabalho sobre desaparecimentos forçados ou involuntários das Nações Unidas segundo a qual uma lei de anistia é contrária às disposições da Declaração, inclusive quando tenha sido aprovada em referendo ou procedimento de consulta similar, se, direta ou indiretamente, em razão de sua aplicação ou implementação cesse a obrigação de um Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos, ou quando oculte o nome daqueles que perpetraram tais violações ou exonere seus autores de responsabilidade⁷⁸³.

A Corte considerou que a forma como foi interpretada e aplicada a Lei da Anistia aprovada pelo Brasil afetou as obrigações internacionais a que o Estado se engajou, acarretando ausência de investigação, persecução, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo igualmente a sua obrigação de adequar seu direito interno, julgando que em razão de sua manifesta incompatibilidade com a Convenção americana, as disposições da lei de anistia brasileira impeditivas de entabular-se a investigação e a sanção de graves violações a direitos humanos carecem de efeitos jurídicos, não podendo continuar a representar um obstáculo para a investigação dos respectivos fatos, porquanto muito antes de se tratar de uma anistia bilateral, a lei contém uma auto anistia, cuja finalidade principal fora a deixar impunes graves violações de direitos humanos⁷⁸⁴.

A Corte ressaltou ainda que o fato de um Estado ser parte de um tratado internacional⁷⁸⁵ cria a responsabilidade de todos os órgãos estatais, inclusive do Poder

⁷⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) Vs. Brasil**. San José, Costa Rica: Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 24 de novembro de 2010, §§ 149-155. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) Vs. Brasil**. San José, Costa Rica: Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 24 de novembro de 2010, §§ 172-174. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁸⁵ Entende-se que não somente pelo fato de o Estado ser parte do tratado internacional, mas também em razão do caráter de *jus cogens* de algumas normas que fazem parte do direito internacional costumeiro, as quais engajam a

Judiciário, que passa a ser internacionalmente obrigado a exercer de ofício o controle de convencionalidade entre as normas internas e as normas internacionais. No caso do Brasil, a decisão do Supremo Tribunal Federal⁷⁸⁶ confirmando a validade da interpretação da Lei de Anistia é violadora do direito internacional, porquanto desconsiderara as obrigações internacionais do Brasil, agravada pelo fato de que se trata de uma obrigação voluntariamente contraída pelo Estado brasileiro, caso em que dita obrigação vem norteada pelo princípio segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé, conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969⁷⁸⁷.

A Corte Interamericana entendeu assim que o Estado deve abster-se de criar obstáculos normativos ou de qualquer outra natureza de forma a impedir a investigação de atos que comportem a violação grave a direitos humanos, declarando a inconvenção das leis de anistia, na esteira de uma jurisprudência já bem consolidada a esse respeito.

A declaração de inconvenção das leis de anistia tomada no julgamento do caso *Barrios Altos contra Peru*⁷⁸⁸ já havia tido um importante papel em outros países da América Latina, provocando efeitos como a anulação das leis argentinas denominadas Lei do Ponto Final (Lei n° 23.492/86) e Lei da obediência devida (Lei n° 23.521/87). Essa declaração de inconvenção teve no voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade a confirmação de que tais leis afetam direitos inderrogáveis que compõem o mínimo universalmente reconhecido e que por isso recaem no âmbito do *jus cogens*⁷⁸⁹.

responsabilidade dos Estados independentemente de seu consentimento, como é o caso de graves violações a direitos humanos.

⁷⁸⁶ Decisão lavrada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 153/2010, a qual representa uma confrontação aberta entre o Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente levando-se em consideração que a decisão da mais alta Corte brasileira afirma expressamente a lei de anistia é válida, por não se tratar de uma autoanistia, mas sim de uma anistia bilateral, confirmada pela via democrática em 1988, além do fato de entender que os delitos em questão seriam prescritíveis, haja vista que o Brasil nunca firmara o tratado internacional sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, fiiando-se à ideia de que somente o direito interno pode criar tipos penas e definir se tais crimes são prescritíveis ou imprescritíveis. Segundo pensa-se, a decisão da Suprema Corte brasileira representa um flagrante retrocesso, que desconsidera todos os avanços feitos pelo direito internacional, a começar por se tratar de fonte primária de tipificação de crimes que afetam a humanidade em seu conjunto e especialmente por apegar-se a formalismos jurídicos que estimulam a impunidade de fatos que se constituem em graves violações de direitos humanos que, já por essa razão, escapam da margem de apreciação única dos Estados nacionais.

⁷⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) Vs. Brasil**. San José, Costa Rica: Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 24 de novembro de 2010, §§ 175-176. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Peru**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 14 de março de 2001. § 176. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁸⁹ “Hay otro punto que me parece aún más grave en relación con la figura degenerada - un atentado en contra el propio Estado de Derecho - de las llamadas leyes de autoamnistía. Como los hechos del presente caso Barrios Altos lo revelan - al llevar la Corte a declarar, en los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado demandado, las violaciones de los derechos a la vida y a la integridad

Relacionando as graves violações de direitos humanos com as proibições absolutas estabelecidas pelo direito internacional penal – trazendo à tona o caso Erdemovic, julgado pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia -, no julgamento do caso Almonacid Arellano contra Chile, a Corte Interamericana afirmou que a prática de um crime contra a humanidade viola uma norma imperativa de direito internacional, consistindo ao mesmo tempo uma violação aos direitos humanos inderrogáveis e uma ofensa à humanidade em seu conjunto, que por isso mesmo não podem ter a sua impunidade abrigada pela existência de obstáculos normativos como a existência de uma lei de anistia⁷⁹⁰.

O Julgamento do caso Gelman contra Uruguai pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é outro paradigma no que se refere à impossibilidade de os Estados editarem leis de anistia com a finalidade de impedir a persecução de fatos que comportem graves violações a direitos humanos e que, por isso, se caracterizem como violações que não se limitem à ordem jurídica de um único Estado.

O julgamento ocupou-se de um emblemático caso, dentre tantos outros caracterizados pela prática sistemática de detenções ilegais, torturas e desaparecimentos forçados seguidos de homicídios, praticados no marco das ditaduras civis-militares da América-Latina no quadro da aplicação da doutrina de segurança nacional e da Operação Condor. Nesse contexto, Maria Claudia Garcia Iruretogoyena e Marcelo Gelman, ambos com 19 anos em 1976, foram sequestrados por forças militares uruguaias e argentinas, levados para um centro de detenção clandestino que servia como centro de tortura. Claudia fora levada clandestinamente para o Uruguai, em estado de gravidez avançada, quando após dar à luz foi separada de sua filha de vinte dias e executada sem que seus restos mortais tenham sido encontrados. O bebê fora entregue à família de um policial uruguaio, tendo sua nacionalidade e identidade sido ocultada pelas autoridades, possibilitando que a família do policial a registrasse como se fosse sua própria filha.

personal, - dichas leyes afectan derechos inderogables - el minimum universalmente reconocido, - que recaen en el ámbito del jus cogens". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Peru.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 14 de março de 2001. Voto concurrente del Juez A. A. Cañado Trindade, § 10. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** San José, Costa Rica: Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de septiembre de 2006. §§105-114. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2017; No mesmo sentido a decisão do caso La Cantuta vs. Perú. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 29 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

As graves violações de direitos humanos cometidas no seio das ditaduras da Argentina e do Uruguai tiveram sua impunidade asseguradas por várias leis de anistia, tais como a *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* promulgada no Uruguai em 1986⁷⁹¹. Depois de muitas investigações conduzidas de maneira privada pelo pai da vítima Marcelo Gelman, já no ano de 1999, a criança doada à família uruguaia, então com vinte e três anos de idade, fora encontrada e teve ciência de sua verdadeira identidade, culminando com a apresentação de uma ação penal em 2002, arquivada sob o argumento da lei da caducidade e, apesar dos recursos interpostos, a decisão final fora por não investigar os fatos⁷⁹², razão pela qual os mesmos aportaram à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte pontua que é inadmissível que o Estado promulgue disposições de anistia, o que para nós nada mais consiste em uma obrigação negativa, traduzida no dever de não elaborar leis que impeçam a persecução de crimes que configurem violações graves aos direitos humanos.

Nesse sentido, sublinhou a Corte a invalidade de disposições que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis de ofensas graves tais como tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados, todas elas, segundo a decisão, proibidas por violarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos. Por isso, as leis de anistia são também incompatíveis com o Pacto de São José enquanto impedem a persecução dos responsáveis e, por via de consequência, de um lado, o acesso à verdade e à reparação e, de outro, a impunidade e a arbitrariedade. As leis de anistia, por isso, obstaculizam o pleno, oportuno e efetivo império da justiça e afetam seriamente o estado de direito, motivo

⁷⁹¹ Já no governo democrático do Presidente Sanguinetti eleito em 1985, fora aprovada a Lei de pacificação Nacional que indultava os presos políticos e excluía da anistia os membros das forças armadas e da polícia responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura. No entanto, os militares denunciados se negaram a comparecer em juízo em sede penal e, para evitar uma crise institucional, o Presidente Sanguinetti aprovou junto ao Parlamento a *Ley de Caducidad* de 1986, impedindo a ação penal para esses casos, lei essa que fora declarada constitucional pela Corte Suprema em 1988 (por 3 votos a 2), apesar de a própria decisão ter qualificado a intenção do legislador como sendo uma autêntica anistia concedida às forças de segurança. Em 1989, o referendo organizado por iniciativa popular decidiu por manter vigente a *Ley de Caducidad*, tendo, no entanto, em 2009, a Suprema Corte declarado a inconstitucionalidade de determinados artigos, decidindo serem inaplicáveis ao caso concreto (caso Sablsagaray Curutchet Blanca Stela) e afirmando que a lei teria excedido o marco constitucional para criar anistias, entendendo que a pessoa é titular de direitos humanos que fazem parte de sua dignidade humana e que por consequência limitam a potestade estatal. Em 2010, a frente de esquerda elabora um projeto para anular a lei, mas o parlamento a confirma em 2011, e isto alguns meses após a prolação da sentença relativa ao caso Gelman pela Corte IDH, lavrada em fevereiro de 2011.

⁷⁹² VERVAELE, John A. E. ¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? **Revista eletrônica de direito penal e política criminal**. [s.l.]. v.1, n1, dez. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44238/28722>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

por que tem sido declarado que elas carecem de efeitos jurídicos à luz do direito internacional⁷⁹³.

Posição idêntica é adotada na Corte Europeia de Direitos Humanos, em casos envolvendo graves violações de direitos humanos⁷⁹⁴, não havendo qualquer ressalva ou exceção para que o Estado possa eximir-se de sua obrigação de não editar leis de anistia. A Corte ressalta a maior importância do processo penal como remédio efetivo que não pode ser em nenhuma hipótese impedido por leis de anistia ou de perdão⁷⁹⁵, não sendo suficiente a mera punição disciplinar do agente público – de modo a demonstrar a primazia do direito penal em matéria de graves violações de direito penal⁷⁹⁶.

O sistema africano de proteção de direitos humanos alinha-se com essa posição.

O primeiro caso pertinente foi movido pela Associação Africana do Malawi contra a Mauritânia, versando sobre as violações de direitos humanos ocorridas naquele país entre 1986 e 1992 em virtude do golpe de Estado que teve lugar em 1984 e que fez vítimas de perseguição grupos étnicos marginalizados e a uma série de graves violações de direitos humanos.

A Comissão africana recordou sua função no que toca ao reconhecimento sobre alegações de violações dos direitos humanos protegidos pela Carta africana e asseverou que uma lei de anistia adotada com o objetivo de anular processos ou outras ações de busca de recursos que pudessem ser arquivadas pelas vítimas ou seus beneficiários, ao ter força no território nacional mauritano – como era o caso -, não poderia proteger esse país de cumprir suas obrigações internacionais ao abrigo da carta⁷⁹⁷.

Igualmente, a Comissão africana manifestou-se no caso movido pela Organização não-governamental Zimbabwe Human Rights contra Zimbabwe, o qual versou sobre atos de

⁷⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo y Reparaciones), 24 de febrero de 2011. §§ 225-226. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

⁷⁹⁴ Além dos casos comentados nas próximas notas, ver também: *Yeşil and Sevim v. Turkey*, Application no. 34738/04, 5 June 2007§ 38.

⁷⁹⁵ “The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible”. T.E.D.H., Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey, Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96, § 55. Acesso em: 10 out. 2017.

⁷⁹⁶ “As regards the disciplinary proceedings, the Court observes that although the accused police officers were suspended from duty, the disciplinary proceedings against them were terminated as they benefited from Amnesty Law no. 4455. As a result, no disciplinary sanction was imposed on them”. T.E.D.H. Case of Yeter v. Turkey, Judgment of 13 January 2009, Application No. 33750/03, § 70.

⁷⁹⁷ AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE’ RIGHTS. **Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania**. Decision of 11 May 2000. Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98, § 83. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97-196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf> Acesso em: 10 out. 2017.

violência generalizada praticados contra a população civil ocorridos no país em 2000 após a realização de um *referendum*.

Entendeu a Comissão que emitindo uma ordem de clemência proibindo a perseguição e deixando livres perpetradores de atos como abduções, prisões ilegais, destruição de propriedades, sequestros e outras violações de direitos humanos, o Estado não somente encoraja a impunidade como também efetivamente excluiu qualquer caminho disponível para que os abusos alegados sejam investigados e impede as vítimas de crimes e violações de direitos humanos de buscar remédio e compensação efetivos. A Comissão concluiu que a concessão de anistia para absolver os autores de violações dos direitos humanos viola o direito das vítimas a um remédio efetivo, porquanto o Estado não só impediu as vítimas de buscar reparação, mas também encorajou a impunidade e, portanto, renunciou à sua obrigação em violação dos artigos 1 e 7.1 da Carta Africana⁷⁹⁸.

A mesma lógica que obriga os Estados a não editar leis de anistia em matéria de graves violações de direitos humanos, os obriga igualmente a não editar leis assegurando a prescrição da pretensão punitiva para violações que configurem crimes contra a humanidade, o que estaria em absoluto descompasso com o direito internacional convencional diante da Convenção internacional sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. Nesse caso, eventual lei em descumprimento da obrigação encontra-se sujeita ao necessário controle de convencionalidade.

Do mesmo modo, a edição de leis conferindo imunidades aos perpetradores configura o mesmo descumprimento de obrigação negativa, o que decorre de um entendimento que é fruto de uma longa construção longe de ser incontestável.

Essa é uma verdadeira quebra de paradigma uma vez que a prerrogativa das imunidades, tanto diplomáticas quanto de Chefes de Estados, sempre foi uma tradição no direito internacional. Um dos exemplos mais paradigmáticos no amanhecer do século XX em matéria de crimes contra a humanidade fora talvez a imunidade concedida ao ex-Kaiser Guilherme II da Alemanha após a I Guerra Mundial, assim como concessão de imunidade deferida ao Imperador do Japão após a II Guerra Mundial, o que por outro lado auxiliou no debate sobre a necessidade de tratamento diferenciado aos crimes internacionais, um dos caminhos para que

⁷⁹⁸ AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS. **Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe**. Communication n° 245/2002, Decision of 21 May 2006. §§211, 215. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/39th/comunications/245.02/achpr39_245_02_eng.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

se passasse a entender que graves violações não são passíveis de imunidade, até mesmo porque ao longo da história foram cometidas em sua maior parte por Chefes de Estado protegidos⁷⁹⁹.

Esse curso começa a se modificar especialmente com a decisão do pedido de extradição do ex-Presidente do Chile Augusto Pinochet. O deferimento do pedido pelo parlamento inglês representou um marco nas relações internacionais em matéria de crimes contra a humanidade, reabrindo um debate interrompido desde o final de Segunda Guerra sobre a responsabilidade individual dos chefes de Estados por crimes cometidos no exercício de suas funções⁸⁰⁰. Em outubro de 1998, Pinochet foi colocado em prisão domiciliar em virtude da expedição de um mandado de extradição oriundo da Espanha, tendo em seguida a Câmara dos Lordes se manifestado no sentido de que o ex-ditador não teria direito à imunidade, apesar de, posteriormente, o Ministro do Interior britânico ter decidido por não o extraditar⁸⁰¹.

Trata-se de fato de uma retomada do entendimento surgido ao fim da Segunda Guerra Mundial, expressado pelo Tribunal de Nuremberg pela afirmação de que o princípio que protege os representantes dos Estados não pode se aplicar aos atos condenados como criminosos pelo direito internacional⁸⁰² e que precisou passar por um desenvolvimento gradativo nas jurisdições nacionais e internacionais, bem como no direito internacional convencional.

Além do caso Pinochet, alguns tribunais nacionais ilustraram o entendimento sobre a existência de uma regra costumeira de ausência de imunidade em se tratando do cometimento de ofensas graves como no caso de genocídio e crimes contra a humanidade. Alguns casos de membros do governo que teriam imunidade diplomática são lembrados por Antonio Cassese⁸⁰³, dentre eles o já por nós mencionado caso Barbie na França⁸⁰⁴, os casos Herbert Kappler⁸⁰⁵ e Erich Priebke⁸⁰⁶ na Itália, o caso Albert Kesserling julgado pelo Tribunal militar britânico

⁷⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de masa**. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 31.

⁸⁰⁰ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito internacional penal: imunidades e anistias**. São Paulo: Manole, 2012, p. 50.

⁸⁰¹ UNITED KINGDOM. House of Lords. Judgement – In Re Pinochet, 1999. Disponível em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

⁸⁰² TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg : Documents Officiels, 1947

⁸⁰³ CASSESE, Antonio. When my Senior State Officials be Tried for International Crimes? EJIL, 2002, Vol. 13, N° 4, pp. 870-871. Embora em sua maioria tenham sido condenados por crime de guerra, à época não havia uma maior delimitação entre esses e os crimes contra a humanidade, diferença traçada pela jurisprudência mais tarde, especialmente a partir do julgamento do caso Barbie.

⁸⁰⁴ A que se acrescentam os também já comentados casos Touvier e Papon.

⁸⁰⁵ Herbert Kappler e Erich Priebke foram condenados juntamente com os oficiais alemães von Mackensen, Karl Hass e Kurt Mälzer por um Tribunal sediado em Roma, acusados pelo massacre das fossas ardeantinas. A respeito do massacre e da condenação, ver a decisão da CEDH descrita na nota infra.

⁸⁰⁶ A propósito, ver a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a inadmissibilidade da ação proposta pelo autor contra o Estado italiano. CEDH. Première Section. Décision sur la recevabilité de la requête n° 48799/99 présentée par Erich PRIEBKE contre l'Italie.

sediado na Itália, o caso Tomoyuku Yamashita nos Estados Unidos e o caso Ricardo Miguel Cavallo no México.

Porém a jurisprudência francesa fizera uma distinção interessante em matéria de imunidade de Chefes de Estado, de um lado discutível porque garante uma certa impunidade aos autores de ofensas graves à humanidade – embora juridicamente o caso tratasse em tese do cometimento de atos de terrorismo – mas de outro lado conciliadora entre os interesses do Estado e a possibilidade de julgamento pela justiça internacional.

Trata-se da discussão havida acerca da possibilidade de abertura de processo contra o então Presidente da Líbia Muamar Kadhafi, acusado de cumplicidade no caso do ataque por DC-10 que matou 170 pessoas sobre o deserto de Ténéré em setembro de 1989.

No caso Kadhafi, a Câmara de acusação da Corte de Apelação de Paris havia confirmado a decisão do juiz de primeiro grau sobre a abertura do processo e julgado improcedente o recurso que alegava a violação do direito internacional penal costumeiro relativo à imunidade de jurisdição reconhecida aos Chefes de Estado estrangeiros. Em recurso, a Corte de Cassação concluíra pela impossibilidade de processar o Chefe de Estado em exercício diante da jurisdição francesa, entendendo que o costume internacional se opõe a que os Chefes de Estado em exercício possam, na ausência de disposições internacionais contrárias se impondo às partes concernidas, ser objeto de processo diante das jurisdições penais de um Estado estrangeiro⁸⁰⁷.

Em casos como esse, a Corte francesa teria prestigiado a que a imunidade funcionasse como uma barreira que protegeria um Estado das intrusões de outro Estado, nos casos onde não existe uma ação penal em nível internacional⁸⁰⁸, mas que representa, segundo pensa-se, o perigo de afastar a competência universal que permite a aplicação do direito internacional em matéria de graves violações onde quer que seu violador se encontre.

De todo modo, apesar dos avanços e retrocessos da jurisprudência nacional e internacional, parece menos controverso o entendimento de que a imunidade deve ceder à justiça internacional e é sobretudo nesse sentido que o direito internacional impõe a obrigação negativa aos Estados, não permitindo que se oponham questões de imunidades diplomáticas ou de Chefes de Estado em matéria de entrega de criminosos internacionais. Essa posição parece se confirmar em matéria de cometimento de crimes de massa.

⁸⁰⁷ COUR DE CASSATION. Chambre criminelle. Audience publique du mardi 13 mars 2001. N° de pourvoi : 00-87215.

⁸⁰⁸ ROULOT, Jean-François. **La coutume du droit international pénal et l'affaire « Kadhafi »**. Recueil Dalloz, 2001, p. 2631.

Por ser o primeiro Chefe de Estado a ser entregue à justiça penal internacional, o caso Milosević inaugura o entendimento da jurisprudência nesse sentido, a partir do ato de abertura de seu processo perante o Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia⁸⁰⁹. A decisão do Tribunal ressaltou que o artigo 7.2 do estatuto do TPII prevendo a ausência de imunidade dos Chefes de Estado encontra-se em consonância com o direito internacional costumeiro, encontrando suas origens na doutrina da responsabilidade penal individual desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial⁸¹⁰.

Esse entendimento se consolida no TPII de forma ainda mais sólida com o julgamento de Karadžić, caso emblemático e singular pelo fato de o ex-Chefe político da Bósnia-Herzegovina ter entabulado um acordo com o Estado americano, o qual lhe garantiria imunidade em troca da sua saída da vida pública. Diante do acordo, o acusado sustentara a necessidade de que o ato de acusação fosse retirado, alegando a incompetência do Tribunal ou, subsidiariamente, por abuso de procedimento⁸¹¹.

Após analisar o fato de que eventual acordo firmado com terceiro não obrigaria a jurisdição do Tribunal, no que concerne especificamente à imunidade, a Câmara de Apelação sublinhara que o acusado respondia por crimes graves como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, motivo por que é imperioso o interesse a que uma pessoa acusada de crimes universalmente condenáveis seja processada. Segundo a decisão, existe um interesse legítimo da comunidade internacional em ver o acusado julgado por crimes dessa natureza, fazendo com que a expectativa do acusado em ver declarada sua imunidade funde-se sobre uma falsa interpretação do direito aplicável, especialmente diante do fato de que uma das funções da jurisdição penal internacional é colocar fim à impunidade e garantir que graves violações sejam processadas e punidas⁸¹².

⁸⁰⁹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Slobodan Mlosevic**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° : IT-02-54-PT. Ordonnance fixant l'ouverture du procès. Ordonnance rendue le 4 février 2002. Disponível em : <http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸¹⁰ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Slobodan Mlosevic**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° : IT-02-54-PT. Décision relative aux exceptions préjudicielles. Décision rendue le 8 novembre 2001. Disponível em : <http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸¹¹ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radovan Karadžić**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° IT-95-5/18-PT, Décision relative à la demande concernant l'Accord Holbrooke, présentée par l'Accusé, 8 juillet 2009. Disponível em : <<http://www.icty.org/fr/cases/party/703/4>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

⁸¹² NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radovan Karadžić**. La Chambre d'Appel. Affaire n° IT-95-5/18-PT, Décision relative à l'appel interjeté par Radovan Karadžić contre la décision relative à la demande concernant l'accord Holbrooke. Décision rendue le 12 octobre 2009. Disponível em : <<http://www.icty.org/fr/cases/party/703/4>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

A condenação do ex-Primeiro Ministro Jean Kambanda pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda⁸¹³ é igualmente simbólica em matéria de ausência de imunidade, assim como também as condenações do ex-Presidente da Libéria Charles Taylor pelo Tribunal Especial de Serra Leoa⁸¹⁴ e do ex-Presidente do Chade Hissène Habré pelas Câmaras Especiais do Senegal⁸¹⁵.

No que concerne à obrigação negativa do Estado de não prever normas de imunidade, entende-se que a mesma decorre de uma série de instrumentos convencionais, cuja fonte se encontra no artigo 7 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg e no artigo 6 do Estatuto do Tribunal de Tóquio, além do princípio III dos princípios de Nuremberg⁸¹⁶.

Essas disposições restaram mais tarde confirmadas por textos idênticos constantes nos Estatutos inaugurais dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, em seus artigos 7 e 6, respectivamente, encontrando-se atualmente sedimentados tanto no artigo 27 do Estatuto de Roma⁸¹⁷ quanto no artigo 4º da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio⁸¹⁸.

Sobre a evolução acerca do entendimento de não ser concedida anistia e imunidade e sobre a imprescritibilidade de crimes que configurem graves violações de direitos humanos,

⁸¹³ NATIONS UNIES. Tribunal Pénal International pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean Kambanda**. Affaire N°: ICTR-97-23-S. Décision du 4 septembre 1998. Disponível em: <<http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict97-23/trial-judgements/fr/980904.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016..

⁸¹⁴ SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. **Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor**. Trial Chamber II. Case N° SCSL-03-01-T. 30 May 2012. Disponível em: <<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁸¹⁵ CHAMBRE AFRICAINE EXTRAORDINAIRE D'ASSISES. **Ministère Public c/ Hissein Habré**. Jugement rendu le 30 mai 2016. Disponível em: <http://www.forumchambresafriaines.org/docs/JugementCAEd'Assises_Penal&Civil_.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁸¹⁶ NATIONS UNIES. **Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal**. Texte adopté par la Commission à sa deuxième session, en 1950, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur les principes, est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1950, vol. II. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁸¹⁷ Artigo 27. Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.
2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa

⁸¹⁸ Artigo 4º. As pessoas que tenham cometido genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3º serão punidas, quer sejam governantes, funcionários ou particulares.

parece que uma visão de conjunto leva a um balanço positivo, pelo menos no que concerne à existência de uma regra consolidada⁸¹⁹ e à evolução da jurisprudência internacional.

Além da obrigação negativa de não-violação jurídica, incumbe ao Estado ainda o dever de não-violação fática. Trata-se da obrigação propriamente dita de não ofender os direitos humanos em sua dimensão pragmática ou, em outras palavras, da obrigação do Estado, por meio da conduta de seus agentes, de não violar direitos humanos consagrados pelo ordenamento jurídico internacional, praticando atos que seriam configuradores de crimes contra a humanidade ou de genocídio.

Toda obrigação negativa exige uma abstenção. No que concerne, portanto, à obrigação negativa do Estado de não violar o direito internacional por meio do cometimento de atos que lhe são contrários, a obrigação negativa exige antes de tudo que os Estados se abstenham de intervir no exercício dos direitos intangíveis assegurados pelo direito internacional.

Refere-se aqui a direitos intangíveis porque é justamente em relação a eles que os Estados não possuem o poder de legislar a respeito de seus condicionamentos ou exceções, uma vez que tais direitos possuem em si valores subjacentes que não pertencem à margem de apreciação exclusivamente estatal. Por visarem a proteção de valores que importam ao conjunto da humanidade, a obrigação de respeito dos Estados também não se sujeita a condicionamentos.

Pelo fato de os instrumentos internacionais protegerem os direitos dos indivíduos contra toda intervenção não justificada dos órgãos e agentes do Estado, essas obrigações negativas servem igualmente para fixar os limites de ação do Estado no que diz respeito aos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição.

A teoria das obrigações negativas em matéria fática encontra importante desenvolvimento na construção jurisprudencial da Corte europeia de direitos humanos, ao ressaltar que os direitos garantidos na Convenção europeia obrigam primeiramente o Estado de se abster de violá-los de maneira voluntária, paralelamente ao dever de tomar as medidas necessárias à proteção desses direitos⁸²⁰.

No caso *Osman contra Reino Unido*, referindo-se também às obrigações positivas dos Estados – relativas a tomada de medidas de proteção, a Corte aduz expressamente obrigação estatal de se abster de provocar a morte, atribuindo com isso duas dimensões ao dever de proteção de direitos. A decisão ressalta que paralelamente à obrigação do Estado de criar uma

819 FRULLI, Micaela. O Direito Internacional e os Obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In DELMAS-MARTY, Mireille & CASSESE, Antonio (Orgs). **Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, pp. 325-326.

820 *Affaire Mastromatteo c/ Italie*. Requête no 37703/97. Arrêt, Strasbourg, 23 octobre 2002. §67. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-65264\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 04 fev. 2017.

legislação penal compatível com o direito internacional, existe igualmente a obrigação tanto de tomar medidas de ordem prática para proteger o indivíduo cuja vida é ameaçada, quanto de não agir contra esse direito⁸²¹. Entendimento idêntico é expressado nos casos *Tanribilir contra Turquia*⁸²² e *L.C.B. contra Reino Unido*⁸²³.

A expressão *obrigação negativa* ainda é encontrada de forma tímida na jurisprudência das Cortes internacionais. Na Corte interamericana de direitos humanos, por exemplo, ela aparece no voto concorrente conjunto dos Juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli no caso *Niños de la Calle*.

Tratando-se de um dos casos mais cruéis de violação de direito massivo à vida julgado pela Corte, os Juízes referem-se tanto à obrigação negativa do Estado de não privar alguém da vida arbitrariamente, assim como da obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que o direito não seja violado. Segundo o voto, tais obrigações pertencem ao domínio do *jus cogens*⁸²⁴, porquanto referem-se à proteção de um direito intangível.

Embora não tenham desenvolvido uma verdadeira teoria de obrigações negativas, essas Cortes parecem deixar transparecer o sentido de obrigação negativa, de modo a deixar claro que os Estados não podem intervir, ou não podem nada fazer que porte ofensa aos direitos mais fundamentais, leia-se intangíveis, dos indivíduos.

Com vistas a garantir o cumprimento das obrigações negativas pelos Estados e mediante a criação de procedimentos de revisão da conduta dos Estados nos casos de violações, o sistema das Nações Unidas desenvolveu uma série de mecanismos a fim de lograr que estes respeitem direitos que, segundo a própria Carta de São Francisco, são matéria de interesse internacional.

Esse mecanismo de monitoramento incumbe ao Conselho de Direitos Humanos na ONU⁸²⁵ previsto no artigo 22 da Carta. Especificamente a partir da adoção da Resolução 5/1 do

⁸²¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Osman c. Royaume-Uni**. (87/1997/871/1083), Arrêt du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, fasc. 95, p. 3159 - 3160 §§ 115-116. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62809"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁸²² COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Tanribilir c. Turquie**. Requête n° 21422/93. Arrêt 16 novembre 2000. § 71. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-63543"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁸²³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Arrêt L.C.B. c. Royaume-Uni** du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III, p. 1403, § 36.

⁸²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 19 de noviembre 1999. Voto concorrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, § 2. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017..

⁸²⁵ Résolution 60/251 de l'AG portant création du CDH (2006) ; Résolution 5/1 du CDH sur la « Mise en place des institutions du Conseil des droits de l'Homme » (2007) ; Résolution 16/21 du CDH sur le « Réexamen des activités et du fonctionnement du Conseil des droits de l'Homme » (2011) ; Résolution 65/281 de l'AG sur l'« Examen de la question du Conseil des droits de l'Homme » (2011).

CDH, o Conselho colocou em prática alguns procedimentos em matéria de avaliação e controle de violações.

Dentre esses procedimentos se encontram o Exame Periódico Universal (EPU), que permite avaliar a situação dos direitos humanos em todos os Estados membros das Nações Unidas; o Comitê Consultivo, encarregado de fornecer pareceres sobre questões de direitos humanos; o Procedimento de solicitação, permitindo aos indivíduos e às organizações de se dirigirem ao Conselho para denunciarem violações flagrantes de direitos humanos; e os Procedimentos especiais, criados pela antiga Comissão de direitos humanos, composta por relatores especiais e grupos de trabalhos que monitoram situações de direitos humanos em países específicos.

7.2 As obrigações positivas

Em razão da força obrigatória que se entende possuir o direito internacional quando tem por objeto a proteção de valores universais, além das obrigações negativas que incumbem aos Estados, sobrevêm também obrigações positivas que se manifestam sobretudo na seara do direito internacional penal, porquanto esses deveres se relacionam com a responsabilidade estatal, em dois níveis.

O primeiro nível diz respeito à obrigação que todos os órgãos estatais possuem de respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, direito esse que se situa em um patamar superior à potestade do Estado, inclusive no que se refere à sua soberania para legislar. Assim, esse primeiro nível obrigacional diz com o compromisso dos Estados de adequação do direito nacional ao direito internacional, cuja principal premissa se traduz no dever de incriminação, de titularidade do Poder Legislativo.

Na medida em que existem direitos pertencentes a um núcleo duro de proteção a valores universais, a titularidade do poder discricionário do Estado, no que pertine à sua prerrogativa de decidir se os protege ou não, desaparece. Assim, em se tratando de ofensas aos direitos relativos aos valores dignidade humana e não-sofrimento, a margem de apreciação nacional deixa de ter lugar e advém a imposição aos órgãos estatais de atuarem de maneira conforme ao que dispõe o direito internacional⁸²⁶, fazendo com que esse dever de incriminação coloque o direito penal como *prima ratio* em matéria de graves violações aos direitos humanos.

⁸²⁶ Isto ocorre porque, conforme John Vervaele, « [l]a personne est titulaire de droits de l'homme lesquels font partie de sa dignité humaine et ne fondent pas, par conséquent, sur la position souveraine des États, mais limitent la souveraineté ou le pouvoir étatique, lesquels ne peuvent pas être invoqués pour justifier des atteintes ou pour

Essa obrigação tem início no fato de que os próprios Estados abrem mão de sua soberania ao serem signatários de um tratado internacional⁸²⁷, não se reduzindo, porém, a essa circunstância, porquanto o fato de não ser signatário de um tratado internacional ou de não o internalizar não será razão para sua não-incidência, tendo em vista que em geral essas obrigações nascem antes do direito internacional convencional, na seara, portanto, do direito internacional costumeiro.

Nesse sentido, a partir da premissa inicial de que se partiu, toda escusa de um Estado a fim de se eximir da responsabilidade de cumprir com suas obrigações positivas contraídas em sede de direito internacional, quer convencionalmente quer consuetudinariamente, sob o argumento de que não possui norma internalizada prevendo a respectiva obrigação, carece de suporte jurídico. Essa afirmação se confirma pela existência de uma bem sedimentada jurisprudência.

Já no final do século XIX, a solução de litígio pelo Tribunal de Arbitragem, entre o Estado do Alabama dos Estados Unidos da América contra a Grã-Bretanha, abordou a questão⁸²⁸, tendo decidido que o governo britânico não poderia se justificar com base no fundamento de insuficiência dos meios legais de ação que possuía, ou seja, na ausência de norma interna. A decisão entendeu que o Estado havia falhado no cumprimento dos deveres estabelecidos por um tratado internacional⁸²⁹ – no caso em epígrafe o VI Tratado de Washington. Embora o caso verse sobre um tratado que impõe obrigações somente às partes contratantes, a decisão serve de paradigma para as hipóteses em que o direito internacional convencional existe, mas não corresponde a uma norma de direito interno, caso em que essa inexistência deve ser indiferente para a criação de obrigações para o Estado. O fato de a norma

empêcher la protection internationale ». VERVAELE, John A. E. Violations graves des droits de l'homme et crimes internationaux. Du jus (non) puniendi de l'état a un deber puniendi impératif tiré du ius cogens. **Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé**, Paris, n. 3, Jui-Sep. 2014, p. 499.

⁸²⁷ « *Quand un État est partie à un traité international [...] tous ses organes, y compris ses juges, sont soumis à celui-ci [...] en vertu de quoi les juges et les organes rattachés à l'administration de la justice à tous niveaux sont dans l'obligation d'exercer ex officio un contrôle de conventionnalité* ». VERVAELE, John A. E. Violations graves des droits de l'homme et crimes internationaux. Du jus (non) puniendi de l'état a un deber puniendi impératif tiré du ius cogens. **Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé**, Paris, n. 3, Jui-Sep. 2014, p. 501.

⁸²⁸ A decisão arbitral decidiu a favor do requerente a propósito da questão relativa ao suposto privilégio da extraterritorialidade dos navios de guerra, afirmando não se tratar de um direito absoluto em virtude do que dispõe o direito das gentes, não podendo, por isso, ser utilizado como excusa dos efeitos da violação da neutralidade.

⁸²⁹ “*And whereas the government of Her Britannic Majesty cannot justify itself for a failure in due diligence on the plea of insufficiency of the legal means of action which it possessed*”. NATIONS UNIES. Recueil des sentences arbitrales. **Alabama claims of the United States of America against Great Britain Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871**, p. 131. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

interna não existir nem por isso desobriga o Estado de cumprir a obrigação que tem sua fonte no direito internacional.

Tal princípio transformou-se em regra de direito internacional convencional, positivada no Tratado de Viena do direito dos tratados, cujo artigo 27 refere expressamente que um Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

Essa obrigação se reforça pelos termos do artigo 46 do mesmo Tratado de Viena, o qual assevera que um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em se obrigar por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados. Essa regra comporta apenas uma exceção: ela não se aplica no caso de essa violação ser manifesta e dizer respeito a uma norma de direito interno de importância fundamental. Trata-se, no entanto, de exceção que não se aplica aos casos aqui abordados em virtude de não se tratar de problema de competência para a celebração de um tratado, mas fundamentalmente de problema na internalização de tratados regularmente firmados.

O segundo nível de responsabilidade estatal decorre de seu dever de atuar contra a impunidade, obrigação que pertence em primeiro lugar ao Estado, tendo em vista que é ele quem possui os mecanismos capazes de fazer mais facilmente atuar os organismos responsáveis pelo exercício do direito de punir. Esses deveres começam na obrigação de investigar e culminam com as obrigações de processar, julgar e, se for o caso, condenar graves violações aos direitos humanos⁸³⁰ e são aliados a uma série de normas garantidores do bom desenrolar da persecução.

Trata-se de uma criação de obrigação que se estabelece em um nível diferente do primeiro caso, uma vez que não concerne a obrigações dos Estados entre si, mas particularmente a obrigações que em substância regulam direitos entre os indivíduos e os Estados ou ainda direitos que se estabelecem entre indivíduos a partir de uma norma internacional, mas da qual os Estados restam concernidos devido a seu dever protetivo.

⁸³⁰ Como afirma John Vervaele, o “*nuevo deber positivo consiste en obligaciones para el Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, haciendo, inter alia, uso obligatorio de su sistema penal. Se podría decir que el respecto de los derechos humanos se convierte en un nuevo bien jurídico, que no solo merece tutela penal, sino que obliga a la misma, tanto por criminalización primaria como secundaria. El estado tiene un deber de garantía de cumplimiento con los derechos humanos, que vinculado a la figura de los remedios efectivos, ha servido para construir esta obligación positiva.*” VERVAELE, John A. E. **Internacionalización del derecho penal y procesal penal: Necesidades y desafíos.** Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015, p. 375.

Nesse último caso, a criação de obrigação aos Estados resulta do denominado efeito horizontal de uma convenção internacional, que consiste na aplicação de uma norma internacional nas relações privadas que, em matéria de direitos humanos, é abordada como uma espécie de oponibilidade dos direitos humanos nas relações intersubjetivas⁸³¹.

Interessa aqui particularmente a obrigação positiva que se impõe diretamente aos Estados em relação à proteção dos indivíduos, que em matéria de salvaguarda dos valores humanos universais diz especificamente com a obrigação do Estado em impedir ou pelo menos reduzir a prática de graves ofensas aos direitos humanos. No caso de essa ofensa ocorrer, a obrigação estatal atinge um segundo nível, consistente no dever de reduzir os níveis de impunidade relativamente a crimes dessa natureza.

A finalidade de redução dos níveis de impunidade no que se refere às violações de valores universais são objeto de regulamentação pelas Nações Unidas, que igualmente em matéria de obrigações positivas elaborou um conjunto de princípios atualizados para a proteção e a promoção dos direitos humanos⁸³², transparecendo o Estado como o seu ator principal.

Nesse instrumento, constam de forma ampla as obrigações que são impostas às instituições nacionais em se tratando de cometimento dessas graves ofensas, iniciando por referir-se às obrigações decorrentes do direito à verdade⁸³³, regido especialmente pelos princípios da inalienabilidade do direito ao conhecimento dos fatos e do direito à preservação da memória, além do direito à justiça, que impõe aos Estados a incumbência de conduzir investigações imparciais e de tomar medidas apropriadas em relação a perpetradores, particularmente em matéria de justiça penal, garantindo que os responsáveis por crimes graves de direito internacional sejam processados, julgados e devidamente punidos.

As obrigações positivas dos Estados em matéria de proteção dos indivíduos e da humanidade como um todo, para que possam ser melhor compreendidas, podem ser analisadas tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista instrumental, o primeiro aspecto

⁸³¹ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. **CEDH et droit privé**: l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français. Paris: La Documentation française, 2001, pp. 77-78.

⁸³² UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. **Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity**. Sixty-first session. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 February 2005. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 out. 2017. CHAMBRE AFRICAINE EXTRAORDINAIRE D'ASSISES. **Ministère Public c/ Hissein Habré**. Jugement rendu le 30 mai 2016. Disponível em: <http://www.forumchambresafricaines.org/docs/JugementCAEd'Assises_Penal&Civil_.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁸³³ Trata-se de uma obrigação positiva que possui como inerente o direito à verdade tanto como direito dos indivíduos interessados diretamente (verdade do caso) como um direito de toda a sociedade a conhecer os fatos (Verdade global). VERVAELE, John A. E.. **Internacionalización del derecho penal y procesal penal**: Necesidades y desafíos. **Lima**: Jurista Editores E.I.R.L., 2015, p. 381.

consistindo na obrigação que possuem os Estados nacionais de adequar a legislação interna tendo como parâmetro as garantias consagradas no direito internacional e o segundo aspecto dizendo respeito à colocação em prática dessas garantias, tratando-se especificamente da obrigação persecutória que os órgãos estatais possuem em relação a essas graves violações.

A primeira obrigação positiva que se impõe aos Estados em decorrência da necessária proteção dos indivíduos e, por consequência, da humanidade em seu conjunto, contra a violação de valores universais e absolutos protegidos pelo direito internacional diz com o dever de adequação de legislação interna.

Trata-se de dever que se relacionará intimamente com a prerrogativa de que os órgãos jurisdicionais domésticos possam exercer uma jurisdição efetiva em relação a crimes graves nos termos do direito internacional, de acordo com os princípios do direito internacional consuetudinário e convencional, o que inclui a adoção de medidas restritivas que potencialmente assegurem a impunidade desses atos de violações.

Além da obrigação que os Estados possuem de internalizar os tratados internacionais de que são signatários, da natureza das normas de direito internacional protetoras de valores da humanidade decorre o ônus de sua harmonização, que consiste no dever imposto aos Estados nacionais de adaptar suas respectivas legislações internas, de modo a que não sejam contraditórias com os postulados do direito internacional e que permitam a sua aplicação sem restrições, compreendendo-se nesta obrigação o dever de fazê-las incidir sobre condutas que os violem, o que deverá fazê-lo por meio do exercício da jurisdição de forma efetiva, mediante a observância de uma série de garantias.

A complexidade da questão consiste em que, de um lado, a legitimidade da criação do direito nesses casos pertence ao direito internacional por se tratarem de violações a valores universais que não consistem em assunto privativamente interno dos Estados e, por isto mesmo, escapam de sua margem de apreciação, mas que, de outro lado, exigem um alto nível de interação entre direito internacional e direito nacional⁸³⁴, que só se satisfaz pela imposição de deveres aos Estados, traduzidos em obrigações positivas.

⁸³⁴ « *La situation est en effet devenue extrêmement complexe : d'une part les sources du droit international pénal renvoient aux droits nationaux, soit au titre des principes généraux de droit, soit à travers la coutume internationale ; d'autre part l'extension de la compétence nationale, tant par le jeu des règles traditionnelles (territorialité et compétence personnelle, active ou passive), qu'en raison (a fortiori) du principe de compétence universelle, implique une certaine intégration du droit international par les juges nationaux, même si le degré d'intégration varie considérablement selon le pays et selon les crimes considérés* ». DELMAS-MARTY, Mireille. La Cour pénale internationale et les interactions entre le droit interne et international. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. Paris, n. 1, Jan-Mars 2003, p. 2.

Ao dissertar sobre as bases da obrigação no direito internacional, James Leslie Brierly traz à tona duas doutrinas rivais que procuram responder à questão sobre por que os Estados deveriam observar as regras de direito internacional: de um lado, a doutrina dos direitos fundamentais e, de outro, a doutrina do positivismo⁸³⁵.

A doutrina dos direitos fundamentais transpõe aos Estados a teoria do direito natural, mas nesse caso não para engrandecer a liberdade dos Estados individualmente considerados e sim para reforçar as obrigações destes uns em relação aos outros, em razão da sua cada vez mais próxima interdependência. Por sua vez, a doutrina positivista explica que o direito internacional consiste em um conjunto de regras a que os Estados consentiram expressamente em obedecer.

Segundo Brierly, no entanto, não é o consenso dos Estados que cria o direito internacional, porquanto uma nova regra de direito não pode ser imposta aos Estados meramente pela soma de suas vontades. Além disso, o consentimento não pode por si só criar uma obrigação, pois se assim fosse se deveria admitir que um consentimento que é anulado coloca fim à obrigação por ele criado. Brierly contraria solenemente a doutrina Hegeliana de autolimitação da soberania, na medida em que uma limitação auto imposta não é uma limitação.

Por isso, em matéria de obrigações positivas derivadas do direito internacional não há mais lugar para a doutrina positivista, porquanto se deve considerar que o sistema composto pelo direito internacional costumeiro e convencional não é formado apenas da soma das regras feitas pelos Estados e sim de normas que surgem do consenso da comunidade internacional.

Do mesmo modo, não se sustenta a doutrina dos direitos fundamentais da forma simplista como é colocada enquanto mera transposição dos direitos aos Estados, porquanto a finalidade precípua do direito internacional não é reger as relações entre os Estados, criando para eles obrigações, mas sim proteger os indivíduos, inclusive contra as arbitrariedades praticadas pelos próprios Estados nacionais.

Nesse sentido, afirma Brierly que o grande erro de todas essas teorias é considerar que os Estados possuem uma personalidade e uma vontade, como o fez Hobbes ao comparar os Estados às pessoas, quando em realidade não o são. Os Estados não são nada mais do que entes abstratos criados pelos seres humanos com a intenção de viverem em segurança sob um sistema ordenado que tem a lhes proteger⁸³⁶.

⁸³⁵ BRIERLY, J. L. **The Law of Nations:** An Introduction to the International Law of Peace. 6th ed., Oxford: Sir Humphrey Waldock, 1963, pp. 49-56.

⁸³⁶ “*We have accepted a false idea of the state as a personality with a life and a will of its own, still living in a ‘state of nature’, and we contrast this with the ‘political’ state in which individual men have come to live*”. BRIERLY,

Por isso, o sentido da existência das obrigações positivas dos Estados em relação ao direito internacional no que se refere à proteção de valores universais merece ser investigado de uma forma menos simplificada, tanto de um ponto de vista filosófico quanto de um ponto de vista jurídico, se compreendido o direito como um sistema de alcance mundial.

Fecha-se aqui um ciclo da presente pesquisa, cujo alicerce propositivo vem amparado na doutrina filosófica que concebe o direito internacional a partir do ponto de vista da unidade do gênero humano, longe, portanto, de concepções fundamentadas na primazia da razão de Estado ou de uma superioridade do princípio da soberania dos Estados.

Nesse sentido, do ponto de vista filosófico, as raízes mais profundas da fonte das obrigações positivas impostas aos Estados podem ser encontradas em Hugo Grócio, naquilo em que previu a existência de uma lei de natureza que funda as bases do direito internacional, porquanto essa lei natural demonstra a existência de princípios pertencentes a um nível superior, a exigir que a humanidade não pode existir sem que reconheça a existência de direitos mútuos, que devem ser protegidos por algo mais amplo do que o direito de um Estado-Nação. Esses princípios de nível superior devem, em razão de sua natureza, ser respeitados tanto por Estados quanto por indivíduos.

Embora Grócio tenha diferenciado o *jus naturale* do *jus gentium* (entendendo este último como o direito positivado), esses direitos seriam o que hoje se pode identificar com o quadro de proteção aos valores universais da humanidade, reconhecidos em todas as sociedades humanas e acima das culturas, dando origem ao direito internacional costumeiro, que na sua maior parte foi positivado pela via do direito internacional convencional.

Do ponto de vista jurídico, essas obrigações positivas impostas aos Estados podem ser entendidas segundo o que Cherif Bassiouni denomina sistema de reforço indireto do direito internacional, especialmente em matéria penal. Isto se dá porque as obrigações decorrentes do direito internacional, em geral expressas em tratados, requerem dos Estados a inclusão de normas referentes à proibição de crimes internacionais em suas leis domésticas, tendo em vista a necessidade de proteção de valores compartilhados pela comunidade internacional, a exigir a criação desses sistemas complementares⁸³⁷.

J. L. **The Law of Nations:** An Introduction to the International Law of Peace. 6th ed., Oxford: Sir Humphrey Waldock, 1963, p. 54.

⁸³⁷ “The ‘indirect enforcement system is predicated on treaty obligations. These treaty obligations require states to include ICL prohibitions in their domestic criminal laws, thereby transforming international crimes into domestic crimes. Moreover, ICL treaty obligations contain provisions that impose the duty on signatories to prosecute or extradite, and to provide legal assistance to states seeking to prosecute. [...]. The unarticulated premise underlying the obligations to enforce international crimes, in reliance on the ‘indirect enforcement system’, is that an international community with shared common values exists. It therefore has the same collective interest in upholding these values by enforcing the transgression of norms which embody them. Consequently, the

Esse sistema de reforço indireto advém de uma concepção de *civitas maxima*, que parte da ideia de mundo como uma só comunidade pertencente à toda a humanidade e que contemporaneamente deve ser entendida no sentido de uma solidariedade humana e social e de um valor derivado de interesses comuns. Esse reforço indireto derivaria ainda de certos postulados universais e imperativos morais que se entende sejam proibitivos de determinadas condutas tanto da parte dos indivíduos quanto da parte dos Estados. Esses imperativos, assim, limitam as ações dos Estados e os impelem a cooperar pelo bem comum e pelos interesses comuns de uma comunidade humana⁸³⁸.

No marco do Estado democrático de direito, uma das funções mais primordiais do Estado consiste em garantir a proteção dos indivíduos, e isto contra o próprio poder do Estado⁸³⁹ – este foi aliás o fundamento que fez nascer a teoria dos direitos humanos, como já se teve oportunidade de discorrer.

Por isso, essa obrigação positiva dos Estados se acentua em matéria de graves violações aos direitos humanos⁸⁴⁰, caso em que o dever de adequação do direito nacional ao direito internacional no que se refere à proibição dessas ofensas gera para os Estados a obrigação de incriminar as condutas correspondentes.

Uma das questões que se colocam frente ao dever dos Estados de se adequarem ao direito internacional e, nesse caso, ao dever de incriminar, começa pelo problema de sua

international community collectively and in its singular units, has an obligation to prevent and suppress certain international crimes that adversely affect the values and interests of that community". BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international Criminal Law**. 2nd Revised Edition. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 35. No mesmo sentido: HALL, W.E. **A Treatise on International Law**. 8th ed., Oxford: A. pearee Higgins, 1924, p. 68, que embora afirme que os Estados não cumprem sua obrigação, sustenta: "*Sometimes it is said that crimes, or at least the more serious crimes, are not merely an infraction of a command which a particular society chooses to give; they sap the foundations of social life, they are an outrage upon humanity at large, and all human beings therefore ought to contribute to repress them. [...] It implies that international law commands human beings to combine for the repression of everything which is gravely injurious to the bases of social life*".

⁸³⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to international Criminal Law**. 2nd Revised Edition. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 36.

⁸³⁹ "*La función de los derechos humanos consiste, en esencia, en la protección del ciudadano contra el poder del estado, obligando al Estado a actuar dentro del marco del estado de derecho democrático y otorgando al ciudadano el uso de sus derechos humanos y protegiendo su dignidad humana*." VERVAELE, John A. E. **Internacionalización del derecho penal y procesal penal: Necesidades y desafíos**. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015, p. 374.

⁸⁴⁰ Como ressaltam Antonio Augusto Cançado Trindade e Abreu Burelli em seu voto concorrente no caso Villagrán Morales vs. Guatemala: "*El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos*". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 19 de noviembre 1999. Voto concorrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, § 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

fragmentaridade⁸⁴¹, uma vez que ao contrário do direito nacional que possui como fonte exclusiva o Estado dotado de soberania, as fontes do direito internacional são múltiplas.

No entanto, não será a natureza da fonte, mas seu conteúdo, que irá determinar a obrigatoriedade de sua observância pelos Estados. Algumas normas, sendo protetivas de valores universais, possuem natureza absoluta e tanto aos Estados quanto aos indivíduos é imposta a sua força coercitiva, como normas de *jus cogens* que são, fazendo com que sejam desprovidas de valor decisões internas que não respeitam o caráter obrigatório das respectivas normas internacionais e que autorizam o Estado a descumprir com suas obrigações positivas.

É o caso da decisão da Corte Suprema Argentina a propósito da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, reivindicando a margem de apreciação nacional e asseverando que a Corte IDH não pode revogar sentenças nacionais, pois isto seria privar a Corte Suprema de seu caráter de órgão de hierarquia máxima do Poder Judiciário argentino e substituí-la por um Tribunal Internacional. A relevar, no entanto, o voto dissidente do juiz Juan Carlos Maqueda, em que afirma que após a reforma constitucional de 1994 as sentenças da Corte IDH devem ser executadas pelo Estado, sendo obrigatórias para a Corte Suprema⁸⁴².

Apesar da existência de decisões que desconhecem a existência de valores que se situam acima do mero interesse dos Estados e que continuam arraigadas aos pilares do direito internacional clássico, limitado a reger as relações entre os Estados, compreendendo-os como entes soberanos absolutos e como únicas fontes de direito, pensa-se de modo diametralmente oposto. Entende-se que tanto que exista uma proibição de direito internacional visando a proteção dos indivíduos nos seus direitos mais fundamentais e da humanidade em seu conjunto, nascerá para os Estados não somente o dever de adequar seu direito nacional, como também o dever de garantir que essas incriminações não contenham obstáculos à sua aplicação prática.

A primeira das obrigações positivas imposta aos Estados em decorrência da proteção a valores universais feita pelo direito internacional por meio de proibição de condutas é, portanto, a obrigação de criar normas que garantam a mesma proteção contra violações na seara doméstica, se estas ainda não existem. Trata-se da obrigação de incriminar que tem por

⁸⁴¹ Sobre essa fragmentariedade que ainda assim impõe a obediência dos Estados a algumas normas de direito internacional, ver: BROUDE, Tomer; SHANY, Yuval (Orgs.). **The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity**. Essays in honour of Professor Ruth Lapidoth. Portland: Hart Publishing, 2008.

⁸⁴² REPÚBLICA ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Carlos Saul Menem c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios**. Decisão de 14 de febrero de 2017. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357161>>. Acesso em: 28 out. 2017.

consequência a utilização do direito penal nacional como o principal instrumento de coerção e que retira dos Estados a margem de apreciação nacional quanto à discricionariedade da incriminação.

Quanto à utilização do direito penal como *prima ratio*, pensa-se oportuno traçar algumas limitações, tendo em vista que em matéria de direito interno vigora em regra o princípio da subsidiariedade do direito penal, cuja incidência somente deve ser chamada como *ultima ratio* do ordenamento jurídico, quando todos os outros ramos do direito se mostrarem ineficazes à proteção dos bens jurídicos, dado o caráter extremamente aflitivo da sanção penal.

No entanto, esse princípio da intervenção mínima subverte-se em matéria de ofensas graves a valores universais: a amplitude da obrigação de incriminar nesse caso repousa sobre a necessidade de chamar o direito penal a intervir a fim de sancionar comportamentos que lesam interesses essenciais. Nesse caso, as proibições de ofensas garantidas pelo direito internacional, especialmente por mandamentos de natureza penal, transferem-se ao legislador nacional sob a forma de dever. O Estado perde o poder discricionário sobre a escolha da penalização, porquanto a proibição é imperativa.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu judiciosa jurisprudência sobre a obrigação positiva de incriminar mediante a utilização precípua do direito penal, reiterando em diversos julgamentos que essa obrigação advém do direito das gentes como norma universalmente aceita, que impõe ao Estado o dever de assegurar a sua execução efetiva. Segundo a Corte, os Estados assumem internacionalmente a obrigação de adequarem seu direito interno ao direito internacional, a fim de garantir aplicação aos direitos por esse assegurados, implicando com isso a adoção de todas as medidas legislativas necessárias para efetivá-los a fim de que as normas garantidoras alcancem o seu *effet utile*⁸⁴³.

Na elaboração desse edifício jurisprudencial sobre a obrigação de incriminar, a Corte Interamericana aborda um grande número de violações a valores universais e absolutos, tais como o desaparecimento forçado de pessoas, o aprisionamento ilegal, o extermínio, a tortura e outros tratamentos desumanos ou degradantes.

Em matéria de crime de desaparecimento forçado, no caso Trujillo Oroza contra Bolívia, a Corte expressou o entendimento de que a obrigação de incriminar e de garantir o efeito útil às convenções internacionais advém dos postulados do direito das gentes,

⁸⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos Y Otros Vs. Chile). San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 5 de Febrero de 2001, § 87. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

asseverando que a ausência de tipificação do crime de desaparecimento forçado pelo Estado boliviano obstaculizara a efetividade dos procedimentos investigatórios e punitivos, a permitir a impunidade da violação, o que é não se admite em matéria de proteção de valores fundamentais⁸⁴⁴.

Sobre o mesmo tema, no julgamento do caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia, reiterando seu entendimento sobre a obrigação geral dos Estados de adequar seus respectivos ordenamentos jurídicos internos à Convenção Americana, a fim de garantir seu efeito útil, a Corte afirma que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o dever de investigar e sancionar seus responsáveis, que dela decorre, consiste em uma proibição que atingiu o *status de jus cogens*⁸⁴⁵.

Além disso, a Corte referiu-se expressamente à obrigação geral dos Estados de adequar seu direito interno às normas da Convenção Americana, bem como à Convenção sobre desaparecimentos forçados, cujo vácuo legislativo acaba por favorecer a impunidade desses crimes graves. Nesse julgamento do caso Ibsen Cardenas, concorda-se com o posicionamento da Corte naquilo que afirma que a obrigação positiva do Estado decorre da norma consuetudinária segundo a qual um Estado deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações contidas no direito internacional⁸⁴⁶, afastando-se do seu posicionamento apenas naquilo que entende que esta obrigação decorre do fato de o Estado ter sido signatário do tratado, porquanto pensa-se que o direito consuetudinário em matéria de graves violações de direitos humanos já teria força suficiente para impor essas obrigações positivas aos Estados.

Por ocasião do julgamento do caso Ticona Estrada e outros contra Bolívia, a Corte reconheceu que a Bolívia já havia não apenas ratificado em seu direito interno a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, como também havia tipificado o crime de desaparecimento forçado de pessoas em um tempo razoável⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Reparaciones y costas), 27 de febrero de 2002, § 97. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁸⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ibsen Cárdenas E Ibsen Peña vs. Bolivia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 1 de septiembre de 2010, § 197. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁸⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ibsen Cárdenas E Ibsen Peña vs. Bolivia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 1 de septiembre de 2010. § 193. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁸⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 27 de noviembre de 2008, § 105. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

Tem-se, porém, uma discordância em relação ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual entende que essa obrigação de criar o tipo penal somente nasce para o Estado a partir do momento em que ele ratifica a convenção internacional em seu direito interno. Pensa-se, no entanto, que essa posição merece críticas, pois entender nesse sentido seria o mesmo que afirmar que é o Estado quem cria a obrigação para si mesmo e remonta a um caráter extremamente voluntarista do direito internacional, que somente produziria efeitos por obra da vontade dos Estados. Pensa-se, assim, que a obrigação de incriminar nasce do próprio conteúdo protetivo do direito internacional que cria um dever de engajamento ao Estado no que toca à repressão de graves violações à comunidade internacional e que antes de nascer de um tratado internacional tem sua fonte no direito internacional costumeiro, que é o que lhe dará o caráter de *jus cogens* e irá gerar a obrigação *erga omnes* em relação não somente a todos os Estados como também a todos os indivíduos.

No caso Gomes Lund contra Brasil, o Estado brasileiro foi igualmente condenado a incriminar, em um prazo razoável, o desaparecimento forçado segundo os parâmetros interamericanos, obrigação esta solenemente descumprida até então. A decisão reforça a compreensão do crime de desaparecimento forçado como um crime contra a humanidade, porquanto circunstanciado de uma série de atos cruéis e desumanos, a começar pela ausência de informação dos familiares das vítimas acerca de seu destino, o que lhes retira o direito de encontrar os restos mortais de seus entes queridos e de realizar os necessários rituais de despedida, além da própria existência de um contexto de antecedentes detenções arbitrárias, torturas e execuções por parte das forças de segurança do governo militar brasileiro, a demonstrar um padrão de repressão, perseguição e eliminação sistemática e generalizada da oposição política do regime ditatorial, constituindo um de seus episódios mais sangrentos⁸⁴⁸. A decisão vem ao encontro do que se sustenta neste trabalho. Afirma que por se tratar de grave violação de direitos humanos, em razão de uma importância particular das ofensas, bem como da natureza dos direitos que são lesados, o crime de desaparecimento forçado possui caráter de *jus cogens*⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) Vs. Brasil**. San José, Costa Rica: Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 24 de novembro de 2010. §83. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁸⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) Vs. Brasil**. San José, Costa Rica: Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 24 de novembro de 2010. §§105. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Rechaçada a alegação do Brasil no sentido de que não haveria crime contra a humanidade por violação ao princípio da legalidade penal sob o fundamento de que este somente teria passado a existir com a adoção do Estatuto de Roma, posterior aos fatos, tendo em vista o caráter declaratório das normas que descrevem o conteúdo do crime contra a humanidade, a obrigação de incriminar se confronta nesse caso com outros dois argumentos trazidos pelo governo brasileiro: o do advento da Lei nº 9.140/95, em que as pessoas desaparecidas envolvidas nas atividades políticas contrárias à ditadura militar foram reconhecidas como mortas, reconhecendo-se o direito à uma reparação pecuniária às suas famílias, e o da publicação do relatório Direito à Memória e à Verdade.

A Corte utiliza-se dessas alegações do Brasil como forma de entender provados os fatos, em uma atitude de reconhecimento à prática de desaparecimentos forçados no período de terror de Estado da ditadura militar e nesse sentido enfatiza que a obrigação de incriminar não se satisfaz por meio de medidas puramente reparatórias, compensatórias ou reconciliatórias, como a utilização de mecanismos da justiça de transição, dentre eles a instauração de Comissões da Verdade e o pagamento de indenizações de natureza pecuniária, evidenciando assim a nosso ver o caráter de *prima ratio* do direito penal em matéria de graves violações de direitos humanos.

A justiça de transição ergue-se sobre os pilares da justiça, verdade, reparação e reconstrução das Instituições, sendo a justiça penal a primeira *conditio sine qua non* para o cumprimento do objetivo precípuo da garantia da não-repetição, notadamente quando no período ensejador da instauração da justiça de transição foram cometidas violações que alcançaram o caráter de proibição de *jus cogens* e sobre as quais o Estado não possui o poder discricionário de escolher se os pune ou não. É deste postulado que decorre a obrigação de incriminação, a qual coloca o direito penal como o primeiro instrumento do ordenamento jurídico nacional, e não o último.

Na decisão do caso Goiburú e outros contra Paraguai, a Corte IDH analisa a obrigação de incriminar relativamente aos crimes de desaparecimento forçado⁸⁵⁰ e tortura, mencionando

⁸⁵⁰ Ao circunstanciar o desaparecimento forçado, descrevendo-o em um conjunto de atos cruéis praticados até o atingimento da do resultado-fim. Dentre estes atos estão a detenção ilegal, acompanhada de torturas, com a utilização de chicotadas e a colocação da vítima em uma pia com água, sangue e restos humanos – prática denominada “pileteada”. Esses abusos foram descobertos a partir de 1992 a partir do acesso ao *Centro de Documentación para la Defensa de los Derechos Humanos*, nomeado “*Archivo del Terror*”, restando provadas as graves ofensas cometidas no Paraguai no período da ditadura do General Stroessner, retratando um panorama amplo de violação de direitos humanos, composto pela prática sistemática de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados, além da cooperação internacional entre os regimes ditatoriais. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. §§ 61.35 e 61.121. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

a disparidade existente entre o direito internacional e o direito nacional e reafirmando a existência de um *standard* mínimo imposto pelo direito internacional que deve ser observado no que se refere à penalização. Nesse sentido, o dever de incriminar e a imposição de utilização do direito penal como *prima ratio* não são satisfeitos nas hipóteses em que os Estados suprimem das figuras típicas elementos considerados irredutíveis à incriminação, sobretudo em crimes que possuem o caráter de *jus cogens*, como é o caso da tortura e do desaparecimento forçado⁸⁵¹.

Para o juiz europeu, essas obrigações positivas, mais do que uma evidência, são inerentes e consubstanciais aos direitos garantidos, podendo engajar a responsabilidade do Estado pela ingerência passiva sobre esses direitos, em razão da não-adoção de medidas positivas que a aplicação concreta do direito reclama, em especial de ordem normativa, ligada à ausência de uma legislação protetora. Pela base das obrigações positivas, será a inércia dos poderes públicos – e nesse caso do Poder Legislativo – que engajará a responsabilidade estatal⁸⁵².

No que se refere ao dever de incriminar, no julgamento do caso *Siliadin contra França*, a Corte Europeia de Direitos Humanos referiu-se à necessidade de tipificação das novas formas de escravidão, trabalhos forçados e tráfico de seres humanos, referindo decorrer da necessária garantia ao artigo 4º da Convenção Europeia de Direitos Humanos a obrigação positiva estatal de adotar as disposições em matéria penal que sancionem as práticas visadas pela proibição da escravidão e dos trabalhos forçados, para que possam ser concretamente aplicados.

Nesse julgado, a Corte Europeia elevou a proibição da escravidão como valor fundamental – compreendida na presente pesquisa como sendo a proibição do sofrimento – assim como a proibição da tortura. Ambas não comportam nenhuma espécie de derrogação. Por isso, a Corte entendeu que as obrigações positivas que pesam sobre um Estado decorrentes do artigo 4 da convenção comandam a criminalização e a repressão de todo comportamento tendente a manter um indivíduo em situação de escravidão⁸⁵³.

No mesmo sentido, mas em relação à aplicação do artigo 3 da Convenção Europeia, relativa à proibição da tortura e no caso concreto utilizado para uma hipótese de crime de estupro, a CEDH asseverou que os Estados possuem a obrigação positiva de adotar as

⁸⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. §§ 92-93. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

⁸⁵² SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l'homme**. 13^e édition refondue. Paris : Presses universitaires de France, 2016, pp. 247-252.

⁸⁵³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Siliadin c/ France**. Requête no 73316/01. Arrêt du 26 juillet 2005, §§ 89 et 112. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-69890\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

disposições em matéria penal que efetivamente sancionem o estupro, a fim de que essas normas penais sejam aplicadas em uma persecução efetiva⁸⁵⁴.

A necessária adequação da legislação doméstica e a utilização do direito penal como *prima ratio* foram também consagrados pela Corte europeia de direitos humanos no julgamento do caso X e Y contra Holanda, tendo sido considerada insuficiente a proteção do direito civil em um caso de estupro, entendendo-se que somente a legislação penal pode assegurar uma proteção eficaz em matéria de valores fundamentais⁸⁵⁵.

Esse dever de incriminar, que coloca em primeiro plano o direito penal na tarefa de prevenir e punir graves violações de direitos humanos, retira dos Estados a margem de apreciação nacional no que pertine à escolha sobre incriminar ou não as condutas que representam essas ofensas, tanto no que se refere à incriminação quanto no que diz com a impossibilidade de criar obstáculos normativos para a persecução⁸⁵⁶, como seria o caso da obrigação, desta vez positiva, de adequar a legislação nacional por meio da revogação de normas que eventualmente prevejam anistia, prescrição ou imunidades para violações que se caracterizem como crimes contra a humanidade.

Emblema da soberania, a incriminação penal, durante quase toda a história da humanidade vinculada ao exercício do poder do governante, desde a criação do Estatuto do Tribunal Penal de Nuremberg, deixou de ser monopólio do Estado. Em relação a direitos que pertencem ao núcleo duro de *jus cogens*, entende-se que o Poder Legislativo nacional não possui o poder discricionário de escolher se incrimina ou não as respectivas violações, encontrando-se, ao contrário, obrigado a incriminar, por decorrência da obrigação positiva que é inerente aos direitos universais e absolutos garantidos na ordem internacional.

⁸⁵⁴COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire M.C. c. Bulgarie**. (Requête no 39272/98). Arrêt du 4 décembre 2003, § 153. Disponível em: <

⁸⁵⁵ « *La Cour estime insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits du type de celui dont Y a été victime. Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine ; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question. Au demeurant, comme le souligne la Commission, en la matière les Pays-Bas ont opté de façon générale pour un système de garantie fondé sur le droit pénal. A la connaissance de la Commission et de la Cour, il présente une seule lacune qui concerne les personnes dans la situation d'Y : pour elles, sa mise en oeuvre se heurte à un obstacle de caractère procédural que le législateur néerlandais n'avait apparemment pas prévu* ». COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire X et Y c/ Pays-Bas**. Requête no 8978/80. Arrêt du 26 mars 1985, § 27. Disponível em: <

⁸⁵⁶ « *Les États doivent ainsi recourir à la répression pénale pour protéger les droits de l'homme, soit par la criminalisation de certaines atteintes aux droits de l'homme, soit par la suppression d'obstacles aux poursuites pénales qui favorisent l'impunité des auteurs de ces atteintes* ». MARTIN-CHENUT, Kathia. Droit international des droits de l'homme et droit pénal : obligation de poursuivre des actes de torture et exclusion de la preuve obtenue sous contrainte dans la jurisprudence interaméricaine. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Paris, Avril-juin, 2014, p. 413.

A ideia de margem de apreciação nacional foi elaborada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que em determinados julgamentos passou a elaborar critérios que impõem a utilização do direito penal. Esses critérios, vinculados às espécies de atos praticados, à importância do valor protegido e aos danos sofridos pelas vítimas, determinam aos Estados a perda de seus direitos soberanos de decidir ou não em recorrer à via penal.

No que se refere aos valores protegidos, existe um consenso, a partir do conjunto de julgamentos, acerca da impossibilidade conferida aos Estados de apreciarem a conveniência de criminalizar sobre ofensas ao direito à vida, à integridade física, à liberdade sexual e o direito de liberdade, este último muito especialmente vinculado aos julgamentos concernentes à proibição do trabalho forçado a que a Corte fora chamada a se manifestar, como fora o julgamento do caso *Siliadim contra França*.

Esta imposição de incriminar pela via da retirada da margem nacional de apreciação determina ao legislador nacional um sistema de preferência obrigatória pela utilização do direito penal, sem prejuízo da utilização de outros mecanismos de proteção, imposição esta que o juiz europeu exercita dentro de um quadro do sistema de proteção dos direitos humanos⁸⁵⁷ que impõe aos Estados a adoção de todas as medidas necessárias para garanti-los, no senso do princípio do efeito útil.

No entanto, mesmo em havendo cumprimento pelo Poder Legislativo da obrigação de adequação do direito interno ao direito internacional, atos, especialmente omissivos, praticados pelo Estado, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Judiciário, podem engajar a responsabilidade internacional do Estado⁸⁵⁸ no que se refere à aplicação prática das garantias previstas pelo direito internacional.

Nesse sentido, a obrigação dos Estados de reprimir por meio da persecução graves violações a valores universais decorre da força superior do direito internacional costumeiro que engaja os Estados a lutarem contra a impunidade de crimes que tocam a comunidade internacional, encontrando abundante confirmação em textos escritos, como é o caso da Convenção para a prevenção e repressão do genocídio⁸⁵⁹, da Convenção sobre a

⁸⁵⁷ ZEROUKI-COTTIN, Djoheur. L'obligation d'incriminer Imposée par le Juge Européen, ou la perte du droit de ne pas punir. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Paris, Jui-Sep, pp. 575-596, 2011.

⁸⁵⁸ Menções sobre a obrigação positiva de dar início a persecução já se encontravam na obra de Vattel, como se retira do seguinte fragmento: « Le souverain qui refuse de faire réparer le dommage causé par son sujet, ou de punir le coupable, ou enfin de le livrer, se rend en quelque façon complice de l'injure, et il en devient responsable ». VATTEL, M. de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquées à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains*. Tome I. Londres : éditeur s.n., 1758., p. 77;

⁸⁵⁹ Artigos I, III e VIII da Convenção. NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a prevenção e repressão do Crime de Genocídio*. 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca...crime_genocidio.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2017.

imprescritibilidade dos crimes de guerra e crime contra a humanidade⁸⁶⁰, do Pacto relativo aos Direitos Civis e Políticos⁸⁶¹ e das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas 3(I) de 13 de fevereiro de 1946, 2840 (XXVI) de 18 de dezembro de 1971 e 3074 (XXVIII) de 3 de dezembro de 1973.

Além da obrigação negativa de não criar textos legais contrários ao direito internacional e de não praticar, por meio de seus agentes, graves violações aos direitos humanos, e além ainda da obrigação positiva de adequar a legislação doméstica ao direito internacional, especialmente por meio da incriminação, a obrigação dos Estados reflete-se no seu dever de possuir e colocar em prática os mecanismos concebidos para prevenir, reprimir e punir essas violações.

Nesse sentido, nasce para as autoridades nacionais a obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para proteger os indivíduos de ofensas graves e de colocar em marcha os procedimentos investigativos e judiciais com vistas à responsabilização dos autores dessas ofensas.

Se por um lado não se infere dessa disposição uma obrigação positiva de impedir toda e qualquer ameaça, mesmo potencial a direito⁸⁶², tal obrigação de impedir a ofensa surge desde que se conheça a existência de uma ameaça real⁸⁶³.

Na superveniência de uma violação grave a direitos humanos, surge igualmente para o Estado a obrigação positiva de investigar, de processar e, se for o caso, de punir esses *core crimes*, competindo, portanto aos Estados a iniciativa do procedimento pelas jurisdições nacionais até o seu exaurimento, a compreender a obrigação de tornar públicos os fatos em atendimento ao direito à verdade e à garantia de não-repetição.

⁸⁶⁰ Artigos I a IV da Convenção. NATIONS UNIES. Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. 1968. Recueil des Traités, Vol. 754, p. 73.

⁸⁶¹ Artigo 2 §3 do Pacto. NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: .

⁸⁶² « *Cependant, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, sans perdre de vue les difficultés qu'ont les forces de sécurité à exercer leurs fonctions dans les sociétés contemporaines, l'imprévisibilité du comportement humain et les choix opérationnels à faire en matière de priorités et de ressources. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation* ». COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Tanribilir c. Turquie**. Requête n° 21422/93. Arrêt 16 novembre 2000. § 71. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-63543\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

No mesmo sentido: COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Osman c. Royaume-Uni**. (87/1997/871/1083), Arrêt du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, fasc. 95, p. 3159 - 3160 §§ 115-116. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-62809\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁸⁶³ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni**. Requête n. 46477/99. Arrête du 14 mars 2002, § 55. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"001-64886\"\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

Em se tratando de graves violações de direitos humanos que configurem a prática de crime contra a humanidade ou crime de genocídio, essas obrigações positivas alcançam caráter de *jus cogens*, conforme construção jurisprudencial elaborada tanto por Cortes que possuem jurisdição internacional em matéria penal quanto por Cortes de Direitos Humanos.

No emblemático caso *Furundzija*, julgado pelo Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia, referindo-se a Corte à prática de atos de tortura que configuram crime contra a humanidade, restou claramente estabelecida a premissa de que a proibição da tortura é norma fundamental da comunidade internacional, conferindo-lhe valor de *jus cogens*. Por essas razões, a proibição deve possuir um efeito de dissuasão a todos os membros da sociedade internacional e a todos os indivíduos, em relação aos quais essa norma possui um valor absoluto e que por isso, não pode ser em nenhuma hipótese desrespeitada, não se admitindo que os Estados possam autorizar ou tolerar a sua prática ou mesmo anistiar seus perpetradores. Além disso, o fato de a interdição da tortura possuir reconhecimento de valor de *jus cogens* pela comunidade internacional obriga os Estados não somente a impedir sua prática como também a investigar, processar e punir os indivíduos acusados de tortura⁸⁶⁴.

O mesmo entendimento foi construído pela Corte interamericana de direitos humanos, especialmente no que se refere à prática de crime de desaparecimento forçado, nas diversas oportunidades com que se deparou com violações dessa natureza.

No caso Goiburú contra Paraguai, por exemplo, analisando a prática do crime em cotejo com o Preâmbulo da Convenção Interamericana, a Corte afirmou que a proibição da

⁸⁶⁴ « Le fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a d'autres effets aux échelons interétatiques et individuel. À l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus ab initio et de laisser faire, d'autre part, les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toute disposition conventionnelle pertinente auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient, au surplus, pas reconnues par la communauté internationale. (...). En résumé, les individus sont tenus de respecter le principe de l'interdiction de la torture, même si les instances législatives ou judiciaires nationales en autorisent la violation. Comme le faisait observer le Tribunal militaire international de Nuremberg, 'les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'État dont ils sont ressortissants'. De surcroît, à l'échelon individuel, à savoir celui de la responsabilité pénale, il semblerait que l'une des conséquences de la valeur de *jus cogens* reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté internationale fait que tout État est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture, présents sur son territoire. En effet, il serait contradictoire, d'une part, de restreindre, en interdisant la torture, le pouvoir absolu qu'ont normalement les États souverains de conclure des traités et, d'autre part, d'empêcher les États de poursuivre et de punir ceux qui la pratiquent à l'étranger. (...) On a estimé que les crimes internationaux étant universellement condamnés quel que soit l'endroit où ils ont été commis, chaque État a le droit de poursuivre et de punir les auteurs de ces crimes. [...] ». NATIONS UNIES. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Anto Furundzija**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 10 décembre 1998. §§155-156. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

prática de crime de desaparecimento forçado e seu correlato dever de investigar e de sancionar seus responsáveis alcançou caráter de *jus cogens*⁸⁶⁵. O mesmo entendimento fora aplicado ao caso Gomes Lund contra Brasil, em que a decisão se referiu a crimes que por sua proporção ofensiva chegaram ao patamar de *jus cogens*, imputando ao Estado a obrigação de investigá-los e puni-los porquanto se traduzem em violações graves de direitos humanos⁸⁶⁶.

Esse movimento de chamada do direito penal para a garantia da proteção dos direitos humanos, especialmente no que se refere à obrigação positiva dos Estados de investigar, processar e punir graves violações é destacado pela Corte Interamericana igualmente no julgamento do caso Ibsen Cárdenas contra Bolívia.

Nesse sentido, partilha-se do entendimento da Corte de que a utilização do direito penal enquanto instrumento de persecução é um instrumento adequado para prevenir futuras violações graves de direitos humanos, o que no nosso entendimento é uma das razões que justificam a utilização da persecução penal como *prima ratio*.

Também se referindo às obrigações positivas dos Estados, no julgamento do caso Gelman contra Uruguai, a Corte interamericana de direitos humanos asseverou que a proibição do desaparecimento forçada alcançara o status de *jus cogens* e que a obrigação do Estado em investigar e sancionar os responsáveis possui relevância proporcional à gravidade dos delitos cometidos e à natureza dos direitos lesados⁸⁶⁷.

Nessa hipótese específica, a Corte consagrou a superioridade da obrigação internacional de investigar, processar e punir, mesmo diante de uma lei de anistia que havia

⁸⁶⁵ “En definitiva, la Corte estima que, tal como se desprende del preámbulo de la Convención Interamericana señalada, ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. § 84. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

⁸⁶⁶ “Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir aos responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) Vs. Brasil**. San José, Costa Rica: Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas), 24 de novembro de 2010. § 137. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁸⁶⁷ “Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos²¹⁴ y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquire particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo y Reparaciones), 24 de febrero de 2011, § 183. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

recebido um suporte popular. A decisão colocou o direito internacional acima de um interesse local, do mesmo modo que a Corte Suprema uruguaia, no julgamento Sabalsagaray, alguns dias antes de uma das consultas populares, ocasionou um revés de sua jurisprudência até então consolidada para apoiar-se nas garantias consagradas pelo direito internacional.

A obrigação positiva de investigar, processar e punir parece ter encontrado igualmente um de seus ápices na construção jurisprudencial por ocasião do julgamento Cabrera Garcia e Montiel Flores contra México, quando a Corte, ao analisar um caso de tratamento cruel e degradante dispensado aos autores durante sua detenção, determina a exclusão das provas obtidas por meio de tortura, a determinar uma omissão ainda maior das autoridades judiciais que tiveram acesso às supostas confissões, obtidas em situação de grande vulnerabilidade das vítimas⁸⁶⁸.

No voto arrazoado conjunto dos Juízes Cançado Trindade e Pacheco Gómez, por ocasião do julgamento pela Corte IDH do caso Las Palmeras contra Colômbia, é traçada uma relação entre a responsabilidade do Estado pela falta de serviço, caracterizada por essa omissão e decorrente do descumprimento de sua obrigação de investigar, e a conseqüente perpetuação da impunidade, em detrimento do dever geral dos Estados de garantir o pleno exercício dos direitos protegidos na seara do direito internacional⁸⁶⁹.

O posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a obrigação positiva de investigar, processar e punir fatos que correspondam a graves ofensas de direitos humanos vai no mesmo sentido, corroborando a ideia de que o direito internacional possui força suficiente para impor-se perante os Estados, o que para nós é um traço de sua supremacia.

No julgamento do caso Aksoy contra Turquia, a Corte reconheceu a existência do dever estatal de dar início a uma investigação, diante dos sinais visíveis de tortura apresentados pela vítima, apreensíveis pelas autoridades do Poder Judiciário que, ainda assim, permaneceram inertes. Ao deixarem de cumprir a obrigação positiva de investigar decorrente do crime de tortura, tais agentes do Estado reduziram à completa inefetividade todos os demais recursos que poderiam ser colocados à disposição do ofendido. Por conseqüência, levando em conta particularmente a ausência de qualquer espécie de investigação, a Corte considerou que a vítima

⁸⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. San José, Costa Rica: Sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 26 de noviembre de 2010, §§ 173-177. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

⁸⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 6 de diciembre de 2001. Voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y M. Pacheco Gomez, §7. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

fora privada de todas as garantias decorrentes da proteção do seu direito absoluto de não ser torturado⁸⁷⁰.

A ausência de investigação efetiva por parte do Estado pela prática de tratamentos desumanos ou degradantes enseja a sua responsabilização igualmente por descumprimento de obrigação positiva. Para a Corte europeia desimporta saber se uma investigação fora realizada pelos agentes do Estado, importando apreciar a diligência com a qual a mesma fora conduzida, a vontade das autoridades de chegar à identificação dos responsáveis, bem como a conduzir um processo penal, trazendo à tona a noção de recurso efetivo, a qual, da parte do Estado, implica colocar em prática investigações profundas e efetivas capazes de conduzir à responsabilização dos culpados por graves violações⁸⁷¹.

No mesmo sentido fora o julgamento do caso *Yasa contra Turquia*, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmara que as investigações de violações a direitos a que os Estados estão obrigados devem ser capazes de permitir a punição dos responsáveis⁸⁷².

A obrigação positiva de investigar, processar e punir abrange a obrigação de conferir amplas garantias ao Poder Judiciário e ao Ministério Público para o bom desempenho de suas funções, o que compreende a imposição de restrições da competência da justiça militar dos Estados.

Como afirmara o Juiz Cançado Trindade no seu voto arrazoado no julgamento do caso *El Amparo contra Venezuela* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando-se em consideração a natureza dos crimes que comportam graves ofensas aos direitos humanos e o bem jurídico que é ofendido pela prática desses crimes, a jurisdição penal militar não é o foro competente para investigar, julgar e punir os autores das violações, porquanto essa competência pertence à justiça ordinária em razão de sua independência e imparcialidade. Assim sendo, nos casos em que a justiça militar assume a competência sobre matéria pertencente à competência da justiça ordinária – como ocorrera em múltiplas ocasiões durante o período das ditaduras

⁸⁷⁰ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Aksoy c/ Turquie**. Requête no 21987/93. Arrêt du 18 décembre 1996, §§99-100. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62563"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁸⁷¹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Selmouni c. France**. Requête n. 25803/94. Arrêt du 28 juillet 1999, § 79. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62842"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 14 nov. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Assenov et autres c. Bulgarie**. (90/1997/874/1086). Arrêt du 28 octobre 1998, § 102. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62813"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 14 nov. 2017; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Soering c. Royaume-Uni** Requête n°14038/88. Jugement rendu le 07 juillet 1989. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62176"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 03 mai. 2017.

⁸⁷² COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Yasa c/ Turquie**. (63/1997/847/1054). Arrêt du 2 septembre 1998, §§ 98-108. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62796"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 14 nov. 2017.

militares na América Latina, em que a competência conferida à justiça militar transmutou-se em impunidade – acaba por se concretizar uma violação ao princípio do juiz natural e, por consequência, à garantia do devido processo legal, intimamente ligado ao direito de acesso à justiça⁸⁷³.

Igualmente no julgamento do caso Castillo Petruzzi contra Peru, a Corte advertira para a necessária restrição da competência da justiça militar com o fim de manter a ordem e a disciplina dentro das forças armadas. Fora desses casos, o traslado de competências da justiça comum para a justiça militar supõe a exclusão de garantias, a começar pela garantia do juiz natural⁸⁷⁴.

O devido processo abrange o direito a ser julgado por tribunais de justiça ordinários que possuam procedimentos legalmente previstos, razão pela qual é defeso ao Estado criar tribunais que não apliquem normas processuais devidamente estabelecidas e com o fim de substituir a jurisdição ordinária. Nesse sentido, a Corte assinala que o devido processo implica a intervenção de um órgão judicial independente e imparcial, apto, portanto, a determinar a legalidade ou ilegalidade de atuações conduzidas em um Estado de exceção, como fora o caso das ditaduras militares⁸⁷⁵. Caso contrário, em desrespeitando esses princípios, o Estado não cumpre na sua integralidade com sua obrigação positiva de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos.

Essas garantias, segundo a Corte, devem ser cotejadas com os fins buscados pela Convenção Americana, que tem como objetivo precípuo a proteção da pessoa humana. Sendo assim, levando em conta esse fim, bem como a natureza do crime e o bem jurídico por ele ofendido, a jurisdição penal miliar não é o foro competente para investigar, julgar e, se for o caso, punir autores de violações graves de direitos humanos⁸⁷⁶.

A Corte IDH enfatiza que em um Estado democrático de direito a jurisdição militar deve ter um alcance restrito e excepcional, limitado à proteção de interesses que sejam relacionados com o exercício das funções das forças armadas, devendo ser excluído do âmbito

⁸⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso El Amparo Vs. Venezuela**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 18 de enero de 1995. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, § 173. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_19_esp.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁸⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 30 de mayo de 1999, § 128. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁸⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo Reparaciones y Costas), 25 de noviembre de 2004. §§143-144. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁸⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo Reparaciones y Costas), 11 de Mayo de 2007, §200. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

da jurisdição militar casos que não versem sobre faltar que por sua natureza atentem somente contra bens jurídicos próprios da ordem militar⁸⁷⁷.

Pensa-se igualmente que a obrigação de investigar, processar e julgar crimes que configurem graves violações de direitos humanos abrange o dever do Estado de não extraditar os seus responsáveis, caso o pedido de extradição seja fundado no cometimento de crime menos grave.

Isto porque em sendo deferido o pedido de extradição, o acusado será inevitavelmente processado pelo crime (menos grave) que dera origem ao pedido e sua ausência no Estado requerido irá importar a impunidade do crime mais grave.

⁸⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Durand y Ugarte Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 16 de agosto de 2000, §117. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; No mesmo sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 18 de agosto de 2000, §112. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 5 de julio de 2004, §165. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de la Masacre de Mampiripán Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia de 15 septiembre de 2005, §202. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia de 31 de enero de 2006, §189. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. San José, Costa Rica: Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de septiembre de 2006., §131. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso La Cantuta Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 29 de noviembre de 2006, § 142. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Escué Zapata Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 4 de julio de 2007, § 105. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de noviembre de 2008, § 118. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 30 de mayo de 1999, § 128. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de noviembre de 2005, § 143. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú**. San José, Costa Rica: Sentencia (Reparaciones y Costas), 6 de febrero de 2001, § 112. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Escué Zapata Vs. Colombia**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 4 de julio de 2007, §§ 104-106. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

8. O DIREITO INTERNACIONAL E A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES AOS INDIVÍDUOS

A concepção de que o indivíduo é sujeito de direito internacional é relativamente recente, porquanto até Nuremberg a pessoa não era considerada um ente de direito internacional, tanto no que se refere a seus direitos quanto no que toca à sua responsabilidade, especialmente criminal. A violação do direito internacional se resolvia exclusivamente na seara da responsabilidade estatal e o indivíduo tinha sua responsabilidade limitada à jurisdição territorial, em virtude dos elos que o ligam ao seu Estado, excetuados os casos de extraterritorialidade, nesses casos sempre limitados à jurisdição interna de cada Estado.

Esta presença do indivíduo na cena internacional, tanto como vítima quanto como autor de graves violações é fruto de um processo de humanização do direito internacional, resultando no que Antônio Augusto Cançado Trindade denomina subjetividade internacional ativa e passiva⁸⁷⁸, que demonstra claramente a aproximação entre o direito internacional penal e o direito internacional dos direitos humanos. O autor refere-se à existência de uma complementaridade entre ambos, que se reflete na personalidade jurídica internacional (ativa e passiva), na própria complementaridade da responsabilidade internacional do Estado e do indivíduo, na conceptualização dos crimes contra a humanidade, na prevenção e na garantia da não-repetição de graves violações aos direitos humanos e na justiça reparadora, tanto de responsabilidade dos Estados quanto de responsabilidade dos indivíduos⁸⁷⁹. É nessa complementaridade que o indivíduo se torna não somente titular de direitos, mas também portador de obrigações que emanam diretamente do direito internacional⁸⁸⁰, passando a ocupar uma posição de centralidade.

Embora desde há muito já fosse debatida a centralidade indivíduo e a primazia do direito internacional⁸⁸¹, esse entendimento tardou em se solidificar. Seu nascedouro situa-se

⁸⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Évolution du droit international au droit des gens** : L'accès des individus à la Justice Internationale. Le regard d'un Juge. Paris : Pedone, 2008, p. 138.

⁸⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Évolution du droit international au droit des gens** : L'accès des individus à la Justice Internationale. Le regard d'un Juge. Paris : Pedone, 2008, p. 139.

⁸⁸⁰ « Dans cette complémentarité (le premier élément), l'individu émerge dans sa condition juridique de sujet actif (Droit International des Droits de l'homme), aussi que passif (Droit Pénal International) du Droit International, c'est-à-dire, comme titulaire des droits et porteur des obligations émanant directement du Droit International ». CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Évolution du droit international au droit des gens** : L'accès des individus à la Justice Internationale. Le regard d'un Juge. Paris : Pedone, 2008, p. 140.

⁸⁸¹ A esse respeito, na Conferência para codificação do direito internacional, promovida pela Liga das Nações em Haia em 1930, noticia-se que em 1844 a filha do então representante da Holanda em Turim estaria enclausurada em um convento da Sardenha, razão pela qual solicitou-se ao Ministro das Relações Exteriores que intervisse a seu favor, ao que este respondeu que o fato não poderia dar lugar a uma reclamação, visto que a Constituição da Sardenha conferia valor de lei às leis da igreja. No entanto, a resposta foi recusada pela Câmara de Estados gerais, sob o argumento de que o direito internacional primava sobre a Constituição nacional. In: CONFERENCE FOR

tanto na responsabilização internacional penal, quanto no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos⁸⁸², que se mostrou o instrumento centralizador do indivíduo enquanto sujeito de direitos e obrigações na esfera internacional.

Superada essa celeuma que até meados do século XX consistia em um verdadeiro impasse, a questão seguinte que se colocou a saber foi a de que apesar de todos os instrumentos internacionais criados com vistas a impedir a prática de violações graves a direitos humanos, não existia no entanto um instrumento internacional regulando essa responsabilidade individual, afora a criação pontual de Tribunais penais internacionais *ad hoc* com competência *ratione materiae*, *ratione temporis* e *ratione loci* extremamente limitadas. Por isso a indagação dizia respeito muito mais em como engajar a reponsabilidade individual, especialmente penal⁸⁸³ do que propriamente colocar a questão de saber como se dá essa responsabilização do indivíduo diretamente de uma fonte de direito internacional.

Se a responsabilidade penal internacional do indivíduo é hoje assente, tantas são as condenações penais oriundas diretamente de jurisdições internacionais, pensa-se que atualmente a indagação central deve fazer uma mudança de rota e buscar perquirir qual é o fundamento dessa responsabilização e o que se encontra subjacente a ele. Dito de outra maneira, parece que importa fundamentalmente saber quais são as obrigações que o indivíduo enquanto sujeito assume perante o direito internacional quando esse direito instrumentaliza a proteção de valores humanos universais e este indivíduo age de encontro a esses valores, de forma a buscar saber se o direito internacional, especialmente penal, pode ter aplicação direta, bem como se

THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW [Texte imprimé]: [official records]. Vol. 3, Acts of the conference I, plenary meetings. II, minutes of the first committee / [org. by] League of Nations; ed. with an introd. by Shabtai Rosenne. La Haye, 1930. Disponível em: < <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb377476717>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁸⁸² “*The direct responsibility of individuals for serious international crimes, such as crimes against humanity and war crimes, and the development of the international law on human rights, indicate furthermore that, in certain circumstances, individuals have rights and obligations under international law that are not derivative in the traditional sense.*” BUERGENTHAL, Thomas; MURPHY, Sean D. **Public International Law in a Nutschell**. 4th ed., St. Paul, Thompson/ West, 2007, p. 3.

⁸⁸³ “*The key question is, therefore, under what circumstances do individuals bear responsibility, in addition to the continuing responsibility of the State. The London Charter and the law of war have indicated one broad class of delicts that give rise to individual responsibility. The Genocide Convention, the Apartheid Convention, the Convention against Torture, (...) and the growing category of delicts subject to universal jurisdiction indicate the intention of the international community to ascribe individual responsibility to the most serious human rights violations. The international community’s recognition of such human violations as crimes against humanity, triggering perpetrators’ individual responsibility, will significantly fortify the deterrent effects of human rights law. Then, and only then, will prospective victims reap the benefits that law can offer.*” REISMAN, Michael; LEVIT, Janet Koven. Reflections on the problem of individual responsibility for violations of Human Rights. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (Org.), **The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humano**: Essays in honour of Thomas Buergenthal/ Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 436.

pode alcançar indivíduos sem uma necessária vinculação de espaço, como ocorre no caso da jurisdição universal.

Por isso, em um segundo momento, a questão que se coloca a saber é em que termos e em que condições se pode responsabilizar um indivíduo pela prática de crime que se configure em violação a valores universais, como é o caso dos crimes contra a humanidade e do genocídio, ainda que esse indivíduo seja nacional de um Estado que não tenha cumprido sua obrigação positiva de harmonizar o direito interno com o direito internacional ou ainda que esse indivíduo cometa o crime no território de um Estado que não internalizou o direito internacional pertinente ao fato praticado.

Qual é o alcance que possui ou deveria possuir o direito internacional em relação aos indivíduos? Existiria um elo que ligaria o direito internacional aos indivíduos sem a necessidade de ingerência dos Estados, a ponto de engajar diretamente a responsabilidade penal internacional individual?

O questionamento consiste, portanto, em tentar saber como aplicar as normas protetivas aos direitos humanos, apesar dos Estados nacionais, nem sempre dispostos a compartilhar sua soberania, algumas vezes sequer sendo signatários de tratados internacionais e não raras vezes engajando-se internacionalmente, mas adotando uma postura de indiferença em relação ao direito internacional no que concerne aos compromissos assumidos perante outros Estados e à própria comunidade internacional. Isto ocorre porque não raro é esse mesmo Estado, por meio de seus agentes, a figura central da violação.

Derradeiramente indagar-se-ia se pode um indivíduo ser autorizado a praticar um crime contra a humanidade ou um crime de genocídio, em violação ao conteúdo do atual direito das gentes e às normas mais fundamentais de direito internacional penal e de direito internacional dos direitos humanos, fazendo-o sob o abrigo e a proteção do direito de seu Estado que não realiza o necessário controle de convencionalidade. Esse indivíduo, tratando-se de um nacional desse Estado, terá ainda a seu favor a escusa da impossibilidade de extradição – o que se entende como mais uma das heranças do direito internacional clássico que liga os indivíduos essencialmente a seus Estados e não ao conjunto da humanidade.

Pensa-se que responder positivamente a essa questão significaria por consequência asseverar que o Estado é o único detentor do poder de legislar e que, mais do que isso, a margem nacional de apreciação é absoluta e não encontra nenhuma limitação, assim como não encontra limitação a soberania estatal no que se refere à discricionariedade para legislar, seja em matéria penal, seja no que se refere a assuntos atinentes à proteção dos direitos humanos.

Entender em sentido contrário significa, por outro lado, compreender que existem determinados valores que podem e devem ser protegidos por um direito que se situe fora das margens do Estado-Nação e que este Estado é apenas um ator concorrente, mas não exclusivo no que toca à sua obrigação de proteger os indivíduos e de impor-lhes responsabilidades.

Entretanto, a questão está longe de se sedimentar e merece ser colocada com a complexidade e a profundidade de sua dimensão. No intuito de tentar respondê-la, buscou-se abordar o que se poderia encontrar como fundamento subjacente aos deveres criados para o indivíduo diretamente pelo direito internacional, sem que necessariamente essas obrigações passem pelo elo jurídico estabelecido com seu Estado nacional e para tanto se buscará cotejar as obrigações dos indivíduos com o que se denominará dimensão vertical e dimensão horizontal do direito internacional.

8.1 As obrigações do indivíduo diante da dimensão vertical do direito internacional

A questão da verticalidade das obrigações impostas aos indivíduos pelo direito internacional diz essencialmente com a possibilidade de sua aplicação direta sem que a norma internacional penal tenha passado por um processo formal de internalização, de modo a poder engajar a responsabilização do indivíduo pela prática de graves violações aos direitos humanos, que por sua natureza configurem um crime contra a humanidade ou um crime de genocídio. Tal responsabilização supõe-se deva ser independente da existência de uma previsão paralela no direito doméstico do Estado que irá colocar em marcha a jurisdição.

O problema possui um núcleo central, consistente em saber em que medida as graves violações de direitos humanos, cristalizadas nas definições de crime contra a humanidade e crime de genocídio, consistem em proibições com validade automática em direito interno na ausência de incriminação nacional, decorrente sobretudo de uma não-intervenção ou de uma intervenção intempestiva do legislador nacional que se nega a cumprir a obrigação positiva de incriminar⁸⁸⁴.

A questão que se apresenta é extremamente controversa, especialmente por colocar à prova postulados que parecem ser sólidos na teoria do direito: um referente à necessidade de internalização dos tratados internacionais para que tenham validade no âmbito doméstico e

⁸⁸⁴ VERVAELE, John A. E. Violations graves des droits de l'homme et crimes internationaux. Du jus (non) puniendi de l'état a un deber puniendi impératif tiré du ius cogens. **Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé**, Paris, n. 3, Jui-Sep. pp. 487-521, 2014. pp. 519-521.

outro relativo ao princípio da legalidade penal, que dita a necessidade de uma norma penal incriminadora anterior aos fatos para que possa sobre eles incidir.

Passar-se-á a enfrentar a validade desses postulados, começando pelo primeiro e, para tanto, entende-se oportuno tecer a necessária diferenciação entre o direito internacional convencional e o direito internacional costumeiro.

O direito internacional costumeiro tem sua fonte material na consciência universal ou na expressão da moral universal, segundo princípios que se consolidam ao longo do tempo a partir de um certo consenso e que passam a ser entendidos como necessários para a boa regulação da comunidade internacional. Repousando o direito internacional costumeiro sobre essa espécie de consciência universal, seus postulados se encontram como que sobrepostos aos Estados e possuem uma validade que não se vincula a um espaço territorial determinado, tendo por isso a vocação de serem universais, o que pode servir a explicar o porquê de seu reconhecimento de regra válida e obrigatória independentemente da existência de um ato que o formaliza.

Nesse sentido, o direito internacional convencional muitas vezes se traduz na positivação de regras e princípios já existentes na seara consuetudinária, caso em que irá apenas se ocupar de nomear ou formalizar normas jurídicas já existentes e é nessa situação específica que o direito internacional convencional possui natureza meramente declaratória e não constitutiva.

Entende-se que todas as convenções internacionais que se destinam à proteção dos valores que aqui denominam-se universais e absolutos e que são, portanto, parte do direito internacional que integra o núcleo de *jus cogens* por conter a proibição de atos que formam o núcleo material do crime contra a humanidade e do crime de genocídio são todas elas uma fração do direito internacional convencional que igualmente nasce dos costumes, consistindo portanto em normas de natureza declaratória de proibições já existentes na consciência universal. Essas normas não necessitariam ser positivadas pelo direito internacional convencional, mas a sua positivação serve como uma espécie de atestação ou declaração de sua existência, a fim especialmente de bem delimitar os seus contornos.

Assim, nos casos em que não haja direito interno prevendo a tipificação do que John Vervaele denomina *delicta iuris gentium*, a obrigação do indivíduo seria fundamentada no direito consuetudinário com caráter *ius gentium erga omnes* desses crimes internacionais, o que

criaria a base jurídica para a responsabilidade penal dos sujeitos, independentemente de previsões do sistema constitucional ou penal internos⁸⁸⁵.

Na história do direito internacional convencional há alguns exemplos que demonstram esse processo de construção, como é o caso do Tratado naval de Londres de 1930, que afirmava expressamente que suas disposições são aceitas como regras já estabelecidas pelo direito internacional⁸⁸⁶ ou a Convenção sobre alto-mar de 1958 cujo preâmbulo reconhece que as disposições ali contidas, adotadas na Conferência das Nações Unidas sobre o direito do mar, são essencialmente declaratórias de princípios já estabelecidos em direito internacional⁸⁸⁷. Embora não se tratem de convenções internacionais que tenham por objetivo proteger os indivíduos contra graves violações de direitos humanos, as mesmas servem de exemplo da existência de um processo natural de codificação do direito internacional costumeiro que consta expressamente no texto da convenção.

Como se demonstrou, os estatutos instituidores das jurisdições penais internacionais são em sua maior parte descritivos de uma situação jurídica preexistente no seio da comunidade internacional. Tal processo foi reiterado em diversas oportunidades, a começar pela decisão do Tribunal de Nuremberg que afirma expressamente que o crime contra a humanidade já existia previamente no direito internacional consuetudinário para somente depois se transformar em norma escrita.

A própria validade e a eficácia do direito internacional costumeiro, muitas vezes denominado princípios gerais de direito internacional ou princípios de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas, possuem positivação no direito constitucional de diversos Estados.

Este é o caso, por exemplo, da Constituição da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949, cujo artigo 25 afirma que as regras gerais do direito internacional fazem parte integrante do direito federal, são superiores às leis e criam direitos e obrigações para os

⁸⁸⁵ Para John Vervaele, isto ocorre particularmente porque se trata de sérias violações de direitos humanos que afetam a comunidade internacional e sua consciência em seu conjunto, agravando-se particularmente pelo fato quando Estados possuemem seu território uma prática estrutural de graves violações, incluindo violações massivas por parte de agentes do Estado, excluindo por isso conscientemente de sua legislação penal certas tipificações contidas nas convenções internacionais. VERVAELE, John A. E. Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del Estado-Nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [s.l.], v. 1, n. 1, dez. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44238/28722>>. Acesso em: 18 abr. 2017., pp. 29-31.

⁸⁸⁶ *Traité naval de Londres ou Traité pour la restriction et la réduction de l'armement naval, signé le 22 avril 1930 entre le Royaume-Uni, l'Empire du Japon, la France, le Royaume d'Italie et les États-Unis. TRAITÉ SUR LA LIMITATION ET LA RÉDUCTION DE L'ARMEMENT NAVAL (partie IV, article 22, relatif à la guerre suou marine. Londres, 1930.* Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/310?OpenDocument>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁸⁸⁷ *CONVENTION SUR LA HAUTE MER. Genève, le 29 avril 1958.* Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-2&chapter=21&clang=_fr>. Acesso em: 16 nov. 2017.

habitantes do território alemão⁸⁸⁸, norma fundadora do que se convencionou chamar princípio de abertura da ordem jurídica alemã ao direito internacional⁸⁸⁹.

A norma constitucional alemã refere-se particularmente ao direito internacional não escrito, permitindo inferir que essas regras gerais seriam aquelas reconhecidas como obrigatórias pela maioria das Nações civilizadas, as quais são consideradas como fazendo parte do direito interno automaticamente, podendo ser diretamente aplicadas, sem que sejam transformadas em preceitos pelo direito interno e sem que sua aplicação seja condicionada a um ato especial de recepção, não se tratando especificamente de regras decorrentes do direito internacional convencional, das quais se exige um ato legislativo interno. Seguindo essa lógica, ainda antes da segunda guerra mundial, a Corte Suprema aplicou diversos princípios de direito internacional diretamente, sem que os mesmos tivessem sido internalizados⁸⁹⁰.

O artigo 55 da Constituição francesa⁸⁹¹ prevê uma técnica de integração das normas jurídicas internacionais escritas no seio da ordem jurídica interna, a partir de quando adquirem uma hierarquia superior às leis – referindo-se nesse caso apenas ao direito internacional convencional. No entanto, a alínea 14 do Preâmbulo da Constituição de 1946 refere-se a um alinhamento do direito interno às regras do direito público internacional, a permitir que o Conselho Constitucional reconhecesse o valor constitucional dos princípios da ordem jurídica internacional, pertencentes à construção do direito internacional costumeiro.

Trata-se da decisão Maastricht I, de 9 de abril de 1992, na qual o Conselho Constitucional francês confere esse porte de hierarquia superior aos princípios de direito internacional, dentre os quais se encontra o princípio *pacta sunt servanda*⁸⁹² e o princípio da supremacia do direito internacional sobre o direito interno⁸⁹³, com o que lhes assegura o

⁸⁸⁸ Article 25 [Droit international public et droit fédéral] Les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral. RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE. **Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne**. Bonn-sur-le-Rhin, du 23 mai 1949. Disponível em: <http://www.bundesregierung.de/Content/FR/_Anlagen/loi-fondamentale.pdf?__blob=publicationFile>. Acesso em: 17 nov. 2017.

⁸⁸⁹ AUTEIXIER, Christian. **Introduction au droit public allemand**. Paris : PUF, 1997, p. 154.

⁸⁹⁰ BRUNS, Viktor. **Fontes Juris Gentium**. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1933.; LAWRENCE, T.J. **The principles of International Law**. 7th ed, 1937, p. 460.

⁸⁹¹ ARTICLE 55. *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Constitution du 4 octobre 1958**. Paris, 1958. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em:

⁸⁹² Reconhecido pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

⁸⁹³ Nesse sentido é esclarecedor o parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre a aplicabilidade da obrigação da arbitragem. In: COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Avis consultatif du 26 avr. 1988**: Applicabilité de l'obligation de l'arbitrage. C.I.J. Recueil 1988, p. 12, spéc. p. 34, § 57.

respeito, sem que tal importe qualquer espécie de ingerência sobre a soberania do Estado⁸⁹⁴. Tratando-se esses princípios gerais do direito internacional de uma categoria de princípios de natureza costumeira, crê-se que o preâmbulo da Constituição francesa serve de fundamento não somente de integração, mas também de primazia das normas internacionais que têm sua fonte nos costumes, prevalecendo sobre as demais normas de direito interno.

Existem ainda o que se poderia chamar práticas monistas puras em matéria de direito internacional não escrito, nas quais as disposições de direito internacional não se fundam necessariamente sobre uma disposição do direito interno, nem mesmo de seu reconhecimento pelo direito doméstico de forma escrita. Um sistema monista em que não exige a existência de uma norma internalizadora da ordem jurídica internacional na ordem jurídica interna e no qual as normas jurídicas de direito internacional são aplicáveis que que haja necessidade dessa prévia internalização existe notadamente no Reino Unido, onde vigora o princípio de que o direito internacional faz parte da lei do Estado.

A Constituição austríaca de maio de 1945, em seu artigo 9º, estabelece que as regras geralmente reconhecidas do direito das gentes são consideradas como parte integrante do direito federal, assim como o faz a Constituição da Itália, de janeiro de 1948, cujo artigo 10 assevera que o ordenamento jurídico italiano se conforma às normas de direito internacionalmente reconhecidas, ou a Holanda, cuja Constituição de 1963 bem estabelece a diferença entre direito internacional costumeiro e convencional.

Sobre o reconhecimento ou não da primazia do direito internacional por alguns países, algumas outras questões importantes se apresentam, tais como a da responsabilização do indivíduo diretamente a partir de uma previsão do direito internacional penal diante das omissões do direito doméstico. Entendendo-se pela impossibilidade de aplicação direta do direito internacional, a ausência de norma penal interna poderia autorizar o cometimento de graves violações de direitos humanos e isto sob a base do descumprimento de uma obrigação positiva por parte do Estado.

É nesse ponto que ressaí o questionamento acerca de um possível argumento impeditivo à aplicação direta do direito internacional, consistente no princípio da legalidade penal, o qual poderia impedir juridicamente o direito internacional de criar de forma direta

⁸⁹⁴ No mesmo sentido vem a decisão do Conselho Constitucional sobre a adesão do Estado francês ao Tratado de Roma fundador da Corte Penal Internacional. Trata-se da decisão n° 98-408 DC de 22 de janeiro de 1999, afirmando que as disposições do Tratado não contêm ofensa à soberania nacional, em reconhecimento à imperatividade do cumprimento dos engagements internacionais do Estado. CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999. *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

obrigações ao indivíduo, de modo a impedi-lo de praticar graves ofensas aos direitos humanos, em especial crimes contra a humanidade e crimes de genocídio.

Não se pretende na presente pesquisa discutir a responsabilidade penal do indivíduo nascida do direito internacional penal e executada diretamente pelas jurisdições penais internacionais uma vez que tal discussão se encontra superada pela obra da jurisprudência. O processo de penalização do direito internacional que se consagra a partir de meados do século XX demonstrou a aplicação direta do direito internacional sem que tivesse havido qualquer espécie de internalização da norma criadora de obrigações. Ele começa com Nuremberg e passa pelas jurisdições penais internacionais que aplicaram diretamente a responsabilização penal internacional do indivíduo.

Quanto a esse aspecto, não há dúvidas de que o direito internacional é fonte primária de obrigações aos indivíduos, ensejando a sua responsabilização quando violado. Assim o demonstram as condenações penais impostas (e executadas) pelo Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, pelo Tribunal Penal Internacional de Tóquio, pelo Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda e pela Corte Penal Internacional. O fato de essas jurisdições dependerem da entrega dos acusados pelos Estados nacionais onde os mesmos se encontram não parece comprometer a existência de uma aplicação direta do direito internacional, porquanto o instituto da entrega é um ato de natureza processual. Da entrega depende unicamente o início da ação penal e não a aplicação da norma. Analisando a situação de forma análoga no plano do direito interno, entender em sentido contrário seria o mesmo que afirmar que o direito penal doméstico, para ter validade enquanto norma, depende do comparecimento do réu em juízo, caso em que a norma penal não teria validade na hipótese de o acusado se encontrar em situação de revelia.

Da mesma forma, e isto especificamente no caso da Corte Penal Internacional, entende-se que a regra da internalização do Estatuto de Roma pelos Estados não compromete igualmente a aplicação direta do direito internacional, tendo em vista a possibilidade conferida pelo próprio estatuto de o Conselho de Segurança das Nações Unidas demandar o início da ação penal relativamente a crime cometido em Estado que não seja signatário ou por autor que não seja nacional de Estado signatário⁸⁹⁵.

No caso das jurisdições penais híbridas, igualmente transparece uma responsabilidade do indivíduo nascida do direito internacional, muito embora em alguns casos a norma

⁸⁹⁵ Este é o caso de duas situações pelas quais a jurisdição da Corte foi apreendida pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, concernindo a Líbia e o Sudão, conforme previsão contida no artigo 13.b do Estatuto de Roma.

internacional criadora da jurisdição tenha provocado *a posteriori* mudanças no direito interno. Nesses casos, há uma particularidade ainda mais remarcável, que é o fato de o direito internacional positivo ser apenas declaratório do direito internacional costumeiro nascido da consciência jurídica internacional que exige a necessidade de repressão de crimes contra a humanidade e crimes de genocídio. Por isso a construção jurisprudencial no sentido de que a aplicação direta do direito internacional não fere o princípio da irretroatividade da lei penal, a qual é preexistente pela força do direito internacional costumeiro.

O fundamento da aptidão de um indivíduo para cometer um delito – base do princípio da responsabilidade individual – é uma garantia complementar do respeito às regras de direito internacional. Foi esse princípio que fez com que o indivíduo se tornasse sujeito passivo de direito internacional⁸⁹⁶ em caso de graves violações. No entanto, parece muito menos complexa e controvertida a temática da aplicação direta do direito internacional.

A questão que mais interessa para a pesquisa, no entanto, é a possibilidade de aplicação direta do direito internacional no seio das jurisdições nacionais. Trata-se de um aspecto que se pretende abordar que é de um lado ainda mais nevrálgico, mas que de outro lado faz ressaír com ainda maior evidência a dimensão vertical do direito internacional no ponto em que cria obrigações para os indivíduos. Aqui parece estar uma demonstração da supremacia do direito internacional sobre o direito interno, porquanto atinge a esfera de responsabilização dos indivíduos diretamente em desconsideração a qualquer concepção voluntarista do direito internacional. Tratando-se, no entanto, de responsabilidade penal, admitir tal possibilidade parece ferir no seu âmago o sacrossanto princípio da legalidade penal.

Enfrentar-se-á o problema a partir do direito brasileiro, que apesar de ser signatário do Tratado de Roma, não possui em seu ordenamento jurídico uma norma penal interna tipificando os crimes contra a humanidade. Traz-se nesse sentido o questionamento acerca da possibilidade de um nacional do Brasil cometer um crime contra a humanidade, não podendo a princípio ser extraditado para outro Estado que tenha tipificado o crime e que eventualmente tenha competência para julgá-lo, caso em que a omissão do Estado em cumprir com sua obrigação positiva de harmonizar o direito interno em relação ao direito internacional acarretaria a ausência de responsabilidade do indivíduo que praticou uma grave ofensa aos direitos humanos. Isto em se adotando a tese de que o direito internacional não pode ser aplicado diretamente em razão da garantia estabelecida pelo princípio da legalidade penal.

⁸⁹⁶ EUSTATHIADES, Constantin Th. Les sujets de droit international et la responsabilité internationale. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 84. Boston : Martinus Nijhoff, 1953, p. 462.

Por isso, em matéria de direito internacional penal a questão das obrigações e das respectivas responsabilidades dos indivíduos se coloca de forma mais controversa, em função de dois aspectos que se contrapõem: um aspecto regido pela questão formal de obediência ao princípio da legalidade e outro aspecto relacionado à questão substancial da proteção de bens jurídicos pertencentes a um núcleo duro de direitos humanos essenciais.

Se de um lado existe o imperativo da obediência aos postulados do princípio da legalidade, de outro lado pensa-se que a matéria que lhe toca diz com as ofensas mais graves aos valores de todas as comunidades humanas, dotados por isso da característica da universalidade, crimes sem limite espacial ou temporal e por isso lesivos não somente dos direitos mais fundamentais de suas vítimas diretas, o indivíduo na sua aceção individual, mas também dos direitos mais caros da comunidade internacional, considerado portanto o indivíduo na sua aceção coletiva e como parte formadora da humanidade.

Certamente a maior oposição que se poderia fazer em relação à aplicação direta do direito internacional penal seria a ausência de precisão dos enunciados de direito internacional costumeiro. No entanto, essa ressalva não se aplica em matéria de crimes internacionais, em especial no que diz respeito ao conceito de crime contra a humanidade, e isto por duas razões principais.

A primeira razão refere-se ao fato de que o direito internacional costumeiro de natureza penal relativamente à conceituação de crimes contra a humanidade e crimes de genocídio já se encontra positivado pelo direito internacional convencional e sedimentado pela construção jurisprudencial que lhe foi subsequente. A fonte primária do direito internacional de onde nasce o conceito jurídico dessas violações, os costumes, já não mais carece de precisão diante da existência da norma escrita.

A segunda razão diz com a gravidade dos atos que compõem o crime contra a humanidade e o crime de genocídio, do que se entende decorrer a impossibilidade de que em determinados espaços territoriais os mesmos sejam lícitos e sejam ilícitos em outros. Sua ilicitude é universal e absoluta, válida em todos os espaços territoriais e não sujeita a condicionamentos.

A possibilidade de que violações graves dessa natureza sejam consideradas lícitas em determinados Estados, de forma a criar uma espécie de *paraísos penais*, conteria duas principais agravantes: a primeira, pelo fato de essa suposta licitude da grave violação decorrer de um ato que ao mesmo tempo poderia ensejar a própria responsabilização do Estado por omitir-se em seu dever de incriminar; a segunda, tendo em vista que se entende que em se tratando da proteção de valores universais que não admitem relativizações, a legitimidade para legislar não

pertence ao Estado, mas sim ao detentor dos direitos que possuem esses valores como fundamento subjacente.

Pertencendo esses direitos a todos os seres humanos que compõem a comunidade internacional, tratando-se dos valores mais fundamentais da humanidade, parece-nos que a legitimidade para legislar em matéria de sua proteção não é deste ou daquele Estado, mas da esfera do direito que possui a amplitude de representar toda essa coletividade, não se afigurando ser outro que não o direito internacional, mais especificamente o direito internacional penal, tendo em vista tratar-se da responsabilização do indivíduo.

Por todos esses motivos entende-se que o direito internacional penal é fonte de incriminação e a previsão de um crime, como é o caso dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, contida em uma norma internacional, cumpre todos os postulados do princípio da legalidade penal. Considerando que os atos qualificados como crime contra a humanidade e como crime de genocídio portam ofensa não aos interesses deste ou daquele Estado e de seus nacionais, mas antes disso, a valores de natureza supranacional porquanto pertencentes a todas as comunidades humanas, não parece ser provida de sentido a premissa segundo a qual a legitimidade para legislar sobre a matéria seja exclusivamente nacional. Dessa conclusão ressaí igualmente a de que pensar a questão dessa forma é o mesmo que admitir que o Estado é a única fonte de direito, retornando ao absoluto conteúdo voluntarista do direito internacional, cuja validade estaria sempre condicionada à vontade dos Estados nacionais.

Existe tanto na consciência universal quanto no âmago de cada direito doméstico um consenso acerca de que crime contra a humanidade e crime de genocídio é não somente um crime, mas precisamente um *core crime*. Pensa-se não se poder, portanto, afirmar que o fato de não existir em um determinado Estado nacional uma lei penal interna definindo a conduta típica e a pena de um crime com o *nomen juris* de crime contra a humanidade ou de crime de genocídio autorize quem quer que seja a praticar a conduta nesse Estado nacional.

Assim, a ideia de violação ao princípio da legalidade em virtude da aplicação direta do direito internacional penal poderia se aplicar a outros crimes cujo conceito admite controvérsias, como é o caso do crime de agressão, ainda de contornos indefinidos. O mesmo não se aplica à definição dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, por isso a desnecessidade de confiar o encargo exclusivo da tipificação ao legislador nacional, que nada mais faria do que reproduzir o consenso existente no direito internacional, tanto costumeiro quanto convencional.

A tese que se defende é corroborada pelo que dispõe precisamente o artigo 15 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. A norma faz essa mesma releitura do princípio da legalidade

penal ao afirmar que ninguém será condenado por suas ações ou omissões se as mesmas não constituírem um ato delituoso a partir do direito nacional ou internacional no momento em que forem cometidos.

Ao dispor alternativamente entre ambos, compreende-se que o Pacto coloca o direito internacional como fonte de incriminação igualmente legítima e sem qualquer relação de dependência com o direito doméstico. Indo ainda mais longe, o artigo dispõe que não se impede o julgamento ou a condenação do indivíduo em razão de atos que, no momento em que cometidos, eram tidos por criminosos segundo os princípios gerais de direito reconhecido pelo conjunto das Nações. Assim fazendo, consagra o direito internacional costumeiro como fonte primária de direito penal.

Pensa-se que se os Estados não cumprem com suas obrigações positivas, especialmente a obrigação de incriminar, nem por isso se autoriza aos indivíduos a inobservância do direito internacional no que pertine à proteção que esse faz a valores universais. O argumento de vazio legislativo nacional deixa de ter validade na medida em que que a proteção penal desses valores não se encontra adstrita ao poder punitivo exclusivamente do Estado. Isto ocorre porque o Estado perdeu o monopólio da potestade penal desde que se identificaram valores cuja finalidade é a proteção de todas as comunidades humanas, como é o caso da prática de crimes contra a humanidade e de genocídio. Se o Estado não cumpre seu *deber puniendi* em conformidade com um *deber positivo* decorrente das normas de direito internacional penal e de direito internacional dos direitos humanos no que concerne a um núcleo duro de direitos pertencentes ao *jus cogens*, esta omissão não parece legítima para servir de fundamento à ausência de responsabilidade.

O sentido, portanto, da supremacia do direito internacional enquanto criador de obrigações para os indivíduos por sua possibilidade de aplicação direta diz respeito antes de tudo ao interesse que possui toda a humanidade em que não existam espaços territoriais onde não seja proibido o cometimento de graves violações de direitos humanos, de forma a que não seja possível a existência do que aqui se denomina paraísos penais. Esse é o primeiro aspecto e o mais importante, na medida em que a compreensão do sentido da dimensão vertical do direito internacional na relação que estabelece com os indivíduos infere a existência de uma proibição universal que se traduz pela obrigação que todos possuem de não cometer essas violações. Assim, independentemente do que dispõem os direitos nacionais dos Estados, o direito internacional por si só obriga os indivíduos ao não-cometimento de crimes contra a humanidade e crimes de genocídio.

Mas é preciso ainda que se diferencie obrigação de responsabilização. A obrigação de não-violação é criada diretamente pelo direito internacional e, na hipótese de seu descumprimento, a responsabilização do indivíduo depende do exercício da jurisdição penal, nacional ou internacional.

Sabe-se que a jurisdição penal internacional é subsidiária à jurisdição nacional, somente podendo ser acionada em caso de omissão das autoridades nacionais. Se assim ocorrer, presentes as condições de competência da jurisdição penal internacional, atualmente representada pela Corte Penal Internacional, a imposição da responsabilização penal irá se dar pela via da aplicação direta do direito internacional.

Nos casos em que a jurisdição nacional decidir impor essa responsabilização é que se entende deva ser possível a incidência direta do direito internacional, caso o direito doméstico não tenha internalizado a proibição dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio. Certamente que para que isto aconteça deverá haver a anuência e, em geral, a vontade do Estado nacional em promover a responsabilização, mesmo na ausência de lei penal interna. Isso ocorre geralmente após a transição de um regime ditatorial para um regime democrático, em que o Estado tardou em harmonizar o seu direito interno, mas vê emergir a necessidade de não deixar impunes os crimes cometidos no passado, de modo a obrigar as jurisdições nacionais a fazerem a releitura do princípio da legalidade penal e a admitir o direito internacional penal como fonte direta de incriminação.

Esses casos são esparsos na jurisprudência, o que muito se deve à resistência dos Estados em admitir a possibilidade de aplicação direta do direito internacional, o que se trata de uma herança dos paradigmas enraizados do direito internacional clássico. Por isso essa posição está longe de ser pacífica.

A decisão da Corte de Cassação francesa no caso Paul Aussarès, general da guerra da Argélia, é um exemplo. A Corte sublinhou que no momento dos fatos os atos cometidos pelo acusado não poderiam ser classificados como crime contra a humanidade diante da ausência de disposição o prevendo no Código penal francês, afirmando ainda que o costume internacional não substituiria a norma incriminadora⁸⁹⁷, ignorando, assim, os preceitos de *jus cogens* e todo o direito internacional penal precedente desde o Estatuto de Nuremberg.

O caso Korbely contra Hungria, julgado pela Corte europeia de direitos humanos é de grande interesse, a começar por que concerne aos massacres ocorridos em Budapeste no 23 de outubro de 1956. Apesar da inexistência de norma penal interna, Korbely havia sido condenado

⁸⁹⁷ REPUBLIQUE FRANÇAISE. Cour de cassation. Chambre criminelle. Audience publique du mardi 17 juin 2003. N° de pourvoi : 02-80719.

com base em uma decisão da Corte Constitucional da Hungria que aplicara diretamente o direito internacional.

Perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Hungria defendera-se contra a tese da estrita legalidade penal afirmando que a finalidade da aplicação efetiva do direito internacional penal seria a de proteger a humanidade das ofensas graves a seus valores fundamentais. Por isso, uma interpretação restritiva sobre os critérios de acesso dos indivíduos ao conteúdo e à previsibilidade das normas de direito internacional reduziria os fundamentos de uma competência universal em matéria de crimes graves. Ao contrário, no entanto, a comunidade internacional teria estabelecido uma presunção de que essas regras são conhecidas uma vez que elas protegem os valores mais essenciais da humanidade. Por isso, sustentou o governo da Hungria que a decisão da Corte Constitucional estaria apoiada no direito internacional costumeiro, que o ato pelo qual o requerente fora condenado constituía uma infração penal segundo o direito internacional e que a Corte teria julgado que as regras existentes seriam privadas de efeito se dependessem de sua incorporação pelo direito interno.

A Corte europeia pontuou que o requerente fora condenado por crime contra a humanidade tendo como base unicamente o direito internacional entendendo que não fora demonstrado que fosse previsível que os atos por ele cometidos constituíam tal violação, motivo porque entenderam que o Estado húngaro, em sua decisão, violara o artigo 7 da Convenção europeia de direitos humanos⁸⁹⁸.

Em outro sentido, os casos em que preponderou a decisão pela via da responsabilização dos autores de graves violações, não obstante a inexistência de lei penal interna à época dos fatos, a aplicação direta do direito internacional se fez possível em admitindo-se sua natureza de fonte de incriminação. Ademais, na grande maioria das hipóteses, essa responsabilização fora propiciada pelas jurisdições internacionais ou, diante do não suficiente fortalecimento das Instituições dos Estados que saem de situações de conflito ou de regimes ditatoriais, fez-se necessária a instauração de jurisdições híbridas.

Nesse sentido, por exemplo, a Corte Constitucional colombiana fez avanços no sentido da releitura do princípio da legalidade penal, tendo não somente garantido a tipificação de elementos materiais de crimes em conformidade à dimensão legislativa da obrigação positiva do Estado e com isto desincumbindo-se do devido controle de convencionalidade, como também referindo-se ao caráter de *jus cogens* de determinados delitos cotejados com o artigo

⁸⁹⁸ COUR EUROPÉENNE DES DROIT DE L'HOMME. **Affaire KORBELY c. HONGRIE**. Requête n° 9174/02. Décision du 19 septembre 2008, §95. Disponível em : < <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-88430> >. Acesso em: 20 dez. 2017.

15 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, naquilo em que estabelece como um princípio da legalidade penal nacional *ou* internacional as ofensas assim consideradas pelos princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional⁸⁹⁹.

Compreendendo que o direito internacional penal constitui-se em fonte de incriminação sem ferir o princípio da legalidade penal em todas as suas acepções, notadamente na anterioridade da norma⁹⁰⁰, a Corte Constitucional colombiana entendeu que o caráter de *jus cogens* da proibição do cometimento de desaparecimento forçado obrigaria os Estados a considerá-la como sendo de execução permanente ou continuada, caso em que não haveria retroatividade da norma penal no caso de tipificação posterior aos fatos⁹⁰¹.

Embora tenha sido posteriormente reformada por insuficiência de provas no caso Plazas Vega, a decisão pronunciou-se pela tipificação do desaparecimento forçado, entendendo por qualificar os atos como sendo desaparecimento forçado e não sequestro, embora cometidos em 1985, utilizando-se da teoria do crime continuado, bem como da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, mesmo sem que a Colômbia tenha ratificado a Convenção internacional sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade⁹⁰².

Na decisão sobre o massacre de Segovia, a Corte Suprema colombiana entendeu igualmente que se uma conduta cometida anteriormente à Lei 589 de 2000 pode ser enquadrada em um crime de genocídio, momento em que o tipo penal ainda não havia sido consagrado na legislação penal interna, mas perfeitamente enquadrada no modelo tipificado pelo direito internacional – a que denomina crime de macro vulneração – nesse caso não age a favor dos

⁸⁹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-038/95**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-038-95.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017; REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-177/01**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-177-01.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017; REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-317/02**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-317-02.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

⁹⁰⁰ Sobre o tema: ANDREU-GUZMÁN, Frederico, “Imprescritibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema”. In: AAVV. **Rector de la judicialización: En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación**. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005. VELASQUEZ, F. V. La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. **Cuadernos de derecho Penal**, Nr. 7, Julio/2012. Disponível em: <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

⁹⁰¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-580/02**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-580-02.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017

⁹⁰² Entendimento semelhante fora exarado pela justiça colombiana no caso Armando Arias Cabrales, com aplicação direta do direito internacional. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Rama Judicial. Juzgado cincuenta y uno penal del circuito. Causa n. 2009-0203. Bogotá, 28 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cabrales.html#procesado>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

autores a prescrição por se tratar de crime contra a humanidade que é imprescritível – entendendo que materialmente o genocídio é uma espécie do gênero violação à humanidade.

Do mesmo modo é a decisão proferida pela Corte no caso do massacre de Salao, em que flexibiliza o princípio da legalidade penal, utilizando-se do critério da legalidade do direito internacional e mencionando expressamente que em casos dessa natureza os Estados não se veem interessados em legislar tipificando seus próprios atos. A Corte fundamentou sua decisão afirmando que a comunidade internacional e a consciência da humanidade se converteram na proteção oferecida pelo que denominou princípio da legalidade internacional, de modo a provocar uma modificação na fonte normativa do direito⁹⁰³.

Pela aplicação direta do direito internacional a Corte europeia acabou tendo um entendimento mais avançado no julgamento do caso Kononov contra Letônia, entendo que a lei nacional prevendo a aplicação retroativa das disposições relativas à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade não seria lesiva ao princípio da legalidade penal, nesse caso aceitando a existência da norma internacional penal previamente existente quanto à impossibilidade de se decretar a prescrição, entendendo não ter havido violação do artigo 7 da Convenção europeia de direitos humanos⁹⁰⁴.

No caso *Streletz, Kessler e Krenz* contra Alemanha, a Corte europeia confirmou a condenação penal de ocupantes de altas funções no seio do aparelho estatal do Partido Socialista da República Democrática Alemã responsabilizados pela morte de jovens alemães que tentaram ultrapassar a fronteira representada pelo muro de Berlim. A condenação fora amparada no direito nacional vigente à época dos fatos, mas interpretado segundo o direito internacional, tendo o juiz alemão entendido que os atos de vigilância colocados em prática pelo Estado desconheciam de maneira flagrante e insuportável os princípios elementares de justiça e a proteção internacional dos direitos humanos⁹⁰⁵.

⁹⁰³ “*En este entendido, no puede ser aceptable que por, la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto de ejercicio de la acción penal, civil o administrativa*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto 33039 de 16 de diciembre de 2010. Disponível em <http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_c9585a49b888003ee0430a010151003e>. Acesso em 20 nov. 2017.

⁹⁰⁴ COUR EUROPÉENNE DES DROIT DE L’HOMME.. **Affaire Kononov c. Lettonie**. Requête n° 36376/04. Arrêt du 17 mai 2010. Disponível em : <

⁹⁰⁵ COUR EUROPÉENNE DES DROIT DE L’HOMME. **Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne** Requêtes n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98. Arrêt du 22 mars 2001, § 19. Disponível em : <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-63910>> Acesso em 20 nov. 2017.

Apesar da alegação dos requerentes de que a decisão fizera uma interpretação divergente *a posteriori*, o que configuraria uma violação do princípio da não-retroatividade da lei penal, tanto a Corte constitucional federal quanto a Corte europeia de direitos humanos confirmaram a condenação, elevando o direito à vida a valor supremo na escala de direitos humanos e analisando o caso sob as bases precípua do direito internacional, em especial do direito internacional dos direitos humanos⁹⁰⁶.

Já os casos Kolk e Kislyiy contra Estônia são uma demonstração de como o direito internacional pode se aplicar diretamente a fim de responsabilizar o indivíduo. Os requerentes foram condenados pela jurisdição nacional da Estônia por crimes contra a humanidade cometidos em 1949, considerando o direito internacional em vigor no momento em que foram cometidos. A Corte Europeia de direitos humanos se pronunciou referendando a condenação sob a base dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas.

Os acusados participaram da deportação de população civil da República da Estônia para áreas remotas da então União Soviética em 1949 e alegaram que o crime contra a humanidade fora incluído na legislação da Estônia apenas no ano de 1994, por meio de emendas ao Código Penal de 1992. Nesse sentido, sustentaram a violação do artigo 7 da Convenção europeia de direitos humanos, sob o argumento de que a deportação enquanto crime contra a humanidade não seria punível nem pelo direito nacional nem pelo direito internacional à época dos fatos.

Submetido o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos, a decisão manteve a condenação apoiando-se na validade dos princípios que dão forma aos crimes contra a humanidade. Mesmo que os atos cometidos pelos perpetradores pudessem ser interpretados como não previstos pela lei interna no momento em que foram cometidos, os mesmos de qualquer sorte constituiriam crimes contra a humanidade sob a égide do direito internacional. A Corte Europeia, assim, não encontrou razão para que a interpretação conferida pela jurisdição estoniana fosse modificada, uma vez que a despeito da ausência de lei interna prevendo as condutas praticadas como sendo crimes, assim o previa o direito internacional. Essa previsão estava contida na Carta de Nuremberg, cujo artigo 6 descrevia a prática de deportação como uma espécie de crime contra a humanidade. Além disso, referindo-se à suposta violação do artigo 7 §2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a decisão sublinhou que sua ofensa

⁹⁰⁶ COUR EUROPÉENNE DES DROIT DE L'HOMME. **Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne** Requêtes n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98. Arrêt du 22 mars 2001, §§ 87, 90. Disponível em : <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-63910>> Acesso em 20 nov. 2017.

estaria condicionada à inexistência de princípios reconhecidos pelas Nações civilizadas, com o que igualmente reconheceu o direito internacional costumeiro como fonte de incriminação⁹⁰⁷.

8.2 As obrigações do indivíduo diante da dimensão horizontal do direito internacional

O sentido que se coloca de horizontalidade das obrigações impostas aos indivíduos pelo direito internacional diz respeito ao alcance do seu conteúdo proibitivo onde quer que os indivíduos se encontrem, de modo a permitir a aplicação do direito internacional sob a base da competência universal.

Trata-se do estabelecimento de uma universalidade punitiva em que, por força de determinadas estipulações da ordem jurídica internacional, a jurisdição de todos os Estados passa a ter a vocação do direito de punir⁹⁰⁸ certos crimes (ou mesmo do dever de punir), independentemente da nacionalidade de seu autor e do país onde ele se encontre.

Seus princípios justificadores encontram suas raízes mais profundas fundamentadas na obra de Hugo Grócio, no aspecto em que formula a lei de solidariedade humana segundo a qual existe uma sociedade universal de pessoas e que crimes que representem uma violação do direito natural e do direito não escrito cuja gravidade se encontra nas consciências, estabelecendo uma obrigação de punir que é universal decorrente da importância dos bens cuja conservação é interesse de todos os Estados, o que impõe aos Estados ou o dever de punir ou o dever de extraditar os supostos responsáveis por essas violações⁹⁰⁹.

Da complementaridade entre as obrigações de extraditar – *aut dedere* – e de punir – *aut judicare* – nasce o princípio *aut dedere aut judicare* que ressalta imposição de obrigações

⁹⁰⁷ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Kolk et Kislyiy c. Estonie** Requetes n. 23052/04 et 24018/04. Décision du 01 janvier 2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86990>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁹⁰⁸ DONNEDIEU DE VABRES, Henri. **Les principes modernes du droit pénal international**. Paris : Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 135.

⁹⁰⁹ « *Un État ne permet pas ordinairement qu'un autre État envoie sur ses terres des gens armés pour prendre des criminels de guerre qu'il veut punir. Il faut donc que l'État, sur les terres duquel se trouve le coupable, atteint et convaincu fasse deux choses : ou qu'il punisse lui-même le coupable, à la réquisition de l'autre État, ou qu'il remette entre ses mains pour le punir comme il le jugera à propos* ». GROTIUS, Hugo. **Le droit de la guerre et de la paix**. Tome Premier. Traduction par Jean Barbeyrac. Amsterdam : Chez Pierre de Coup, 1724, p. A Corte Internacional de Justiça noticia igualmente as raízes da obrigação na obra do jurista espanhol Covarruvias, porém no voto contrário dos Juízes Evensen, Tarassov, Guillaume e Aguilar Mawdsley, afirmando inexistir obrigação de extraditar. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident Aérien de Lockerbie** (Jamahiriya Arabe Libyenne C. Royaume-Uni) Demande En Indication de Mésures Conservatoires. Ordonnance du 14 Avril 1992. Déclaration Commune De MM. Evensen, Tarassov, Guillaume et Aguilar Mawdsley, p. 24, §2. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/fr/affaire/88>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

do indivíduo diretamente emanadas da ordem internacional em matéria de graves violações de direitos humanos.

Trata-se da necessidade de proteger os valores que aqui são denominados universais e absolutos, cuja obrigação compete a todos os indivíduos e em que o dever de responsabilização pelo descumprimento relaciona-se com a obrigação de todos os Estados ligada com o dever de combater a impunidade de graves violações. Por isso a obrigação que o direito internacional impõe aos indivíduos pela via de sua dimensão horizontal possui uma ligação estreita com a obrigação positiva do Estado de investigar, processar e punir essas ofensas.

Coloca-se como principal distinção entre a dimensão horizontal e a dimensão vertical do direito internacional a referência ao local de cometimento do crime. Enquanto pela dimensão vertical refere-se à possibilidade de o direito internacional ser aplicado diretamente, tal execução se relaciona com a jurisdição nacional que corresponda ao local da prática do crime ou ainda com a nacionalidade do autor – nesse caso na hipótese de o Estado adotar o princípio da nacionalidade ativa em matéria de extraterritorialidade da lei penal.

A dimensão horizontal do direito internacional, por outro lado, alcança os indivíduos onde quer que se encontrem e independentemente do local de cometimento do crime, razão pela qual determinadas convenções internacionais determinam aos Estados de proceder à responsabilização de autores de determinadas violações, sem que para isso exista um elo territorial. Essas convenções, portanto, criam para todos os indivíduos a obrigação de respeitar os direitos ali protegidos, sob pena da possibilidade de responsabilização sem que possam estar abrigados por uma regra de natureza territorial. Assim, a dimensão horizontal da obrigação dos indivíduos imposta pelo direito internacional não apresenta qualquer relação com os critérios tradicionais de competência extraterritorial, em virtude da completa supressão dos elos que ligariam o território do cometimento do crime com o Estado que exercerá a jurisdição⁹¹⁰.

Como seu fundamento, entende-se que o direito repressivo possui um princípio universal e absoluto, preexistente às leis e às decisões humanas, relacionando-se com um direito natural à salvaguarda do direito enquanto necessidade humana. Por isso, quando se trata do cometimento dos mais graves crimes, por ele denominados violações de direitos entregues aos homens pela lei natural, não deve de outro lado existir lei que possa impedir a persecução e a sanção penais.

Essa é a posição defendida por Antonio Cassese, que prega a existência de uma lei universal na comunidade internacional, com validade aterritorial, relacionada às normas de *jus*

⁹¹⁰ VANDERMEERSCH, D. La compétence universelle en droit belge. In : **Poursuites pénales et extraterritorialité**. Dossier de la Rev. dr. pén., n°8, 2002, p. 41.

cogens que proíbem violações como os crimes contra a humanidade, o genocídio ou a tortura, justificando a competência universal não apenas pela natureza desses crimes, que ofendem toda a comunidade internacional, mas também pelo fato de que a sua utilização corresponde a um importante instrumento contra a impunidade, de modo a suprir a omissão daquele que seria o juiz competente conforme a regra da territorialidade, o que segundo Cassese consistiria em meio de forçar o Estado a exercer a sua competência a fim de preveni-la em relação a outros juízes estrangeiros⁹¹¹.

Para Antonio Cassese as objeções que tal solução engendra seriam a ingerência que parece haver de uma jurisdição sobre os assuntos internos do país em cujo território fora cometido o crime internacional, o que para o autor não passaria de um confronto entre a concepção arcaica que regia as relações internacionais inauguradas pela Paz de Vestefália, que tinha como pilar o princípio da não-ingerência e a concepção moderna que deve prevalecer, amparada na necessidade premente de serem implementados os valores universais, que devem autorizar o juiz nacional a transcender o que denomina escudo da soberania⁹¹².

Compartilha-se dessa posição de Cassese notadamente por entender-se que de fato o cometimento de um crime grave como o é o crime de genocídio ou um crime contra a humanidade não diz com os assuntos internos de um Estado determinado, mas diz, isto sim, com a proteção da comunidade humana em seu conjunto, desejosa de impor a todos os indivíduos o respeito por seus valores mais caros.

Com efeito, e certamente não sem que se encontre resistências, o direito internacional convencional atualmente estabelece os casos em que as jurisdições dos Estados teriam competência universal para julgar indivíduos por graves violações e por isso se compreende que essas normas possuem uma horizontalidade que alcança os indivíduos onde quer que se encontrem, impondo-lhes a obrigação de respeitar o seu conteúdo sob pena de responsabilização.

É o caso da Convenção internacional contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, cujo artigo 5º obriga os Estados a processar e julgar os autores das violações ali previstas ou de extraditá-los, caso não cumpram com a primeira

⁹¹¹ CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Orgs). **Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p. 14.

⁹¹² CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Orgs). **Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, pp. 15-16.

obrigação⁹¹³, insculpindo assim o princípio *aut dedere aut judicare*, assim como o fazem igualmente a Convenção internacional sobre a supressão e punição do crime de *apartheid* e a convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado de pessoas em seu artigo 9.2, nos mesmos moldes dispostos pela convenção interamericana correlata.

No que se refere aos crimes contra a humanidade e ao crime de genocídio, na ausência de uma convenção internacional dispondo a respeito, entende-se que essas violações atraem igualmente a competência universal sobre a base do direito internacional costumeiro⁹¹⁴.

Dessa maneira, mesmo diante da inexistência de texto legal, um juiz nacional pode ter competência para julgar as mais graves violações de direitos humanos. No entanto, na prática essa situação somente ocorrerá se o direito interno estabelecer a existência da competência universal fundada sobre regra de direito costumeiro⁹¹⁵. Pensa-se que tal hipótese se trata de uma aplicação direta do direito internacional costumeiro, que dependerá de uma norma interna de natureza puramente procedimental, porquanto o direito aplicado nesse caso será o direito internacional e não o direito interno processual. É o que ocorre na Bélgica, cujo Código Penal⁹¹⁶ prevê de modo expresso que o juiz pode fundar sua competência sobre uma regra de direito internacional não escrita.

Na Alemanha existe uma regra semelhante, segundo a qual o juiz nacional possui competência para processar a prática de violações como o genocídio e o crime contra a humanidade cometidos fora do seu território sem a exigência de qualquer elo com o Estado, nem sequer exigindo-se que o acusado ou a vítima resida em território alemão, com o que a legislação adota a competência universal incondicional, diferentemente das hipóteses em que a

⁹¹³ É também o caso da Convenções de Genebra, especificamente do Protocolo adicional de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais.

⁹¹⁴ ROBERTSON, Geoffrey. **Crimes against humanity: the struggle for global justice**. New York: The New Press, 2000, p. 230.

⁹¹⁵ DAVID, Eric. **Eléments de droit pénal international et européen**. Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 252.

⁹¹⁶ Article 12bis. Hormis les cas visés aux articles 6 à 11, les juridictions belges sont également compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une règle de droit international conventionnelle ou coutumière ou une règle de droit dérivé de l'Union européenne] liant la Belgique, lorsque cette règle lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites. BELGIQUE. Loi Contenant le titre préliminaire du code de Procedure Penale. Loi du 17 AVRIL 1878.

Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1878041701%2FF&caller=list&row_id=1&numero=1&rech=9&cn=1878041701&table_name=LOI&nm=1878041750&la=F&dt=CODE+D%27INSTRUCTION+CRIMINELLE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27D%27%26+%27INSTRUCTION%27%26+%27CRIMINELLE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=52&imgcn.y=9#LNK0003> . Acesso em: 21 nov. 2017.

competência universal lhe é atribuída por convenção internacional, caso que são exigidas condições⁹¹⁷.

A legislação brasileira não distingue competência universal de extraterritorialidade da aplicação da lei penal, trazendo no artigo 7º do Código Penal a competência universal como uma das hipóteses de extraterritorialidade, asseverando expressamente que a mesma será fixada nos casos em que o Brasil se obrigou a reprimir os crimes por tratado internacional, nada dispondo sobre a possibilidade de que esse processamento advenha do direito internacional costumeiro.

O fato é que apesar da existência de algumas disposições esparsas, a incidência do direito internacional, costumeiro ou convencional, fora raras vezes utilizada pelas jurisdições nacionais, igualmente vinculadas à tradição da territorialidade.

No julgamento de Adolf Eichmann no Estado de Israel, se analisada juridicamente a regra de fixação de competência, a mesma se deu sobre as bases da jurisdição universal, ainda que esse substrato jurídico não tenha sido veiculado no processo. Tal construção deve-se à obra de Hannah Arendt na sua constatação de que em realidade não se tratava ali do julgamento de crimes cometidos contra o povo judeu, mas de crimes cometidos contra a humanidade, fundamento para a incidência da competência universal⁹¹⁸.

Parece, no entanto, que a primeira quebra de paradigma que chamou a doutrina jurídica a melhor refletir sobre a possibilidade de utilização do princípio da competência universal fora o processo de extradição oriundo da Espanha contra o ex-ditador chileno, Augusto Pinochet. Apesar de não ter sido finalmente extraditado da Inglaterra para a Espanha por força de uma decisão do ministro do interior britânico, o deferimento do pedido pelo parlamento inglês representou um marco de uma nova concepção segundo a qual o direito internacional pode alcançar a todos os indivíduos acusados do cometimento de crimes contra a humanidade, de modo a demonstrar a existência de uma obrigação geral de não-violação de direitos humanos, mais ainda considerando-se o teor da Câmara dos Lordes no sentido de que o ex-ditador não teria direito à imunidade pela prática dos crimes que lhe foram imputados, seguindo-se à sua colocação em prisão domiciliar⁹¹⁹.

⁹¹⁷ CORDERO, Isidoro Blanco. Compétence universelle. Rapport général, **Revue internationale de droit pénal**. Vol 79, 2008/1, p. 17.

⁹¹⁸ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paul: Companhia das Letras, 2011.

⁹¹⁹ UNITED KINGDOM. House of Lords. Judgement – In Re Pinochet, 1999. Disponível em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Essa solução encontrara seus reveses na jurisprudência, a demonstrar mesmo uma ausência de consenso no âmago da Corte Internacional de Justiça sobre o tema da competência universal.

No julgamento do caso *Congo versus Bélgica*, tratando do mandado de prisão de 11 de abril de 2000, emitido pela Bélgica contra Ministro das Relações Exteriores do Congo, Abdulaye Yerodia Ndomasi, acusado pela prática de graves violações de direito humanitário consistentes no ato de induzir, por meio de manifestações públicas, um massacre da etnia tutsi no Congo. A fim de não dar cumprimento ao mandato, o Congo postulou junto à Corte Internacional de Justiça a sua revogação, sob o argumento de que o mesmo violava imunidades conferidas ao diplomata, por força da Convenção de Viena de 1961, fundamentação essa que foi aceita pela Corte, dando provimento ao pedido do Congo ao decidir por cancelar o mandado, adicionando à decisão o argumento de que, ao decidir nesse sentido, estava preservando a manutenção e a segurança das Relações Internacionais, com o que claramente adotou o princípio da não-ingerência, visão arcaica das relações internacionais, muito embora não tenha se manifestado contrária à adoção do princípio da justiça universal, especialmente em se tratando de crimes contra a humanidade.

O princípio da justiça universal tivera, no entanto, ampla discussão no caso Hissène Habré, que à época se encontrava em situação de impunidade no Senegal⁹²⁰, a Corte Internacional de Justiça, em 20 de julho de 2013, decidiu que aquele país havia faltado com suas obrigações internacionais, ordenando às autoridades senegalesas o dever julgá-lo ou, em não o fazendo, extraditá-lo para a Bélgica, que já havia expedido um mandado de prisão contra o acusado. A Corte Internacional de Justiça havia sido demandada pela Bélgica, por meio de uma petição apresentada em 2009, na qual acusou o Senegal de violar de forma continuada suas obrigações, com base jurídica na Convenção internacional contra a tortura.

Após refutar os argumentos de defesa do Senegal, em especial no que diz respeito à alegação de ausência de competência para o julgamento de uma lide entre os dois países, no mérito decidiu a Corte Internacional de Justiça que o Senegal havia de fato faltado com suas obrigações internacionais, pois apesar da existência de uma série de denúncias, não deu início a nenhuma investigação sobre os crimes que teriam sido cometidos por Hissène Habré, mesmo tendo ratificado a referida Convenção das Nações Unidas contra a Tortura⁹²¹.

⁹²⁰ Situação que se modificara diante da sua condenação à pena de prisão perpétua aplicada pelas Câmaras Extraordinárias do Senegal, conforme teve-se a ocasião de mencionar.

⁹²¹ Sobre a responsabilidade internacional do Senegal no que diz respeito à demora em patrocinar a persecução penal necessária, bem como em relação aos direitos das vítimas, elucidativo o voto do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade: *In the domain of the International Law of Human Rights, which is essentially victim-oriented,*

Contra os altos responsáveis da ditadura argentina há uma série de exemplos de aplicação do princípio da competência universal, dizendo respeito à obrigação dos Estados de julgarem os acusados ou de os extraditar. São os casos do Tribunal de Instância de Nuremberg de pedido de expedição de um mandado de prisão contra Jorge Rafael Videla, Carlos Guillermo Suárez Mason e Emilio Eduardo Massera, assim como a conclusão na Itália do processo com condenação à pena de morte do mesmo general Carlos Guillermo Suárez Mason e do general Santiago Omar Riveros, dentre outros condenados à pena de prisão, na França a condenação à revelia à pena de prisão perpétua de Alfredo Astiz (posteriormente julgado na Argentina) e na Espanha, igualmente resultando na imposição de pena de prisão perpétua a Adolfo Francisco Scilingo.

A aplicação da competência universal foi lembrada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no julgamento do caso *Ely Ould Dah* contra França. Condenado pela jurisdição francesa pela prática de crimes de tortura cometidos no território da Maurítânia, país que lhe beneficiou com uma lei de anistia. A Corte não recebeu a demanda do requerente embasada principalmente na questão atinente ao lugar que ocupa a proibição da tortura em direito internacional⁹²². No entanto, a França irá aplicar o princípio da competência universal em outras ocasiões, tais como no caso dos responsáveis da ditadura chilena, autorizada pela Convenção internacional contra a tortura, bem como nos processos dos imputados responsáveis pelo genocídio de Ruanda que se encontram em território francês⁹²³.

Igualmente no julgamento do caso *Jorgic* c. Alemanha, a Corte Europeia de Direitos Humanos irá corroborar a validade de condenação baseada na competência universal para o julgamento de crime de genocídio. O requerente, de origem sérvia e nacional da Bósnia-

*the time factor is to be made to operate pro victima. As to the principle aut dedere aut judicare set forth in Article 7(1), it has already been indicated that aut judicare is ineluctably associated with the requirement of absence of undue delays. For its part, extradition, largely dependent upon the existence of treaties and the interpretation given to them in the circumstances of each case, is bound to remain largely discretionary. What comes promptly into the fore in the cas d'espèce is the requirement of expeditious inquiry into the facts for the purpose of prosecution, a duty incumbent upon States Parties to the CAT Convention. The duty of prosecution is further singled out by the requirement, under Article 4 of the CAT Convention, of criminalization of all acts of torture under domestic law, taking into account "their grave nature". Extradition comes into the picture only in case of the absence of prosecution. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. Belgique c. Sénégal.** Arrêt du 20 juillet 2012. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.*

⁹²² COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Ely OULD DAH c. France.** Requête n° 13113/03. Décision du 17 mars 2009 sur la recevabilité de la requête. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D2_6rPWYy6jMJ:hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-91980%253FTID%253Dthkbnlzk+&cd=4&hl=fr&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁹²³ Para uma relação completa dos processos, a associação Collectif des Parties Civiles pour le Rwanda disponibiliza todas as informações atinentes. Collectif des Parties Civiles pour le Rwanda. Disponível em: <<http://www.collectifpartiescivilesrwanda.fr/tableau-des-plaintes-du-cpcr/>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

Herzegovina, alegou a incompetência da jurisdição alemã, invocando o princípio da não-intervenção como fundamento que impede uma jurisdição de processar por fatos cometidos no estrangeiro. Alegou que a competência universal não seria reconhecida em caso de genocídio, motivo por que somente as jurisdições do Estado em que o ato fora cometido ou uma jurisdição internacional teriam competência para julgamento – a fixação da competência, segundo o requerente, não poderia ser autorizada pelo direito internacional costumeiro nesse caso. A Corte, no entanto, decidiu que a interpretação feita pelas jurisdições alemã é largamente confirmada pela jurisprudência dos Estados e das Cortes internacionais penais, confirmando, assim, a condenação⁹²⁴.

Independentemente dos poucos episódios em que um juiz nacional ousou exercer a jurisdição fora dos padrões clássicos, baseando-se no princípio da competência universal, seja autorizado por uma convenção internacional, seja fundamentando-se nos princípios gerais de direito internacional, o que ora importa é referir a existência de uma possibilidade de utilização do direito internacional para o fim de criar obrigações aos indivíduos.

Mesmo que alguns países não disponham de legislação interna referente à aplicação de determinadas convenções internacionais, o que traz a questão da auto executoriedade dos tratados prevendo competência universal para as jurisdições nacionais⁹²⁵, bem como a auto aplicação do direito internacional costumeiro e das diferentes interpretações conferidas pelos Estados⁹²⁶, pensa-se que o só fato da potencialidade de aplicação do princípio da competência universal confere um alcance do direito internacional a todos os indivíduos, no sentido de não lhes ser autorizado o cometimento de violações graves aos direitos humanos, dentre outros crimes, sob pena de poderem ser alcançados e responsabilizados onde quer que se encontrem.

Este parece ser o sentido que a dimensão horizontal do direito internacional confere no que toca à criação direta de obrigações aos indivíduos, embora sua incidência dependa da vontade das jurisdições nacionais que, em a acordando, podem conferir aplicação direta e mesmo retroativa do direito internacional, considerando os postulados previamente existentes

⁹²⁴ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Jorgic c. Allemagne**. Requête n. 74613/01. Décision du 12 juillet 2007. Disponível em: <

⁹²⁵ DAVID, Eric, La compétence universelle en droit belge. **Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles**, vol. 30, Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 92.

⁹²⁶ É o caso, por exemplo, da diferença de entendimento existente entre a jurisprudência francesa e a jurisprudência belga. Na França, a Corte de Cassação decidira pela inaplicabilidade das Convenções de Genebra na ausência de um texto nacional, ao passo que na Bélgica entende-se que o juiz pode decidir apoiando-se diretamente no direito internacional. DAVID, Eric, La compétence universelle en droit belge. **Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles**, vol. 30, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 93.

do direito internacional costumeiro em matéria de crimes contra a humanidade e crimes de genocídio.

CONCLUSÃO FINAL

Ao longo da história, juristas e filósofos que de algum modo se ocuparam em pensar o direito internacional – por muito tempo denominado direito das gentes ou direito das Nações – o viram sob dois ângulos completamente opostos. Essa forma de pensar refletiu igualmente na concepção de humanidade e na maneira em que passou a ser objeto de proteção pelo direito.

De um lado, consolidou-se um pensamento jus filosófico marcado pelo domínio da supremacia do Estado, em que o direito internacional ganhou grande espaço dentro da finalidade precípua de regradar do comportamento das Nações enquanto entes igualmente soberanos. Ao mesmo tempo, esse direito teve um espaço reduzido na esfera de proteção do indivíduo e da comunidade humana em seu conjunto. Esse ponto de vista concebeu o Estado como a única fonte de direito e nele tem origem uma noção voluntarista do direito internacional, cuja existência depende da aceitação exclusiva dos Estados.

De outro lado, a ideia de que os seres humanos possuem direitos superiores a salvaguardar, os quais representam o elo comum de pertencimento a uma comunidade humana, passou a colocar o indivíduo no centro de proteção de uma doutrina diversa, que reflete diretamente na forma de pensar o direito internacional.

Essa doutrina reconhece a existência um núcleo duro de valores humanos que vão muito além dos interesses puramente estatais. Trata-se de valores que muitas vezes os Estados não somente não são capazes de proteger exclusivamente pela via de seus respectivos direitos internos, como também em algumas ocasiões passam a ser seus principais violadores.

É a partir dessa última concepção que nascem as bases para a proteção jurídica da humanidade, criando-se um novo objeto para o direito internacional.

Essas bases jurídicas do conceito de humanidade ganham uma série de contornos que permitiram algumas mudanças nos paradigmas do direito internacional clássico. Teorias como a da intervenção por causa da humanidade reconhecem a existência de direitos pertencentes ao gênero humano e limitadores dos poderes do Estado; o direito internacional humanitário surge com o efeito de humanização do direito internacional e de trazer ao centro de seu espectro a proteção do indivíduo e preocupações com a humanidade; a concepção sobre a existência de princípios de *jus cogens* concebe um conjunto de normas criadas no interesse da comunidade internacional e não apenas dos Estados. Derradeiramente, as guerras do século XX provocaram inquietudes acerca de violações às leis da humanidade.

A humanidade começa enfim a ser tutelada pelo direito.

Ao final, tem-se um edifício que é resultado da soma do pensamento filosófico que vem desde as construções do direito natural e desagua na base jurídica composta por princípios, costumes e convenções internacionais que formulam regras universais as quais devem ser respeitadas sobretudo em razão das experiências trágicas sofridas pelas experiências humanas⁹²⁷ ao longo de todo esse processo. É o que Cherif Bassiouni denomina efeito cumulativo das experiências históricas⁹²⁸.

O conceito de humanidade começa então a ser aprimorado, alicerçado em uma construção casuística, dependente da identificação de condutas que caso a caso passam a ser compreendidas como violadoras de valores universais pertencentes à comunidade humana, trazendo novas reflexões que apontam para a busca de resposta sobre qual deve ser ou quais devem ser o(s) objeto(s) do direito internacional.

Dentro de transformações de natureza complexa como essas, a penalização do direito internacional contribuiu sobremaneira para a definição do conteúdo jurídico do conceito de humanidade, notadamente a partir da concepção de sua grave violação. Esse conceito ganha melhores contornos com a construção normativa dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio, cuja elaboração segue a mesma lógica empírica e, por isso, somente se completa após uma longa análise casuística tecida pela interpretação jurisprudencial.

O direito internacional penal se convence definitivamente da importância da proteção simultânea do ser humano e dos valores da humanidade. Ele identifica a prática de atos desumanos como lesivos ao mesmo tempo ao indivíduo e à humanidade⁹²⁹. Por serem ofensivos à essência do ser humano enquanto tal, esses atos embasam a concepção dos crimes contra a humanidade e do crime de genocídio e passam a constituir o que de mais grave existe em matéria de ofensa a direitos dos seres humanos.

Mais além do que o direito internacional penal no seu aspecto normativo – costumeiro e convencional – o elo de ligação entre as vítimas diretas e a humanidade produzido por essas graves ofensas terá sido sobretudo uma identificação feita pelas Cortes Internacionais Penais, ainda que de forma desordenada. Essa construção identifica que o laço que os une reside na gravidade das ofensas, ligado à sua amplitude e à sua organização.

⁹²⁷ “*This collection of international instruments embodies principles, norms and rules developed over centuries of tragic human experiences.*” BASSIOUNI, M. Cherif. **International criminal law: Crimes**. Vol. I. 2nd ed. New York: Transnational Publishers, 1998, p. 533.

⁹²⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. **International criminal law: Crimes**. Vol. I. 2nd ed. New York: Transnational Publishers, 1998, p. 535.

⁹²⁹ JUROVICS, Yann. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité**. Paris : L. G. D. J., 2002, p. 66.

Para além dessa identificação, as jurisdições internacionais penais abrem caminho para um novo paradigma do direito internacional na medida em que o indivíduo atinge a condição de sujeito de deveres e não apenas de sujeito de direitos. O direito internacional penal torna-se fonte de obrigações para os indivíduos: esses se tornam simultaneamente sujeito ativo e sujeito passivo de direito internacional.

Mas a construção elaborada pelo direito internacional penal apenas tangencia a elaboração de uma escala de valores subjacentes aos direitos ofendidos pela prática de graves violações, motivo porque o edifício erguido paralelamente pelo direito internacional dos direitos humanos auxilia nessa identificação de natureza axiológica. O direito afinal dá-se conta de que a comunidade humana se une por alguns laços denominados valores – alguns deles intangíveis, aceitos como tais em todos os espaços e sem que seja possível excepcionar-se a possibilidade de sua violação.

Especialmente a partir da criação das Nações Unidas e de seu respectivo sistema universal de proteção, tanto normativo quanto jurisdicional, o direito internacional dos direitos humanos passa a conferir um importante conteúdo valorativo a essa noção de crimes que afetam o que há de humano no ser humano. A construção normativa catalisada por essa nova estrutura parece fazer emergir a dignidade humana como um valor subjacente aos direitos fundamentais cuja proteção visa garantir. A dignidade humana aparece como a pedra de toque das normas criadas pelo direito internacional dos direitos humanos e dessa construção emergem igualmente direitos que não são passíveis de sofrer restrições ou relativizações. A noção de direito humano absoluto nasce dessa composição que tem sua fonte sobretudo nas *core conventions* que são pilares desse sistema universal de proteção.

A impossibilidade de relativização de direitos ligada ao valor subjacente dignidade humana fundamenta a construção de um direito internacional para a humanidade de modo a produzir rupturas nos pilares do direito internacional clássico. A dignidade humana passa a ser o substrato de garantia das próprias normas de direito e fundamento para a limitação da soberania sem limites dos Estados, a partir da previsão de condutas lesivas ao ser humano que não podem ser cometidas sob nenhuma circunstância.

Toda a teia que compõe o sistema universal de proteção dos direitos humanos ganha ainda a convergência de sistemas regionais de proteção, dando origem a dois aspectos fundamentais para a emergência de um direito internacional que começa a abandonar a centralidade dos Estados e converge para a proteção precípua do ser humano.

Esses dois aspectos são, de um lado, a criação de obrigações para os Estados cuja fonte são as convenções internacionais de direitos humanos, formalizações de um consenso da

comunidade internacional; de outro lado, esse corpo normativo funda um sistema de responsabilização dos Estados que se concretiza na obra da jurisprudência das Cortes Internacionais.

Em aplicação ao conjunto de convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, a Corte Internacional de Justiça protagoniza a concepção de princípios de direito internacional de aplicação obrigatória provenientes de normas relacionadas a uma necessidade de proteção universal e que vão além do direito convencional em virtude da importância vital que possuem para a comunidade internacional. A Corte passa a identificar princípios de base em certas convenções internacionais que obrigam os Estados mesmo fora do elo convencional. Esses princípios ligam-se à preservação da humanidade de práticas odiosas. Eles convergem com a própria finalidade de determinadas convenções internacionais, como é o caso das convenções que visam impedir a prática de tortura, de genocídio, de desaparecimentos forçados ou de *apartheid*, para citar alguns exemplos.

Determinadas ofensas previstas em convenções internacionais não nascem propriamente delas, mas de uma consciência universal que repousa no direito internacional costumeiro. Por infligirem perdas à humanidade, essas práticas lesivas adquirem a natureza de proibições universais, engajando Estados e indivíduos independentemente de consentirem previamente na sua observância. Por isso se afirma que essas convenções que tutelam o núcleo mínimo de direitos pertencentes ao *jus cogens* são criadoras de obrigações *erga omnes*.

Assim como o faz a Corte Internacional de Justiça, as jurisdições componentes dos sistemas regionais de proteção traçam de forma congruente esse perfil protetivo do direito internacional, baseado em considerações de humanidade que se impõem a todos os membros da comunidade internacional. Por isso ofensas que por sua gravidade configuram crimes contra a humanidade ou crime de genocídio, pertencendo ao domínio do *jus cogens*, são normas proibitivas de extensão universal que retiram dos Estados a discricionariedade acerca da incriminação.

Essa compreensão do sentido de grave violação, a partir da análise das condutas mais graves que já assolaram a humanidade – os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio -, tornou possível a identificação de dois valores que se entende ocuparem o topo da hierarquia de um conjunto de normas jurídicas: a proteção da dignidade humana e a interdição do sofrimento. Trata-se de valores que legitimam a existência de direitos de natureza universal e absoluta que fazem parte de um pequeno núcleo intangível: o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à liberdade, o direito à liberdade sexual, o direito à não-discriminação e o direito à não-submissão a tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes.

A partir da análise de toda a construção normativa e jurisprudencial, tanto em matéria de direito internacional penal quanto em matéria de direitos humanos e, muito especialmente, partindo da concepção de grave violação contida nos elementos dos crimes contra a humanidade e de genocídio, chega-se à conclusão na presente pesquisa que todos esses direitos, amparados nos valores dignidade e não-sofrimento, ganham o caráter da universalidade e da incondicionalidade. Eles são por isso denominados na presente tese valores intangíveis da humanidade, assim como o são intangíveis os direitos deles decorrentes.

Cominação de sofrimento e perda de dignidade são, assim, valores imbricados. A imposição de sofrimento às vítimas diretas é em geral o que lhes inflige a perda de dignidade. Quando essa composição se soma à prática de ofensas em uma escala de amplitude, traduzida seja pela prática de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, seja pela eliminação total ou parcial de um grupo, cria-se um elo entre as vítimas diretas e os demais membros da comunidade internacional.

A especial gravidade das ofensas, demonstrada por seu nível de organização e pela imposição de atos de crueldade das ofensas enseja o nascimento de um sentimento de reciprocidade entre o ofendido e o restante da humanidade. A crueldade dos atos lesivos nega o caráter de ser humano às vítimas e essa animalização do ser humano desencadeia ao mesmo tempo um sentimento de vulnerabilidade e uma sensação de repulsa nos membros da comunidade internacional.

Esse é o sentido do sentimento de reciprocidade que a gravidade das violações acaba por provocar nos demais membros da comunidade humana. Ele faz com que as ofensas percam o seu caráter individual e ultrapassem as pessoas dos ofendidos: a humanidade ganha assim um novo *status* jurídico condizente com sua condição de vítima. Traduzidas em atos materiais (como o homicídio, a exterminação, a tortura, o estupro, os desaparecimentos forçados, a deportação e todos os demais atos materiais desses crimes), essas violações se cristalizam na fórmula genérica descrita como tratamento desumano, cruel ou degradante, ou ainda sob a expressão outros tratamentos desumanos.

Todas essas práticas são ensejadoras ao mesmo tempo de um processo de despersonalização e de um processo de despertencimento das vítimas, na medida em que ofendem as dimensões individual e coletiva do ser humano. Trata-se de ofensas a direitos elementares e inalienáveis dos seres humanos que compõem o irredutível humano. Consistem em atos lesivos consistentes em ofensas àquilo que o ser humano possui de mais essencial e revelam ao mesmo tempo um desprezo profundo do agressor pela humanidade. Por isso essas violações ultrapassam os indivíduos e ganham o terreno da universalidade e sua relativização

não pode se sujeitar à discricionariedade legislativa dos Estados. A coletividade ofendida – a humanidade – retira de um único Estado a legitimidade do poder de punir.

Chega-se aqui com isto ao momento derradeiro da presente pesquisa, reservado à comprovação ou à refutação das premissas iniciais que representaram o ponto de partida desse estudo.

Pensa-se que efetivamente o direito internacional clássico e seus postulados não mais correspondem a uma série de necessidades do mundo contemporâneo. Um breve estudo do século XX e deste século que ainda se encontra no seu limiar já demonstra que homens e mulheres foram e continuam sendo vítimas das mais inimagináveis crueldades que um ser humano pode ser capaz de cometer contra outro ser humano. Assim o foi durante toda a história da humanidade. Se o direito internacional não é capaz de conter o desatino dessas atrocidades que desfiguram a face humana de cada indivíduo, o direito nacional isolado se mostra ainda menos capaz.

Tal constatação vem a confirmar a segunda hipótese de que partira a pesquisa. Ao longo do trabalho, parece ter restado evidente que as mais graves violações de que têm sido vítimas os indivíduos não ganhariam o caráter massivo que lhes denota o grau de extrema censurabilidade não fosse a participação e o papel protagonista do Estado. Quando o Estado emerge no cenário internacional como um ator-violador de direitos, ele perde sua legitimidade enquanto única fonte criadora de direitos e sobretudo como garantidor da salvaguarda desses direitos. Os interesses dos indivíduos passam a depender de uma outra esfera de proteção e tendem a efetivamente ocupar uma posição central na proteção exercida pelo direito internacional.

A partir dessa necessidade de proteção dos indivíduos, seja pela precariedade desempenhada pelos direitos nacionais, seja pela prática de ofensas cometidas pelos próprios Estados, amplia-se o objeto do direito internacional, especialmente diante da identificação de alguns valores superiores a proteger, cujas normas ganham força cogente, muito especialmente nas hipóteses em que tais violações se caracterizam nas figuras mais graves travestidas no conceito de crimes contra a humanidade e crime de genocídio – cuja construção é efetivamente fruto sobretudo de identificações casuísticas produzidas ao longo do tempo.

A hipótese que concebeu a superação dos postulados do direito internacional clássico a partir da premissa de que alguns valores humanos se sobrepõem à soberania do Estado de modo a fundamentar uma supremacia do direito internacional quando se ocupa de exercer essa

função protetiva toca no ponto mais crucial da tese. É com base nela que a presente pesquisa intenta propor a formulação de um direito internacional com primazia sobre os Estados nacionais naquilo em que se ocupa de instrumentalizar garantias para a proteção do que se denominou núcleo intangível de valores da humanidade. Trata-se de um direito internacional ancorado no aparato criado pelo direito internacional penal e pelo direito internacional dos direitos humanos que se manifesta como fonte de obrigações tanto para os Estados quanto para os indivíduos.

A supremacia do direito internacional se revela no aspecto em que cria normas de proteção que têm sua fonte material na consciência jurídica universal, essa consciência nascida de graves violações que passaram a receber o nome de crimes contra a humanidade e genocídio e que ensejaram a perda do monopólio da criação do direito por parte do Estado.

A presente tese propõe ainda que normas internacionais que obrigam os Estados independentemente de sua vontade, e assim o fazem igualmente em relação aos indivíduos, são normas que têm seu nascedouro no direito internacional costumeiro, são fruto de um consentimento universal tácito e que por isso passam a integrar o núcleo de *jus cogens*. Intenta-se nesse sentido evocar a necessidade de elaboração de uma ordem jurídica composta pelo direito internacional costumeiro, pelo direito convencional e construção jurisprudencial internacional que capaz de salvaguardar os direitos amparados em valores universais.

Mas apesar dos muitos avanços por que passou o direito internacional especialmente no último século, os retrocessos que experimentou e continua a experimentar aparentam ser impeditivos da implementação de uma supremacia do direito internacional que permita a sua aplicação direta independentemente da vontade dos Estados.

O primeiro ponto a ser mencionado diz com o fato de o princípio da soberania ainda se encontrar arraigado na prática dos Estados. Se de um lado ele se atenua quando mais exacerbadas forem as relações de dependência entre os Estados, por outro lado ele ganha ainda maior força em países que apresentam uma espécie de autossuficiência revelada sobretudo por seu poderio militar.

O cenário internacional da atualidade impõe a formulação de questionamentos sobre a força de determinados Estados soberanos que, em virtude de ocuparem uma posição de hierarquia enquanto potências militares, descumprem postulados de direito internacional que visam não somente proteger a humanidade, mas sobretudo impedir sua própria destruição. O que dizer, por exemplo, da inobservância do Tratado de não-proliferação de armas nucleares de 1968 ou ainda do Tratado sobre a proibição de armas nucleares de 2017, este último nascido sem a anuência dos Estados que praticam atividades ligadas às armas nucleares. Uma potência

nuclear como a Coreia do Norte, que parece ter capacidade para destruir o mundo, vê-se hoje completamente indiferente aos mandamentos extraídos das normas de *jus cogens* e parece não haver solução diversa que não a de aguardar a decisão soberana do país baseada na razão de Estado.

O direito internacional evolui a passos lentos e, ao contrário do direito nacional, não dispõe dos tradicionais mecanismos jurídicos de coerção. Um Estado que se recusa a observar as normas de direito internacional, por mais que incorra em responsabilidade, sujeita-se muito mais a receber sanções de ordem política ou econômica do que a sanções de ordem jurídica. Essas últimas, quando provenientes de uma jurisdição internacional, podem se tornar impenetráveis às fronteiras territoriais. Basta rememorar a situação do Sudão *sub judice* no Tribunal Penal Internacional. Seu Chefe de Estado tem contra si um mandado de prisão internacional aparentemente inexecutável porque a sua execução depende de atos procedimentais a cargo das autoridades nacionais.

O cenário é ainda mais desfavorável quando se constata que os Estados descumprem decisões oriundas de Cortes Internacionais criadas por eles mesmos. Presume-se que quando um Estado é signatário de um tratado internacional criador de uma jurisdição, ele o faz em renúncia a uma parcela de sua soberania e se presume cumpridor de suas decisões futuras em virtude do que reza o princípio da boa fé. Nesse aspecto, o voluntarismo do direito internacional reganha toda a sua força e parece dar razão à teoria hegeliana, tão combatida ao longo dessa pesquisa.

Não é tampouco incomum o descumprimento das decisões das cortes internacionais, a ensejar uma responsabilidade do Estado de poucas consequências, situação que se agrava ainda mais pela superveniência de denúncias a convenções internacionais criadoras da ordem jurisdicional, como fora o caso da Venezuela em 2012 a propósito de sua retirada do sistema regional de proteção dos direitos humanos criado pela Organização dos Estados Americanos, como já havia feito Trinidad e Tobago em 1998, com a finalidade anunciada de aplicar a pena de morte, a despeito de ser considerada pela jurisprudência internacional como um tratamento cruel, desumano e degradante – proibição absoluta, portanto.

A criação de uma jurisdição penal internacional permanente já fora a promessa do fim da impunidade dos crimes internacionais e de superação das críticas voltadas à natureza de Tribunais de exceção das jurisdições *ad hoc*. Hoje, ao contrário, o Tribunal Penal Internacional enfrenta críticas ainda mais severas que colocam em xeque a sua legitimidade, especialmente a propósito da seletividade de sua justiça e da sua lentidão.

Mas a dificuldade da implementação de uma supremacia do direito internacional não anula a validade dos postulados expostos ao longo da pesquisa no sentido de que para a proteção de valores da humanidade faz-se necessária a construção de um direito posicionado na mesma condição de hierarquia.

Ademais, nem tudo são retrocessos no cenário do direito internacional.

Uma certa efetividade das jurisdições penais híbridas parece resgatar a legitimidade da jurisdição penal internacional que havia se solidificado quando da implementação das Cortes da ex-Iugoslávia e de Ruanda. A condenação penal de altos representantes dos Estados era algo irrealizável no início do século passado. No entanto, a humanização do direito internacional teve como uma de suas consequências a colocação do indivíduo na condição não somente de sujeito de direitos como também sujeito de obrigações na esfera internacional. Até o fim da Segunda Guerra Mundial, essa responsabilização penal não passava de manifestação de intenções esparsas no seio da comunidade internacional, motivadas pela força de eventos pontuais.

Os Tribunais Penais Internacionais de Nuremberg e de Tóquio inauguram uma era em que a imunidade dos altos representantes do Estado começa a ser questionada. Esse paradigma parece ter se rompido em definitivo com a decisão de extraditar o ex-ditador chileno Augusto Pinochet. Essa ruptura se sedimenta com a persecução do primeiro Chefe de Estado ainda em exercício, Slobodan Milosevic, pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, bem como com condenações como a do ex-Primeiro Ministro Jean Kambanda pelo Tribunal Penal Internacional de Ruanda, assim como também as condenações do ex-Presidente da Libéria Charles Taylor pelo Tribunal Especial de Serra Leoa e do ex-Presidente do Chade Hissène Habré pelas Câmaras Especiais do Senegal. A condenação de Karadžić por crimes contra a humanidade e crime de genocídio pelo TPII evidencia ainda que a justiça internacional penal pode sobreviver à obra do tempo, por mais potentes que possam se mostrar as forças contrárias à sua efetividade.

De igual modo, a proposição de uma supremacia do direito internacional tem como uma de suas vertentes a criação de obrigações para os indivíduos. O fundamento que engaja a obrigação do indivíduo a partir de uma fonte de direito internacional é um dos cernes dessa pesquisa. A conclusão sobre o que justifica a existência de obrigações que o indivíduo assume diretamente perante o direito internacional é das mais complexas, na medida em que naturalmente o indivíduo somente poderia ser obrigado por uma norma de direito interno. Essa fora afinal a tradição do direito ao longo da história.

Se existe um elo que liga o indivíduo a seu Estado e que por meio dela o torna sujeito de direitos e obrigações no seio do direito interno, deve haver paralelamente um elo que ligue o indivíduo a esse ente aqui chamado comunidade internacional, regido por um direito de dimensão igualmente internacional.

A conclusão a que se chega é que esse elo é eminentemente teleológico e axiológico. Teleológico porque ligado aos fins da criação da norma jurídica ensejadora da obrigação; axiológico, porque a norma visa a proteção de determinados valores. Ambos os elos, tanto os criados pelo direito nacional engajando a responsabilidade do indivíduo perante o Estado, quanto os criados pelo direito internacional engajando a responsabilidade do indivíduo perante a comunidade internacional possuem a mesma natureza. Eles dizem respeito à necessidade de preservação das respectivas sociedades (nacional e internacional), preservação essa que se faz por meio do direito. Para um espaço territorial limitado às fronteiras estatais, um direito nacional limitado a elas, cuja legitimidade não deve extravasar esse espaço. Para um espaço territorial ilimitado, o direito internacional.

Em outras palavras, para todos os interesses que ultrapassam os limites territoriais do Estado e as limitações culturais de seu povo, e que, portanto, tocam o conjunto das comunidades humanas, legitima-se a criação de um direito com vocação igualmente universal a fim de proteger aqueles que estão sob sua tutela em consonância com valores pertencentes a essa comunidade sem limitações espaciais. A proteção dos sujeitos sob sua guarda revela a dimensão teleológica do direito internacional, que diz com sua finalidade de salvaguarda. A proteção de valores superiores abre caminho para uma dimensão axiológica do direito internacional.

Chega-se aqui à conclusão de que a observância de ambas as exigências é o que confere o que se denominou ao longo de pesquisa dimensão horizontal e dimensão vertical do direito internacional.

A verticalidade do direito internacional refere-se à possibilidade de sua aplicação direta, não somente pela jurisdição internacional, mas pelas jurisdições nacionais. Ela se fundamenta nas dimensões teleológica e axiológica do direito internacional, o que se explica pela evidência do seguinte fato: a gravidade dos atos que compõem os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio tem o condão de criar em relação a eles uma ilicitude universal e absoluta, sendo por isso válida em todos os espaços territoriais e não sujeita a condicionamentos. O direito internacional, assim, ao salvaguardar esses valores, não pode se subordinar à potestade do Estado.

É de se concluir ainda que todos esses movimentos protagonizados pelo direito internacional na tentativa – e muitas vezes na concretização – de engajar a sua observância ou a responsabilidade por parte dos Estados e dos indivíduos produziram algumas outras evoluções não menos importantes.

A superveniência de normas internacionais não raro foi propulsora de avanços nas legislações nacionais em um movimento de adequação ao direito internacional, não raro em decorrência de decisões oriundas das Cortes Internacionais determinando a realização do controle de convencionalidade, ou ainda por consequência de uma pressão da comunidade internacional com vistas à redução dos níveis de impunidade. Esse foi precisamente o caso do Senegal que, em resposta às demandas de responsabilização penal do ex-ditador do Chade, alterou sua legislação doméstica de modo a permitir uma fluidez na aplicação do direito internacional.

O corpo de princípios e normas criado pelo direito internacional despertou igualmente a intenção das jurisdições nacionais de conferir incidência e efetividade aos postulados das normas protetoras do ser humano contra a prática de graves violações. A ausência de lei interna não impediu condenações penais tanto em jurisdições nacionais quanto em jurisdições híbridas, sendo paradigmáticas nesse sentido as persecuções engendradas na Colômbia e no Camboja.

Ademais, a fim de evoluir ainda mais na proposição de fazer avançar o direito internacional, importante sublinhar que assim como a criação do Estado foi regida pela existência de um direito hábil a reger seus acontecimentos internos, do mesmo modo o nascimento de uma comunidade internacional, unida por laços que não são os elos de nacionalidade (esses, sim, fundadores do Estado), deve ser regido por um direito que lhe seja próprio. Os interesses dessa comunidade internacional devem portanto ser regrados por um direito que corresponda ao seu alcance. Por isso não pertence a um Estado em particular a legitimidade de reger conflitos que se estabeleçam fora do seu alcance.

Nesse sentido é que se propõe que em matéria de proteção de valores universais, o direito internacional deve ser a primeira fonte de obrigações aos Estados. Ele faz surgir para os mesmos a obrigação negativa de não-violação: de não-violação por meio da prática de seus agentes, bem como de não criação de normas que seriam impeditivas à aplicação do direito internacional, como é o caso da elaboração de normas concedendo anistias, imunidades ou prescribibilidade para crimes gravíssimos como o são os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio. Ao mesmo tempo, o direito internacional cria para os Estados a obrigação positiva de adequação, que abrange o dever de incriminação e o dever de revogação de normas impeditivas eventualmente criadas. Trata-se de obrigações que são abrangentes de um controle

de convencionalidade que começa pela esfera legislativa e reduz a margem de apreciação nacional dos Estados no que diz com a discricionariedade sobre incriminar ou não incriminar atos que configurem graves violações a direitos dos seres humanos.

Obstáculos normativos engendrados no âmbito do direito interno dos Estados não podem impedir a responsabilização de indivíduos pela prática de atos que são ao mesmo tempo uma violação aos direitos humanos inderrogáveis e uma ofensa à humanidade em seu conjunto – essa se mostra a jurisprudência reiterada das Cortes Internacionais determinando anulação de leis de anistia ou de prescritibilidade, cuja aplicação prática é não raramente resistida pelos Estados sob a forma de descumprimento das decisões. Trata-se do caso específico, por exemplo, da inexecução pelo Brasil da decisão proferida no caso Gomes Lund, amparada por decisão do Supremo Tribunal Federal opondo-se à efetivação do controle de convencionalidade.

Todas essas obrigações positivas se constituem, assim, em um sistema de reforço indireto do direito internacional como forma de suprir suas deficiências em termos de instrumentos coercitivos. Nesse sentido, pensa-se que o direito penal nacional deve ser o primeiro instrumento de coerção dentro desse sistema de reforço, consubstanciado na base do controle de convencionalidade.

Em matéria de graves violações a direitos humanos, o direito penal passa a atuar como a *prima ratio* do ordenamento jurídico e sobre esse aspecto o Estado perde a sua margem nacional de apreciação no que pertine à escolha sobre incriminar ou não. Do contrário, o cenário mundial restaria dividido entre Estados que incriminam ofensas contra a humanidade e Estados que não a incriminam, dando origem a espaços territoriais aqui denominados paraísos penais, prováveis locais de refúgio para perpetradores. Por esse motivo, as proibições de ofensas previstas na ordem internacional devem ser transferidas ao legislador nacional sob a forma de um dever de incriminação, de modo a que o princípio da intervenção mínima se transmude em princípio da intervenção máxima no que toca à prática de crimes contra a humanidade e crimes de genocídio.

Em um balanço entre avanços e retrocessos no cenário da comunidade internacional, a presente tese propõe a concepção de um direito internacional estruturado em diversos níveis a depender do objeto de suas normas. Tratando-se da proteção de valores intangíveis da humanidade, consistentes na promoção da dignidade e na interdição do grave sofrimento, quanto mais o direito internacional se aproximar da tutela daqueles que ocupam o ápice dessa hierarquia de valores, menor deve ser o seu caráter voluntarista. O grau de universalidade de um valor protegido e da sua impossibilidade de relativização deve ser, portanto, inversamente

proporcional à força que deve possuir a anuência dos Estados na aplicação do direito internacional.

Propõe-se, desse modo, a estruturação de um direito internacional com diversos níveis de força em que sua aplicação direta advinda de uma supremacia máxima seria decorrente da salvaguarda de valores universais e absolutos da humanidade – a proteção da dignidade humana e a interdição do sofrimento grave que são subjacentes à salvaguarda dos direitos positivo à vida, à integridade física, à liberdade e à liberdade sexual, bem como dos direitos negativos não-discriminação e não-submissão a tratamentos cruéis, degradantes e desumanos.

A não observância prática dessa supremacia pelos Estados nem por isso anula a validade das premissas apresentadas na presente pesquisa. Ela aborda sobretudo a necessidade de que o direito internacional ganhe uma supremacia e não necessariamente a presença de uma supremacia real e atual. Essa supremacia que se revela pela imposição de obrigações aos Estados e indivíduos traduz-se em praxes esparsas que parecem demonstrar a existência de um movimento evolutivo do direito internacional.

Por isso a presente tese é muito mais uma teoria do dever-ser para os Estados e para os indivíduos na sua relação com o direito internacional do que uma teoria que constate uma supremacia já existente. A presente tese é, portanto, a apresentação de postulados propositivos para a edificação de um novo direito internacional, de um moderno direito das gentes que tenha como objeto precípuo a proteção dos indivíduos nos seus direitos mais caros e, em última análise, da humanidade.

Para a compreensão desses postulados, há que se sublinhar que o Estado não é uma razão em si mesmo. Qualquer que seja a teoria que se adote sobre o fundamento de sua criação, um Estado não se constitui com a finalidade de se auto proteger. Ele nasce com a finalidade de proteger e de assegurar os direitos dos indivíduos. Concorde-se com os termos da citada doutrina de Brierly e afasta-se com isso veementemente os pilares da doutrina filosófica de Hobbes: os Estados não são um ente que ganha vida própria como os indivíduos; eles são, antes de tudo, um ente a serviço de seus criadores. Os Estados são entes abstratos concebidos pelos seres humanos e para os seres humanos, com o fim, portanto, de lhes garantir proteção.

Nesse sentido, os Estados não devem se constituir em barreiras para a implementação de um direito internacional voltado à proteção do ser humano e do conjunto da humanidade, mas, antes disso, devem ser um ator principal de reforço a esse sistema de salvaguarda, cientes de que seu maior ou menor engajamento nesse propósito será diretamente proporcional à redução dos níveis de impunidade de perpetradores que impõem à humanidade inteira o flagelo do sofrimento.

REFERÊNCIAS

AAVV. **Rector de la judicialización**: En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005.

ABI-SAAB, Georges. **Cours général de droit international public**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 207. Boston : Martinus Nijhoff, 1987.

ACCORD CONCERNANT LA POURSUITE ET LE CHÂTIMENT DES GRANDS CRIMINELS DE GUERRE DES PUISSANCES EUROPÉENNES DE L'AXE ET STATUT DU TRIBUNAL INTERNATIONAL MILITAIRE. *In*: Nations Unies. Commission du Droit International. **Le Statut et le jugement du tribunal de Nuremberg. Historique et analyse**. (Mémorandum du Secrétaire général). New York: Lake Success, 1949.

ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE DU SENEGAL ET L'UNION AFRICAINE SUR LA CREATION DE CHAMBRES AFRICAINES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES JURDICTIONS SENEGALAISES. Dakar, 2012. Disponível em: <<http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2017.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'RIGHTS. **Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania**. Decision of 11 May 2000. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'RIGHTS. **Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe**. Communication n° 245/2002, Decision of 21 May 2006. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/39th/comunications/245.02/achpr39_245_02_eng.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

AFRICAN UNION. Conférence de l'Union Africaine. Assembly/AU/Dec.127 (VII). **Décision sur le Procès d'Hissène Habré et l'Union africaine**. Septième session ordinaire. 1 – 2 juillet 2006. Disponível em: <https://au.int/sites/default/files/decisions/9555-assembly_fr_01_july_03_july_2006_auc_seventh_ordinary_session_decisions_declarations_0.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

ALBERT, Mathias; BROCK, Lothar; WOLF, Klaus Dieter. (eds.) **Civilizing World Politics: Society and Community Beyond the State**. Lanham; Boulder, New York; Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001.

ALLARD, J. L'humanité, un concept juridique sans précédent? *In* : BERNS, Thomas (Dir.). **Le droit saisi par le collectif**. Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 189-206.

AMBOS, Kai. **Treatise on International Criminal Law**. Volume I: Foundations and General Part. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ANDERSON-GOLD, Sharon. Crimes against humanity: A kantian perspective on international law. In: KNELLER, Jane; AXINN, Sidney (Org). **Autonomy and community: readings in contemporary kantian social philosophy**. New York: State University of New York, 1998.

ANDREU-GUZMÁN, Frederico, “Imprescritibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema”. In: AAVV. **Rector de la judicialización: En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación**. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005.

ARCHIBUGI, Daniele; CROCE, Mariano; SALVATORE, Andrea. Droit des gens ou paix perpétuelle? Deux théories internationales fondatrices sur l’usage de la force. In: FROUVILLE, Olivier de. (Dir.) **Le Cosmopolitisme Juridique**. Paris : Pédone, 2015, pp. 71-97.

ARCHIVES DIPLOMATIQUES, 1871, III, p. 1082 *apud* MARTENS, Fedor Fedorovič. **La paix et la guerre : la Conférence de Bruxelles, 1874, droits et devoirs des belligérants (leur application pendant la guerre d'Orient 1874-1878), la conférence de La Haye, 1899**. Traduit du russe par M. le comte N. de Sancé. Paris : Éditeur A. Rousseau, 1901.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paul: Companhia das Letras, 2011.

ARONEANU, Eugène. **Le crime contre l’humanité**. Paris : Dalloz, 1961.

ASCENSIO, Hervé. L’apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux, p. 78 (pp. 69-93). In: ASCENSIO, Hervé; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth; SOREL, Jean-Marc (Dir.). **Les juridictions pénales internationalisées**. Paris : Société de législation comparé, 2006.

_____; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth; SOREL, Jean-Marc (Dir.). **Les juridictions pénales internationalisées**. Paris : Société de législation comparé, 2006.

AUTEXIER, Christian. **Introduction au droit public allemand**. Paris : PUF, 1997.

AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE. Carnegie Endowment for International Peace: Washington D.C., 1944.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity in International Criminal Law**. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

_____. **International criminal law: Crimes**. Vol. I. 2nd ed. New York: Transnational Publishers, 1998.

_____. **Crimes against humanity in International Criminal Law.** 2^e éd. rev. La Haye: Kluwer, 1999.

_____. **Introduction to international Criminal Law.** 2nd Revised Edition. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

_____. **Crimes against Humanity.** Historical evolution and contemporary application. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Des délits et des peines.** Paris : Brière, 1822.

BELISSA, Marc. **Fraternité universelle et intérêt national (1713-1795) : Les cosmopolitiques du droit des gens.** Paris : Éditions Kimé, 1998. Collection Le sens de l'histoire.

BELGIQUE. Loi Contenant le titre préliminaire du code de Procédure Pénale. Loi du 17 AVRIL 1878. Disponible em:
<http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1878041701%2FF&caller=list&row_id=1&numero=1&rech=9&cn=1878041701&table_name=LOI&nm=1878041750&la=F&dt=CODE+D%27INSTRUCTION+CRIMINELLE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27D%27%26+%27INSTRUCTION%27%26+%27CRIMINELLE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=52&imgcn.y=9#LNK0003> . Acesso em: 21 nov. 2017.

BELL-FIALKOFF. **Ethnic cleansing.** New York: St. Martin's Griffin, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **To the principles of morals and legislation.** London: printed for T. Payne and Son, at the Mews Gatf, 1780.

BETTATI, Mario. **Droit humanitaire.** Paris : Dalloz, 2012.

BIDDLE, Francis. Le Procès de Nuremberg. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Faculté de droit, Recueil Sirey-Paris, 1948, pp. 1-19.

BLOCH, Ernst. **Droit naturel et dignité humaine.** Paris : Payot, 1976.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République.** Paris: Librairie Iuré, 1576.

BOISSAIRE, M. A. Rapport Général sur la répression des crimes nazis contre l'humanité et sur la protection des libertés démocratiques. **Revue International de Droit Pénal**, Recueil Sirey – Paris, Faculté de Droit, 1947, (pp. 11-260).

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; QUÉGUINER, Jean-François; VILLALPANDO, SANTIAGO (Dir.). **Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice.** Bruxelles: Éditions Bruylant/ Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

BRIERLY, J. L. **The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace.** 6th ed., Oxford: Sir Humphrey Waldock, 1963.

BROUDE, Tomer; SHANY, Yuval (Orgs.). **The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity.** Essays in honour of Professor Ruth Lapidoth. Portland: Hart Publishing, 2008.

BRUNS, Viktor. **Fontes Juris Gentium.** Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1933.

BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights.** St. Paul: West Publishing Co., 1988.

_____.; MURPHY, Sean D. **Public International Law in a Nutschel.** 4th ed., St. Paul, Thompson/ West, 2007.

CAMPAGNA, Norberto. **Thomas Hobbes: L'ordre et la liberté.** Paris: Michalon, Le bien Commun, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. (Org.), **The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in honour of Thomas Buergenthal/ Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal.** San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

_____. **International Law for Humankind: Towards a new *Jus Gentium*.** Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 316. Boston: Martinus Nijhoff, 2005.

_____. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Esencia y Transcendencia. (Votos en La Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa, 2007.

_____. **Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la Justice Internationale.** Le regard d'un Juge. Paris : Pedone, 2008.

_____. Quelques réflexions sur l'humanité comme sujet de droit international. In: ALLAND, Denis; CHETAIL, Vincent; FROUVILLE, Olivier de; VIÑUALES, Jorge E. (Dir). **Unité et diversité du droit international: Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy.** Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

_____. **The construction of a humanized international law.** A collection of individual opinions (1991-2013). Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2014.

_____. CANÇADO TRINDADE, Vinícius Fox Drummond. A Pré-história do princípio de humanidade consagrado no direito das gentes: o legado perene do pensamento estoico. In:

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; LEAL, Cesar Barros. **O princípio de humanidade e a salvaguarda da pessoa humana**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2016.

_____. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2a. edição. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017.

CARNAZZA-AMARI, G. **Nouvel exposé du principe de non-intervention**. Revue de droit international et de législation comparée, Paris, Tome 5, 1873, pp. 531-565.

CARREAU, Dominique ; MARRELLA, Fabrizio. **Droit international**. 11ème édition. Paris : Pédone, 2012.

CARRILO-SALCEDO, Juan Antonio. **Droit international et souveraineté des états : Cours général de droit international public**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 257. Boston, Martinus Nijhoff, 1996

_____. **Le concept de patrimoine commun de l'humanité. Hommage à René-Jean Dupuy**. Ouvertures en droit international. Journée d'étude de la SFDI du 23 mars 1998. Paris : Pedone, 2000.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Nairobi, 1981.
Disponível em : <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

CASSESE, Antonio. **Violence and Law in the Modern Age**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

_____. When my Senior State Officials be Tried for International Crimes? **EJIL**, 2002, Vol. 13, N° 4, pp. 870-871.

_____. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Orgs). **Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

CASTEL DE SAINT-PIERRE, Charles-Irénée. **Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe**. Tome 1. Utrecht: A. Schouten, 1713.

CHAMBRE AFRICAINE EXTRAORDINAIRE D'ASSISES. **Ministère Public c/ Hissein Habré**. Jugement rendu le 30 mai 2016. Disponível em: <http://www.forumchambresafricaines.org/docs/JugementCAEd'Assises_Penal&Civil_.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS. **Réglement intérieur**. 2007. Disponível em: <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_IRs_French_2007_06_12%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

CHANG, Jun; HALLIDAY, Jon. **Mao: A História desconhecida**. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. **Le rôle du temps dans la formation du droit international**. Paris : Pédone, 1988.

_____. **Humanités et souverainetés** : Essai sur la fonction du droit international. Paris : Éditions la découverte, 1995.

_____. **Droit international et démocratie mondiale** : Les raisons d'un échec. Paris : Editions Textuel, 2002.

CICÉRON. **De la République**. Traduction nouvelle par Victor Poupin. Paris: Librairie de la Bibliothèque Nationale, 1911.

COALITION POUR LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE. **Rapport de la première Conférence de Révision du Statut de Rome**. Kampala, Ouganda, 31 mai – 11 Juin 2010. Disponível em : <http://www.iccnw.org/documents/RC_report_fr_web.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES. Report Presented to the Preliminary Peace Conference, March 29, 1919. **The American Journal of International Law**, Vol. 14, n^o. 1/2, pp. 95-154, Jan.-Apr., 1920. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdf/2187841.pdf?refreqid=excelsior%3Ab9fcfa70bdcc9d32289c329c5e0ff10a>>. Acesso em: 3 ago. 2016.

COMTE, Auguste. **Système de politique positive**. Tome II. Paris: Mathias, 1852.

CONFÉRENCE DE LA PAIX (1899; La Haye). La conférence de la paix. **Revue générale de droit international public**. Paris: Pédone, 1900.

CONFÉRENCE DE LA PAIX (1919/1920; Paris). **Memorandum à la Conférence de la paix, 1919-1920] sur la question arménienne**. Présenté par la Délégation nationale arménienne. Paris : Éditeur impr. M. Flinikowski, [s.d.].

CONFERENCE FOR THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW [Texte imprimé]: [official records]. Vol. 3, Acts of the conference I, plenary meetings. II, minutes of the first committee / [org. by] League of Nations; ed. with an introd. by Shabtai Rosenne. La Haye, 1930. Disponível em: < <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb377476717>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

CONFÉRENCE INTERALLIÉE DU 13 JANVIER 1942. Londres, 1942. Disponível em: <<http://mjp.univ-perp.fr/france/fli3.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

CONNAN, François. **Commentarius Juris Civilis Libri Decem**. Paris: François Hotman Ed., 1958.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999. Traité portant statut de la Cour pénale internationale. Disponible em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção europeia dos direitos do Homem**. Roma, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

CONTROL COUNCIL LAW N° 10. Punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity. Disponível em: < <https://www.legal-tools.org/en/doc/ffda62/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Viena, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CONVENTION (II) CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE ET SON. **Annexe:** Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/150?OpenDocument>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CONVENTION DE GENÈVE RELATIVE À LA PROTECTION DES PERSONNES CIVILES EN TEMPS DE GUERRE. Genève, 1949. Disponível em : <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/380>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

CONVENTION SUR LA HAUTE MER. Genève, le 29 avril 1958. Disponível em : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-2&chapter=21&clang=_fr>. Acesso em: 16 nov. 2017.

CORDERO, Isidoro Blanco. Compétence universelle. Rapport général, **Revue internationale de droit pénal**. Vol 79, 2008/1, pp. 13-57.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 29 de julio de 1988. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. **Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras**. Fondo. San José, Costa Rica: Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C N° 6, § 149. Disponível em : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf>.

_____. **Caso El Amparo Vs. Venezuela.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 18 de enero de 1995. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_19_esp.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. **Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 19 de enero de 1995. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf>.

_____. **Caso Blake vs. Guatemala.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 24 Enero 1998. Disponível em : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 30 de mayo de 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 19 de noviembre 1999. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. **Caso Durand y Ugarte Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 16 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 18 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos Y Otros Vs. Chile).** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 5 de Febrero de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Reparaciones y Costas), 6 de febrero de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso Barrios Altos Vs. Peru.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 14 de março de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo), 6 de diciembre de 2001. Disponible em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf>. Acceso em: 13 nov. 2017.

_____. **Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia.** San José, Costa Rica: Sentencia (Reparaciones y costas), 27 de febrero de 2002. Disponible em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf>. Acceso em: 30 out. 2017.

_____. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 5 de julio de 2004. Disponible em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf>. Acceso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso Instituto de Reeducacion del Menor Vs. Paraguay.** San José, Costa Rica: Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2 de septiembre de 2004. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Acceso em: 20 jul. 2017.

_____. **Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo Reparaciones Y Costas), 25 de noviembre de 2004. Disponible em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>. Acceso em: 21 mai. 2017.

_____. **Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia.** San José, Costa Rica: Sentencia de 15 septiembre de 2005. Disponible em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf>. Acceso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de noviembre de 2005. Disponible em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acceso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia.** San José, Costa Rica: Sentencia de 31 de enero de 2006. Disponible e:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf>. Acceso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de septiembre de 2006. Disponible em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Acceso em: 4 abr. 2017.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** San José, Costa Rica: Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de septiembre de 2006.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. **Caso La Cantuta Vs. Perú.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 29 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. **Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo Reparaciones y Costas), 11 de Mayo de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso Escué Zapata Vs. Colombia.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 4 de julio de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de noviembre de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 27 de noviembre de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Caso Ibsen Cárdenas E Ibsen Peña vs. Bolivia.** San José, Costa Rica: Sentencia (Fondo, reparaciones y costas), 1 de septiembre de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.** San José, Costa Rica: Sentença (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.** San José, Costa Rica: Sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguay.** San José, Costa Rica: Sentença (Fondo y Reparaciones), 24 de febrero de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Affaire Kotälla c. Pays-Bas.**

Requête n. 7994/77. Décision du 6 mai 1978 sur la recevabilité de la requête. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["Kot%C3%A4lla"\],"display":\[2\],"languageisocode":\["FRE"\],"itemid":\["001-73601"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Affaire République d'Irlande c. Royaume Uni.** Série A, n. 25. Requête n. 5310/71. Décision du 18 janvier 1978. 65. Disponible em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62064>>.

_____. **Affaire Tyrer c/ Royaume-Uni.** Requête n° 5856/72, 25 avril 1979. Disponible em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62143"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em : 20 jul. 2017.

_____. **Affaire Van der Musselle c/ Belgique,** Requête n. 8919/80. Arrêt, Strasbourg, 23 novembre 1983. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62147"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. **Affaire X et Y c/ Pays-Bas.** Requête no 8978/80. Arrêt du 26 mars 1985. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62162"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Affaire Soering c/ Royaume-Uni.** Requête n°14038/88. Jugement rendu le 07 juillet 1989. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62176"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 03 mai. 2017.

_____. **Affaire Hurtado c. Suisse.** Requête n. 17549/90. Décision du 28/01/1994.

Disponible em:

<[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["17549/90"\],"display":\[2\],"languageisocode":\["FRE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62425"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Affaire Karlheinz Schmidt c/ Allemagne,** Requête n. 13580/88. Arrêt, Strasbourg, 18 juillet 1994. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62436"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. **Affaire Ribitsch c. Autriche.** Requête n. 18896/91. Arrêt, Strasbourg, 4 décembre 1995. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **Affaire Aksoy c/ Turquie.** Requête no 21987/93. Arrêt du 18 décembre 1996. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62563"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. **Affaire Aydin c. Turquie.** 57/1996/676/866. Arrêt, Strasbourg, 25 septembre 1997. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62660"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. **Arrêt L.C.B. c. Royaume-Uni** du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III.

_____. **Affaire Aerts c. Belgique.** Requête n° 61/1997/845/1051. Arrêt du 30 juillet 1998. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62765"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>

_____. **Affaire Yasa c/ Turquie.** (63/1997/847/1054). Arrêt du 2 septembre 1998. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62796"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. **Affaire Osman c. Royaume-Uni.** (87/1997/871/1083), Arrêt du 28 octobre 1998. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62809"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **Affaire Assenov et autres c. Bulgarie.** (90/1997/874/1086). Arrêt du 28 octobre 1998. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62813"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. **Affaire Selmouni c. France.** Requête n. 25803/94. Arrêt du 28 juillet 1999. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-62842"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 14 nov. 2017

_____. **Affaire Kudla c. Pologne.** Requête n. 30210/96. Arrêt, Strasbourg, 26 octobre 2000. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-63471"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 9 mai. 2017.

_____. **Affaire Tanribilir c. Turquie.** Requête n° 21422/93. Arrêt 16 novembre 2000. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-63543"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **Affaire Streltzev, Kessler et Krenz c. Allemagne** Requêtes n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98. Arrêt du 22 mars 2001, § 19. Disponível em : <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-63910>> Acesso em 20 nov. 2017

_____. **Affaire Al-Adsane c. Royaume-Uni.** Requête no 35763/97, Arrêt al-adsane, Strasbourg, 21.11.2001. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-64442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **Affaire Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni.** Requête n. 46477/99. Arrête du 14 mars 2002. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-64886"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **Affaire Pretty c/ Royaume-Uni,** Requête n. 2346/02. Arrêt, Strasbourg, 25 avr. 2002. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-65003"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. **Affaire Algür c. Turquie.** Requête n. 32574/96. Arrêt, Strasbourg, 22 octobre 2002. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-65259"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. **Affaire Mastromatteo c/ Italie.** Requête no 37703/97. Arrêt, Strasbourg, 23 octobre 2002. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-65264"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. **Affaire M.C. c. Bulgarie.** (Requête no 39272/98). Arrêt du 4 décembre 2003. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-66079"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Affaire Slimani c. France.** Requête n. 57671/00. Arrêt du 27 juillet 2004. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-66499"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Case of Abdülsamet Yaman c. Turkey.** Application n. 32446/96. Judgment of 2 November 2004. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-67228"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Affaire Öcalan c. Turquie.** Requête n. 46221/99. Arrêt, Strasbourg, 12 mai 2005. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-69023"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. **Affaire Storck c. Allemagne.** Requête n. 61603/00). Arrêt, Strasbourg, 16 juin 2005. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-69375"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. **Affaire Siliadin c/ France.** Requête no 73316/01. Arrêt du 26 juillet 2005. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-69890"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Affaire Kolk et Kislyiy c. Estonie** Requêtes n. 23052/04 et 24018/04. Décision du 01 janvier 2006. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86990>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Affaire Mubilanzila Mayeka et kaniki mitunga c. Belgique.** Requête n. 13178/03. Arrêt du 12 octobre 2006. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-77445"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Affaire Jorgic c. Allemagne.** Requête n. 74613/01. Décision du 12 juillet 2007. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-81609"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **Affaire Riad et Idiab c. Belgique.** Requêtes n. 29787/03 et 29810/03. Arrêt du 24 janvier 2008. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-84678"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Affaire Chember c. Russie.** Requête n. 7188/03. Arrêt, Strasbourg, 3 Juillet 2008. Disponível em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-87355"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **Affaire Korbely c. Hongrie.** Requête n° 9174/02. Décision du 19 septembre 2008, §95. Disponible em : <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-88430>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. **Affaire Levinta c. Moldova.** Requête n.17332/03 . Arrêt du 16 décembre 2008. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-90304"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Affaire Ely OULD DAH c. France.** Requête n. 13113/03. Décision du 17 mars 2009 sur la recevabilité de la requête. Disponible em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:D2_6rPWY6jMJ:hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-91980%253FTID%253Dthkbhnilzk+&cd=4&hl=fr&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Affaire Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni.** Requête n. 61498/08. Arrêt, Strasbourg, 2 mars 2010. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-97620"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 04 mai. 2017.

_____. **Affaire Kononov c. Lettonie.** Requête n° 36376/04. Arrêt du 17 mai 2010. Disponible em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["Kononov"\],"sort":\["kupdate Ascending"\],"display":\[2\],"languageisocode":\["FRE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDC HAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-87899"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em 20 nov. 2017.

_____. **Affaire Ashot Harutyunyan c. Arménie.** Application n. 34334/04. Judgement, Strasbourg, 15 juin 2010. Disponible em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-99403"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce.** Requête n. 30696/09. Arrêt, Strasbourg, 21 janvier 2011. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-103293"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **Affaire Popov c. France .** Requêtes n. 39472/07 et 39474/07. Arrêt du 19 janvier 2012. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-108708"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Affaire Vinter c. Royaume-Uni.** Requêtes n. 66069/09, 130/10 et 3896/10. Arrêt, Strasbourg, 9 juillet 2013. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-122694"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. **Affaire Placi v. Italy.** Requête n. 48754/11. Arrêt du 21 janvier 2014. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-140028"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 31 mar. 2017.

_____. **Affaire Svinarenko et Slyadnev c. Russie.** Requêtes n. 32541/08 et 43441/08. Arrêt, Strasbourg, 17 juillet 2014. Disponible em : <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-145835"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 9 mai. 2017.

_____. **Affaire Bodein c. France**. Requête n. 40014/10. Arrêt, Strasbourg, 13 novembre 2014. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-147880"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. **Affaire Murray c. Pays-Bas**. Requête n. 10511/10. Arrêt, Strasbourg, 26 avril 2016. Disponible em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-162615"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>. Acesso em: 17 mai. 2017.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Statut de la Cour International de Justice**. Disponible em : <<http://www.un.org/fr/documents/icjstatute/pdf/icjstatute.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

_____. **Affaire du Detroit de Corfou (Fond)**. Recueil des Arrêts. Avis Consultatifs et Ordonnances. Arrêt du 9 avril 1949, p. 22.

_____. **Avis Consultatif du 28 Mai 1951**. Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide. Layde: Société D'Éditions A. W. Sijhoff, 1951. Disponible em : <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

_____. **Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Belgique c. Espagne)**. Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Deuxième phase. Arrêt du 5 février 1970. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)**. Arrêt du 27 juin 1986. C.I.J. Recueil, 1986.

_____. **Avis consultatif du 26 avr. 1988**: Applicabilité de l'obligation de l'arbitrage. C.I.J. Recueil, 1988.

_____. **Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident Aérien de Lockerbie (Jamahiriya Arabe Libyenne C. Royaume-Uni) Demande En Indication de Mesures Conservatoires**. Ordonnance du 14 Avril 1992. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/fr/affaire/88>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Affaire relative au Timor Oriental. Portugal c/ Australie**. Arrêt du 30 Juin 1995. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Licéité de la Menace ou de L'emploi D'armes Nucléaires**. Avis Consultatif du 8 Juillet 1996. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. **Conséquences Juridiques de L'édification d'un Mur dans Le Territoire Palestinien Occupé**. Avis Consultatif du 9 Juillet 2004. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. **Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo C. Ouganda)**. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Arrêt du 19 Décembre 2005. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. **Affaire de des Activités Armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c/ Rwanda)**. Nouvelle requête. 2002. Compétence de la Cour et Recevabilité de la Requête. Arrêt du 3 février 2006. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. **Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie et Monténégro)**. Arrêt du 26 février 2007. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. **Affaire relative aux Immunités Juridictionnelles de l'État (Allemagne c/ Italie; Grèce intervenant)**. Arrêt du 3 février 2012. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. Belgique c. Sénégal**. Arrêt du 20 juillet 2012. Disponible em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-FR.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE. **Affaire du Lotus**. Recueil des arrêts. Series A – N° 10, La Haye, le 7 septembre 1927, p. 18. Disponible em : <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2016.

DAILLIER, Patrick ; FORTEAU, Mathias ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris : LGDJ, 2009.

DANILENKO, Gennady M. International Jus Cogens : Issues of Law Making. **European Journal of International Law**, Volume 2. 1991, pp. 42-65.

_____. **Law-Making in the International Community**. Dordrecht/ Boston/ London: Martinus Nijhoff, 1993.

DAVID, Eric, La compétence universelle en droit belge. **Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles**, vol. 30, Bruxelles: Bruylant, 2004.

_____. **Eléments de droit pénal international et européen**. Bruxelles: Bruylant, 2009.

_____. Commentaire du Statut de Rome (Préambule). In: FERNANDEZ, Julien; PACREAU, Xavier. (Dir.) **Statut de Rome de La Cour pénale internationale**. Commentaire article par article. Tome I. Paris: Pédone, 2012. pp. 301-308.

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre. Saint Petersburg, 11 décembre 1868. Disponible em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/WebART/130-60001?OpenDocument>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. Paris, n. 3, Jui-Sep. 1994, pp. 477-490.

_____. La Cour pénale internationale et les interactions entre le droit interne et international. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. Paris, n. 1, Jan-Mars 2003.

_____. **Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel**. t. 1, Paris : Seuil, 2004.

_____; CASSESE, Antonio (Orgs). **Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Les forces imaginantes du droit (II) : Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006.

_____. **Les forces imaginantes du droit (IV) : Vers une communauté de valeurs ?** Paris : Seuil, 2011.

_____. Préface. In : *La dignité de la personne humaine : quelles réalités ?* Sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger. Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 7-14.

DÉRATHÉ, R., **Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps**. Paris : Vrin, 1988.

DIACONU, Ion. **Contribution à une étude sur les normes impératives en droit international (jus cogens)**. Bucarest : Impr. Institut international de Technologie et d'économie Apicole d'Apimondia, 1971, pp. 106-107.

D'HERING, Rudolphe. **Le combat pour le droit**. Traduit de l'allemand par Alexandre François Meyden. Paris : A. Durand et Pédone-Lauriel éditeurs, 1875.

DINGES, John. **The Condor Years: How Pinochet and his allies brought terrorism to three continents**. New York: The New Press, 2004.

DONNEDIEU DE VABRES, Henry. La codification du droit pénal international. **Revue Internationale de Droit Pénal**. Faculté de droit, Recueil Sirey-Paris, pp. 21-35, 1948.

_____. **Les principes modernes du droit pénal international**. Paris : Editions Panthéon-Assas, 2004.

DROEGE, Cordula. V. In Truth the leitmotiv: the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in international humanitarian law. **International Review of the Red Cross**, Vol. 89, N° 867, September 2007.

DUBOIS, Pierre. **De Recuperatione Terrae Sanctae**, 1306, Ms latin 10919 B.N.F., éd. C.-V. Langlois, Paris, 1891. Traduction anglaise de W. Brandt, *The Recovery of the Holy Land*, New York: 1955.

DUCLERT, Vincent. **La France face au génocide des Arméniens du milieu du XIXe siècle à nos jours** : Une nation impériale et le devoir d'humanité. Paris: Fayard, 2015.

DUMAS, Jacques. **Responsabilité internationale des États à raison des crimes ou de délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers**. Paris: Recueil Sirey, 1930.

DUNANT, Henri. DUNANT, Henri. **Un souvenir de Solférino**. Reproduction textuelle de l'édition originale de 1862. Genève: Comité International de la Croix-Rouge, 1950-1990.

DUPUY, Pierre-Marie. *Le Jus Cogens, les mots et les choses. Où en est le droit impératif devant la Cour Internationale de Justice près d'un demi-siècle après sa proclamation ?* In : Mélanges offerts à Charles Leben. **Droit international et culture juridique**. Paris : Pédone, 2015, pp. 77-99.

DUPUY, René-Jean. **L'humanité dans l'imaginaire des nations**. Conférences, essais et leçons du Collège de France. Paris : Julliard, 1991.

DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris : Félix Alcan, 1895.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Roma, 1998.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

EUSTATHIADES, Constantin Th. Les sujets de droit international et la responsabilité internationale. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 84. Boston, Martinus Nijhoff, 1953.

FERENCZ, Benjamin. From Nuremberg to Rome: A Personal Account. In: LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (Ed.). **Justice for crimes against humanity**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 31-45.

FERNANDEZ, Julien; PACREAU, Xavier. (Dir.) **Statut de Rome de La Cour pénale internationale**. Commentaire article par article. Tome I. Paris : Pédone, 2012.

FEUILLET-LIGER, Brigitte. La dignité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. In : La dignité de la personne humaine : quelles réalités ? Sous la direction de Brigitte Feullet-Liger. Bruxelles : Bruylant, 2016, p. 355.

FOUCHARD, Isabelle. **Crimes Internationaux** : Entre internalisation du droit pénal et pénalisation du droit international. Bruxelles : Bruylant, 2014.

_____. La compétence matérielle des juridictions pénales internationales, p. 61, In : FERNANDEZ, Julien (Dir.). **Justice pénale Internationale**. Paris : CNRS éditions, 2016. (pp. 61-96).

FRANCK, Thomas. **The empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

FROUVILLE, Olivier de. La Cour pénale internationale : une humanité souveraine ? **Le Temps Modernes**, Paris, n° 610, p. 257-288, sept-oct-nov 2000.

_____. **Droit international pénal** : Sources. Incriminations. Responsabilité. Paris: Pédone, 2012.

_____. (Dir.) **Le Cosmopolitisme Juridique**. Paris : Pédone, 2015.

FRULLI, Micaela. O Direito Internacional e os Obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In DELMAS-MARTY, Mireille & CASSESE, Antonio (Orgs). *Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, pp. 325-326.

GARAPON, Antoine. **Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, shoah**. Paris : Odile Jacob, 2008.

GARDOT, André. **Jean Bodin** : Sa place parmi les fondateurs du droit international. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 50. Boston: Martinus Nijhoff, 1934.

GARIBIAN, Sévane. **Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne**: Naissance et consécration d'un concept. Genève: Schulyheh Médias Juridiques S.A., 2009.

GAURIER, Dominique. **Histoire du droit international**. De l'antiquité à la création de l'ONU. Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014.

GLASER, Stefan. La protection internationale des valeurs humaines. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, vol, 60, n. 2, p. 211-241, 1957.

_____. **Droit international pénal conventionnel**. Vol I. Bruxelles : Bruylant, 1970.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Le *ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 172. Boston : Martinus Nijhoff, 1981.

GOY, Raymond. L'indépendance du Timor oriental. **Annuaire français de droit international**. Vol. 45, n. 1, pp. 203-225, 1999.

GROARKE, P.; WEST, J. L. A. **Reconciling Individual Rights ant the Common Good: Aquinas and Contemporary Law**. Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights. Ottawa: University of Ottawa Press, 2003.

GROTIUS, Hugo. **Le droit de la guerre et de la paix**. Tome Premier. Traduction par Jean Barbeyrac. Amsterdam: Chez Pierre de Coup, 1724.

GUGGENHEIM, Paul. **Contribution à l'histoire des sources du droit des gens**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 094. Boston: Martinus Nijhoff, 1958.

HALL, W.E. **A Treatise on International Law**. 8th ed., Oxford: A. pearee Higgins, 1924.

HITLER, A. **Mon combat**. Disponible em: <Tyboot.free.fr>.

HOBBS, Thomas. **Le Citoyen ou les Fondements de la politique** (De Cive). Traduit de l'anglais en 1649 par Samuel Sorbière, secrétaire de Thomas Hobbes. Québec : Edition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, 2002.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. **Special Proclamation, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo January 19, 1946; charter dated January 19, 1946; amended chartered dated April 26, 1946; Tribunal established January 19, 1946**. Tokyo, 1946. Disponible em: <http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Judgement of 4 November 1948. Disponible em: <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

ISRAËL. Attorney-General of the Government of Israel vs. Adolph Eichmann. "District Court" de Jérusalem, 12 décembre 1961, cité dans **International Law Reports**, vol. 36, 1968.

JELLINEK, Georg. **Introduction à la doctrine de l'État**. Traduit de l'allemand par Georges Fardis. Paris : Albert Fontemoing éditeurs, 1904.

JOHANNOT-GRADIS, Christiane. **Le patrimoine culturel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?** Genève : Schulthess, 2013.

JONES, Adam. **Genocide: A Comprehensive introduction**. Second edition. London and New York: Routledge, 2011.

JORION, Benoît. La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif. **Revue du droit public**, n°1, pp. 197-233, 1999.

JOUANNET, Emmanuelle. **Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique**. Paris : Pédone, 1998.

JUROVICS, Yann. Le procès international pénal face au temps. **Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé**, Oct-Déc, 2001.

_____. **Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité**. Paris: L. G. D. J, 2002.

KANT, E., **Fondements de la métaphysique des mœurs**, Trad.fr V. Delbos, Paris : Vrin, 2008.

_____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. **Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua**. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010.

_____. **Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita**. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

_____. **Filosofia da História**. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012.

KEITH, Kenneth J., 'International Law Is Part of the Law of the Land': True or False? **Leiden Journal of International Law**, Vol. 26, issue 2, pp. 351-368, jun/2013; **Victoria University of Wellington Legal Research Paper Series**, Keith Paper No. 24/2017. Available at SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2404206>>. Acesso em: 03 set. 2017.

KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XIV. La Haye: Académie de droit international de la Haye, 1927.

KIERNAN, Ben. **The first genocide: Carthage, 146 BC**, Digenes 203, 2004.

KOLB, Robert. **Théorie du *ius cogens* international. Essai de relecture du concept**. Paris : Presses Universitaires de France, 2001.

_____. **Théorie du droit international**. 2a. édition. Bruxelles : Bruylant, 2013.

KONINCK, Thomas de ; LAROCHELLE, Gilbert. **La dignité humaine**. Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

KRAUS, Herbert. **La morale internationale**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 16. Boston : Martinus Nijhoff, 1927.

LACHS. Le jugement de Nuremberg. **Revue Internationale de Droit Pénal**. Recueil Sirey – Paris. Faculté de Droit. 1946, pp. 398-404.

LA CROIX, Emeric de. **Le nouveau Cynée ou Discours d'Etat représentant les occasions & moyens d'établir une paix générale & la liberté du commerce par tout le monde.** Paris: chez Jacques Villery, 1623.

LAGHMANI, S. **Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus publicum europaeum.** Paris : Pedone, 2003.

LANGE, Christian L. **Histoire de la doctrine pacifique et de son influence sur le développement du droit international.** Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 13. Boston: Martinus Nijhoff, 1926.

LATTIMER, Mark; SANDS, Philippe (Ed.). **Justice for crimes against humanity.** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

LAWRENCE, T.J. **The principles of international law.** 7th ed., London: Macmillan &Co., Ltd., 1925.

LE BRIS, Catherine. **L'humanité saisie par le droit international public.** Paris: LGDJ, 2012.

_____. Esquisse de L'humanité Juridique: L'humanité juridique, une sphère infinie dont le centre est partout, la circonférence nulle part. **Revue interdisciplinaire d'études juridiques,** Paris, Vol. 69, pp. 1-50, 2012/2. Disponible em: <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2012-2-page-1.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

LEJBOWICZ, Agnès. **Philosophie du droit international : L'impossible capture de l'humanité.** Paris : PUF, 1999.

LEROUX, Pierre. **De l'humanité, de son principe, et de son avenir.** Paris : Perrotin, 1845.

LEVI, Primo. **Si c'est un homme.** Paris : Julliard, 1987.

LORIMER, James. **The Institutes of the Law of Nations: A treatise of the jural relations of separate political communities.** In two volumes. Vol. I. Edinburgh and London: William Blackwood and sons, 1883.

MANDELSTAM, André N. **La protection des minorités,** Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 01. Boston : Martinus Nijhoff, 1923.

_____. **La protection internationale des droits de l'homme.** Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 38. Boston: Martinus Nijhoff, 1931.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. **CEDH et droit privé: l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français.** Paris: La Documentation française, 2001.

MARTENS, Fedor Fedorovič. **La paix et la guerre**: la Conférence de Bruxelles, 1874, droits et devoirs des belligérants (leur application pendant la guerre d'Orient 1874-1878), la conférence de La Haye, 1899. Traduit du russe par M. le comte N. de Sancé. Paris: Éditeur A. Rousseau, 1901, pp. 73-119.

MARTIN-CHENUT, Kathia. Amnistie, Prescription, Grâce: La jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Paris, Jui-Sep., 2007.

_____. Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cone-Sud. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Paris , N. 3, Jui-Sep. 2012, pp. 705-725.

_____. Droit international des droits de l'homme et droit pénal: obligation de poursuivre des actes de torture et exclusion de la preuve obtenue sous contrainte dans la jurisprudence interaméricaine. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Paris, Avril-juin, 2014

MATTÉI, Jean-Mathieu. **Histoire du droit de la guerre (1700-1819)** : Introduction à l'histoire du droit international. Marseille : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

MERTENS, Pierre. **L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité**. Bruxelles : Université de Bruxelles, 1974.

MEYROWITZ, Henri. **La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié**. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1960.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **Les nouvelles tendances du droit constitutionnel**. Paris : Marcel Giard, 1931.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **De l'esprit des lois**. Paris : Éditeur Lavigne, 1843.

MORELLI, Gaetano. **Notions de droit international public**. Paris : Pédone, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para a prevenção e repressão do Crime de Genocídio**. 1948. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

_____. **Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos.** 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 jan. 2017.

_____. **Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.** 1968. Recueil des Traités, Vol. 754, p. 73.

NATIONS UNIES. **Charte des Nations Unies.** San Francisco, le 26 juin 1945. Chapitre VII (Articles 39-51). Disponível em: <<http://www.un.org/fr/charter-united-nations/>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

_____. **Commission du Droit International. Le Statut et le jugement du tribunal de Nuremberg. Historique et analyse.** (Mémorandum du Secrétaire général). New York: Lake Suces, 1949.

_____. **Comité des droits de l'homme. Affaire Domukovsky et consorts c/ Géorgie.** Communications n° 623, 624, 626 et 627/95.

_____. **Résolutions adoptées par l'assemblée générale au cours de sa première session.** Londres, 1946. Disponível em: <<http://www.un.org/french/documents/ga/res/1/fres1.shtml>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. **Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal.** Texte adopté par la Commission à sa deuxième session, en 1950, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur les principes, est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1950, vol. II. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. **Convention de Vienne sur le droit des traités.** Vienne, le 23 mai 1969.

_____. **Projet D'Articles sur le droit des traites et commentaires : l'Annuaire de la Commission du droit international,** 1966, vol. II, pp. 270-271. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/1_1_1966.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2016.

_____. **Pacte international relatif aux droits civils et politiques.** 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

_____. **Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruel, inhumains ou dégradants.** 1984. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. **Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.** Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. Rapport de la Commission du droit international 1994, Supplément No 10 (A/49/10). Disponible em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1994_v2_p2.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Recueil des sentences arbitrales. **Alabama claims of the United States of America against Great Britain Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871** Disponible em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf>. CHAMBRE AFRICAINE EXTRAORDINAIRE D'ASSISES. **Ministère Public c/ Hissein Habré**. Jugement rendu le 30 mai 2016. Disponible em: <http://www.forumchambresafricaines.org/docs/JugementCAEd'Assises_Penal&Civil_.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Administration Transitoire de Nations Unies au Timor Oriental. **Regulation n. 2000/11 on the organization of courts in East Timor**. UNTAET/REG/2000/11, 6 March 2000. Disponible em: <<https://peacekeeping.un.org/mission/past/etimor/untaetR/Reg11.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Administration Transitoire de Nations Unies au Timor Oriental. **Regulation n. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences**. UNTAET/REG/2000/15, 6 June 2000. Disponible em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme. **Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit: Amnisties**. New York et Genève, 2009, p. 21. Disponible em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_fr.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Assemblée générale. **Résolution 95(I)**. Londres, 1946. Disponible em: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/95\(I\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/95(I))>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Assemblée générale. **Résolution n° 3452**. Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. New York, 9 décembre 1975. Disponible em: <[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3452\(XXX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3452(XXX)&Lang=F)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Assemblée générale. Résolutions adoptées par l'Assemblée Générale au cours de sa trente-troisième session. **Résolution 33/173: Personnes disparues**. New York, 20 décembre 1978. Disponible em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/173&Lang=F>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. Assemblée générale. **Résolution adoptée par l'assemblée générale [sur] le rapport de la Troisième Commission (A/47/678/Add.2)**: Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. (A/RES/47/133). New York, 1993. Disponible em:

<http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/133>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. Assemblée générale; Conseil de sécurité. **Questions relatives aux droits de l'homme: situations relatives aux droits de l'homme et rapports des rapporteurs et représentants spéciaux.** (S/1994/1157). New York, 1994. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/398/85/PDF/N9439885.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. Assemblée générale. **Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale.** Vol. I. (Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996). (A/51/22). New York, 1996. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/3441be/pdf/>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. Assemblée générale. Note du Secrétaire général transmettant le rapport d'activité du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la question de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. A/56/156, 3 juillet 2001. Disponível em : <<http://www.un.org/french/documents/ga/docs/56/ainf561f.pdf>>.

_____. Assemblée générale. **Résolution 60/147.** Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. New York, 16 dec. 2005. Disponível em: <http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/147>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Assemblée générale. Commission du droit international. Soixante-neuvième session. Genève, 1 mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017. Crimes contre l'humanité Textes et titres du projet de préambule, des projets d'articles et du projet d'annexe provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en première lecture. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/1303207/files/A_72_10-FR.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Commission de Droit International. **Crimes contre l'humanité: Déclaration du président du comité de rédaction, M. Mathias Forteau.** Genève, 5 juin 2015. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/french/statements/2015_dc_chairman_statement_crimes_against_humanity.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

_____. Conseil de sécurité. **Rapport du Secrétaire Général sur la Constitution d'une Commission d'experts conformément au paragraphe 2 de la Résolution 780 (1992) du Conseil de Sécurité.** (S/24657), [s.l.], 1992. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/24657>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Conseil de sécurité. **Lettre datée du 9 février 1993, adressée au Président du Conseil de Sécurité par le Secrétaire Général et annexe I Rapport Intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780 (1992) du Conseil de Sécurité.** (S/25274) , [s.l.] 1993. Disponível em:

<http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/25274>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Conseil de Sécurité. **Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) présenté le 3 mai 1993 (S 25704)**. [s.l.], 1993. Disponível em: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/25704>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Conseil de sécurité. **Resolution 827 (1993)**. (S/RES/827) [s.l.], 1993. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_827_1993_fr.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2017.

_____. Conseil de sécurité. **Resolution 955 (1994)**. (S/RES/955). [s.l.], 1994. Disponível em: <http://www.unmict.org/specials/ict-r-remembers/docs/res955-1994_fr.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2017.

_____. Conseil de sécurité. **Rapport du secrétaire général sur la constitution d'une commission d'experts conformant au paragraphe 1 de la résolution 935 (1994) du Conseil de Sécurité en date du 1er Juillet**. (S/1994/879). [s.l.], 1994. Disponível em: <http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/1994/879>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Conseil de sécurité. **Lettre datée du 29 juillet 1994, adressée par le secrétaire général au président du Conseil de Sécurité**. (S/1994/906). [s.l.], 1994. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/310/43/PDF/N9431043.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Conseil de sécurité. **Resolution 1244 (1999)**. New York, 10 June 1999. Disponível em: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244\(1999\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244(1999))>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Conseil de Sécurité. **Rapport de la Commission indépendante d'enquête sur les actions de l'Organisation des Nations Unies lors du Génocide de 1994 au Rwanda**. S/1999/1257. New York, 1999. Disponível em: <<http://undocs.org/fr/S/1999/1257>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

_____. Conseil de sécurité. **S/RES/1272, 22 octobre 1999, création d'une Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental**. Disponível em: <<http://www.un.org/fr/peacekeeping/missions/past/atnuto/Rs.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Conseil de sécurité. **Résolutions 1664 (2006)**. (S/RES/1664). [s.l.], 2006. Disponível em: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1664%20\(2006\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1664%20(2006))>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu**. Chambre I. Arusha, 2 septembre 1998. Disponible em : <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. **Le Procureur contre Jean Kambanda**. Chambre I. Arusha, 4 septembre 1998. Disponible em: <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-97-23/trial-judgements/fr/980904.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Tribunal International Pénal pour le Rwanda. La Chambre de Première Instance II. **Le Procureur c/ Clement Kayishema et Obed Ruzindana**. Jugement rendu le 21 mai 1999. Disponible em: <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour le Rwanda. **Le Procureur c/ Athanase Seromba**. Affaire n° ICTR-2001-664. Chambre de première Instance. Jugement rendu le 13 décembre 2006. Disponible em: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48b804d62> >. Acesso em: 09 mar. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic**. Affaire n° IT-94-1-T. La Chambre de Première Instance. Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense. Décision du 10 août 1995. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/fr/950810.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur contre Drazen Erdemovic**. La Chambre de première Instance. La Haye, 29 novembre 1996. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/fr/erd-ts961129f.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dusko Tadic alias « DULE »**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 7 mai 1997. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zejnil Delalić, Zdravko Mucic alias “Pavo”, Hazim Delic et Esad Landzo alias “zenga”**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 16 novembre, 1998. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Anto Furundzija**. La Chambre de Première Instance. La Haye, 10 décembre 1998. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Aleksovski**, Affaire n° IT-95-14/1 49. Décision rendue le 25 juin 1999. Disponible em :

<http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp14-f/aleksovski-f.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Goran Jelisić**. La Chambre de Première Instance. Décision rendue le 14 décembre 1999. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/jelistic/tjug/fr/jel-tj991214f.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Anti alias "Vlado"**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 14 janvier 2000. Disponible em : <<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c. Tihomir Blaskic**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 3 mars 2000. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac Et Zoran Vukovic**. La Chambre de Première Instance. La Haye, le 22 février 2001. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez**. La Chambre de Première Instance. Jugement rendu le 26 février 2001. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre de première instance. Jugement rendu le 2 août 2001. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/fr/010802f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Slobodan Milosević**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° IT-94-1-T. Décision rendue le 8 novembre 2001. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/fr/11108JN517111.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Slobodan Mlosevic**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° : IT-02-54-PT. Décision relative aux exceptions préjudicielles. Décision rendue le 8 novembre 2001. Disponible em : <http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Slobodan Mlosevic**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° : IT-02-54-PT. Ordonnance rendue le 4 février 2002. Disponible em : <http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milorad Krnojelac**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 15 mars 2002. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Mitar Vasiljevic**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 29 novembre 2002. Disponible em : <<http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/fr/vas-tj021129f.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Biljana Plavšić**. La Chambre de Première Instance, Jugement du 27 février 2003. Disponible em:<<http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/fr/pla-sj030227f.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milomir Stakić**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 31 juillet 2003. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/fr/sta-tj030731-f.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Blagoje Simic, Miroslav Tadic et Simo Zaric**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 17 octobre 2003. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/simic/tjug/fr/031017.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Stanislav Galić**. La Chambre de Première Instance , Jugement rendu le 5 décembre 2003. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/fr/gal-acjud061130f.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radislav Krstić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 19 avril 2004. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/fr/krs-aj040419f.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radoslav Brđanin**. La Chambre de Première Instance II. Jugement rendu le 1 septembre 2004. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tjug/fr/brd-tj040901f.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez**. La Chambre D'Appel. Arrêt rendu le 17 décembre 2004. Disponible em : <http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/fr/aj-041217f.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic**. La Chambre de Première Instance I, Section A. Jugement rendu le 17 janvier 2005. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/tjug/fr/050117.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Miroslav Bralo**. La Chambre de Première Instance, Jugement rendu le 7 décembre 2005. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/bralo/tjug/fr/bra-sj051207-f.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milomir Stakić**. La Chambre d'Appel. Jugement rendu le 22 mars 2006. Disponible em : <<http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/fr/stakic-acjug060322f.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Momčilo Krajsnik**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 27 septembre 2006. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/krajsnik/tjug/fr/060927.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Milan Martić**. La Chambre de Première Instance I. Jugement rendu le 12 juin 2007. Disponible em:<<http://www.icty.org/x/cases/martic/tjug/fr/090612f.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **The Prosecutor c/ Milan Milutinovic, Nikolas Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojsa Pavkovic, Vladimir Lazarevic, Sreten Lukic**. In the Trial Chamber. Vol I. Jugement rendu le 26 février 2009. Disponible em : <<http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-e1of4.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Mile Mrksic et Veselin Sljivancanin**. La Chambre d'Appel. Arrêt rendu le 5 mai 2009. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/mrksic/acjug/fr/090505.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Radovan Karadžić**. La Chambre de Première Instance. Affaire n° IT-95-5/18-PT, Décision relative à la demande concernant l'Accord Holbrooke, présentée par l'Accusé, 8 juillet 2009. Disponible em : <<http://www.icty.org/fr/cases/party/703/4>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Vujadin Popovic, Ljubisa Beara, Drgo Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero, Vinko Pandurevic**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le 10 juin 2010. Disponible em:<http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/fr/100610_1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Vlastimir Dordevic**. La Chambre de Première Instance II, Jugement rendu le : 23 février 2011. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/djordjevic/tjug/fr/110223_djordjevic_judgt_fr.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Miroslav Kvocka**. Jugement du 2 novembre 2001. Disponible em : <<http://www.icty.org/fr/case/kvocka/4>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Zdravko Tolimir**. La Chambre de première instance II. Jugement rendu le: 12 décembre 2012. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/tolimir/tjug/fr/121212.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić et Berislav Pušić**. La Chambre de Première Instance III. Jugement rendu le 29 mai 2013. Vol. 1. Disponible em: <<http://www.icty.org/x/cases/prlic/tjug/en/130529-1.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. **Le Procureur c/ Rodovan Karadžić**. La Chambre d'Appel, Arrêt rendu le 11 juillet 2013. Disponible em: <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acjug/fr/130711_arret_rule98bis.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2017.

NEFF, Stephen C. **War and the Law of Nations: A general History**. New York: Cambridge University Press, 2006.

NOLLEZ-GOLDBACH, R. Les paradoxes de l'humanité juridique. In: FROUVILLE, Olivie de (Dir.). **Le cosmopolitisme juridique**. Paris: Pédone, 2015, pp. 127-135.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NUSSBAUM, Arthur. **A Concise History of the Law of Nations**. New York: The Macmillan Company, 1947.

OAKES, Augustus; MOWAT, R.B. **The Great European Treaties of the Nineteenth Century**. Oxford: Clarendon Press, 1930.

O'KEEFE, Roger. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura**. Cartagena das Índias, Colômbia, 1985. Disponible em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS. Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. RAPPORT N° 5/96. Affaire 10.970. **Fernando et Raquel Mejia c. Pérou**. 1^{er} mars 1996. Disponible em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/95fr/Perou10970.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

OST, François; VAN HOECKE, Mark (Dir.). **Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?** Bruxelles: Bruylant, 1998.

PACTE DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS Y COMPRIS LES AMENDEMENTS EN VIGUEUR. [s./l.], Le 16 décembre 1935. Disponible em: <<https://www.peacepalacelibrary.nl/pmfiles/S24-48-005.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

PENN, Willian. **Essay towards the future Peace of Europe**. London, 1693.

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

PETEU, Valentin. Temps et transmutation des valeurs en droit. In: OST, François; VAN HOECKE, Mark (Dir.). **Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?** Bruxelles : Bruylant, 1998.

PIC DE LA MIRANDOLA, Giovanni. **De la dignité humaine**. Paris : Editions de l'éclat, 1993.

PICTET, Jean. **Développement et principes du droit international humanitaire**. Genève : Institut Henry-Dunant ; Paris: Editions Pédone, 1983.

_____. Développement et principes du droit international humanitaire : cours donné en juillet 1982 dans le cadre de le Session d'enseignement organisée par l'Institut international des droits de l'homme. Paris/ Genève : Pedone/ Institut Henry-Dunant, 1983.

PILLET, A. Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, vol. I, p. 1-32, 1894.

_____. **Les Conventions de la Haye du 29 Juillet 1899 et du 18 octobre 1907**. Étude juridique et critique. Paris : Pédone, 1918.

_____. **Le traité de paix de Versailles : conférences faites au Collège libre des sciences sociales**. Paris : Rivière, 1920.

_____; ALLAN, Denis.. **Les fondateurs du droit international** : François de Vittoria, Albericus Gentilis, François Suarez, Hugo Grotius, Richard Zouch, Pufendorf, Cornélius Van Bynkershoek, Christian-Frédéric de Wolff, Emer de Vattel, Georges-Frédéric de Martens. Paris: Ed. Panthéon-Assas, 2014.

POLITIS, Nicolas. **Nouvelles tendances du droit international**. Paris : Hachette, 1927.

_____. **La morale internationale**. Neuchâtel : Éditions de la Baconnicre, 1943.

PUFFENDORF, Samuel von. **Of the Law of Nature and Nations: Eight Books**. Oxford: Printed by L. Lichfield, 1703.

PUYUELO, Rémy. **Souffrances ... et Polyphonie**. In: AÏN, Joyce (org.). **Souffrances : quel sens aujourd'hui ?** Toulouse : Erès, 1992.

RACINE, Jean-Baptiste. **Le génocide des Arméniens**. Origine et permanence du crime contre l'humanité. Paris: Dalloz, 2006.

Rapport du conseiller Le Gunehec, conseiller à la Cour de cassation dans l'affaire Barbie, p. 24, apud CASSESE, Antonio. **Violence and Law in the Modern Age**. p. 112.

REBUT, Didier. **Droit pénal international**. Paris: Dalloz, 2012.

REIGER, Caitlin; WIERDA, Marieke. **The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect**. New York: International Center for Transitional Justice, 2006. Disponível em: <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-TimorLeste-Criminal-Process-2006-English.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

REISMAN, Michael; LEVIT, Janet Koven. Reflections on the problem of individual responsibility for violations of Human Rights. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (Org.), **The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humano: Essays in honour of Thomas Buergenthal/ Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

REPÚBLICA ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Carlos Saul Menem c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios**. Decisão de 14 de febrero de 2017. Disponível em : <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357161>>. Acesso em: 28 out. 2017.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-038/95**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-038-95.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia C-177/01**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-177-01.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia C-317/02**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-317-02.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia C-580/02**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-580-02.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Rama Judicial. Juzgado cincuenta y uno penal del circuito. Causa n. 2009-0203. Bogotá, 28 de abril de 2011. Disponível em : <<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cabrales.html#procesado>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

REPUBLIC OF KOSOVO. Law n. 03/L-053 on the jurisdiction, case selection and case allocations of eulex judges and prosecutors in Kosovo. Assembly of the Republic of Kosovo, 13 March 2008. Disponible em: <<http://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/03-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Law n. 04/L-053 on amending and supplementing the laws related to the mandate of the European Union rule of law mission in Republic of Kosovo. Assembly of the Republic of Kosovo, 23 April 2014. Disponible em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/04-L-273%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

_____. Law n. 05/L-053 on specialist chambers and specialist prosecutor's office. Assembly of the Republic of Kosovo, 03 August 2015. Disponible em: <<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE. **Loi Organique N° 15.003 portant creation, organisation et fonctionnement de la cour penale speciale.** Bangui, 2015. Disponible em: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/loi_organique_portant_cre_ation_organisation_et_fonctionnement_de_la_cps.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE. **Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.** Bonn-sur-le-Rhin, du 23 mai 1949. Disponible em: <http://www.bundesregierung.de/Content/FR/_Anlagen/loi-fundamentale.pdf?__blob=publicationFile>. Acesso em: 17 nov. 2017.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. Congrès de Paris. Traité signé le 3 mars 1856 mettant fin à la guerre de Crimée et concernant l'affaire des détroits, les bâtiments de guerre dans la Mer noire, et les îles d'Alans. Protocoles des séances, 25 février 1856 – 6 janvier 1857. Édition: Paris Impr. Impériale, 1856. Éditeur scientifique: France. Ministère des affaires étrangères (1588-2007).

_____. Archives du Ministère des Affaires étrangères. Guerre 1914-1918, tome 887, folio 127.

_____. **Constitution du 4 octobre 1958.** Paris, 1958. Disponible em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em:

_____. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du vendredi 20 décembre 1985, N° de pourvoi : 85-95166. Disponible em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITE XT000007064048&fastReqId=626383377&fastPos=1>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du vendredi 3 juin 1988, N° de pourvoi : 87-84240. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007063407>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du vendredi 27 novembre 1992, N° de pourvoi : 92-82409. Disponible em:
<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064497>>.
Acceso em: 10 fev. 2017.

_____. Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du jeudi 21 octobre 1993, N° de pourvoi : 93-83325. Disponible em:
<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007066824>>.
Acceso em: 10 fev. 2017.

_____. Cour de cassation. Chambre criminelle. Audience publique du mardi 17 juin 2003.
N° de pourvoi: 02-80719.

RICOEUR, Paul, « Pour l'être humain du seul fait qu'il est humain », dans : RAYMOND, Jean-François de (dir.), *Les enjeux des droits de l'homme*, Paris : Larousse, 1988

_____. « Devenir capable, être reconnu », *Esprit*, juillet 2005, p.125.

ROBERTSON, Geoffrey. **Crimes against humanity: the struggle for global justice**. New York: The New Press, 2000.

ROUGIER, Antoine. **La théorie de l'intervention d'humanité**. Paris : Pédone, 1910.

ROULOT, Jean-François. **La coutume du droit international pénal et l'affaire « Kadhafi »**. Recueil Dalloz, 2001.

ROUSSEAU, Charles. De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international. **Revue Générale de Droit International Public**, Paris, vol. 39, pp. 133-192, 1932.

ROUSSEAU, J.J. **Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique**. Amsterdam: Chez Marc Michel Rey, 1762.

_____. **Du Contrat social**. Paris : F. Alcan, 1896 (contributeur Dreyfus-Brisac, Edmond – éditeur scientifique).

SAINT-SIMON, Claude-Henri de. **De la réorganisation de la société européenne, ou De la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique, en conservant à chacun son indépendance nationale**. Paris: Chez Adrien Égron, 1814.

SALDAÑA, Quintiliano. **La justice pénale internationale**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 010. Boston: Martinus Nijhoff, 1925.

SCELLE, Georges. **Précis du droit des gens**. Paris : Dalloz, 2008.

_____. Cour de Cassation. Décision de la Cour de Cassation du Sénégal. Première Chambre statuant en matière pénale. Arrêt n° 14 du 20 mars 2001. Disponible em:

<https://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-cour_de_cass.html>. Acesso em 10 dez. 2017.

SENEGAL. **Loi 2007-02 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal du Sénégal.** Dakar, 2007. Disponível em:

<http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_02_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_penal_senegal_fr.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. **Loi constitutionnelle n° 2008-33 du 07 août 2008 modifiant les articles 9 et 95 et complétant les articles 62 et 92 de la Constitution du Sénégal.** Dakar, 2008. Disponível em: <<http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article7026>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

SHAW, Malcolm N. **International Law.** 6th ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

SHOPENHAUER, Arthur. **Le fondement de la morale.** Traduit de l'allemand par A. Burdeau. Paris : G. Ballière, 1879.

SOLJENÍTSIN, Alexander. **L'archipel du Goulag.** Paris : Éditions du Seuil, 1973.

SOPHOCLE. **Œdipe à Colone.** Paris, A. Lemerre, 1877.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE. **Affaire Prosecutor v. Morris Kallon.** (SCSL-2004-15-AR72(E)). The Appeals Chamber. Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction, 13 March 2004. Disponível em:

<http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2004.03.13_Prosecutor_v_Kallon_Norman_Kamara.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. **Affaire Prosecutor v. Brima Bazy Kamara.** (SCSL-2004-16-AR72(E)). The Appeals Chamber. Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction, 13 March 2004. Disponível em:

<http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2004.03.13_Prosecutor_v_Kallon_Norman_Kamara.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. **Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor.** Trial Chamber II. Case N° SCSL-03-01-T.. 30 May 2012. Disponível em:

<<http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/Taylor/Appeal/1389/SCSL-03-01-A-1389.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SPINOZA. **Philosophie et politique (textes choisis),** Paris : PUF, 1967.

STATUT DE ROME DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Roma, 1998.

Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

STATUT DU TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL DE NUREMBERG. Nations Unies. Commission du Droit International. **Le Statut et le jugement du tribunal de**

Nuremberg. Historique et analyse. (Mémorandum du Secrétaire général). New York: Lake Suces, 1949.

STIMSON, Henri-L. The Nuremberg Trial: Landmark in Law. **Foreign Affairs**, vol. XXV, n. 2, January 1947.

SUÁREZ, François. **Des lois et du Dieu législateur** : Introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujon. Paris : Dalloz, 2003.

SUCHARIKTUL, Sompong. **L'avenir du droit international dans un monde pluriculturel.** La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l'homme.** 13^e édition refondue. Paris: Presses universitaires de France, 2016.

TAYLOR, John G. **East Timor: The price of freedom.** London: Zed Books, 2000.

TERNON, Yves. **Genèse du droit international** : Des pères fondateurs aux conférences de la Haye. Paris: Éditions Karthala, 2016.

THE PEACE TREATY OF SÈVRES. Paris : [s.n.], 1920.

THE POTSDAM DECLARATION. Potsdam, July 26, 1945. Disponível em: <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c06.html>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

THE REPUBLIC OF UGANDA. The Judiciary. **International Crimes Division.** Disponível em: <<http://www.judiciary.go.ug/data/smenu/18/International%20Crimes%20Division.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

THE STATE-WAR-NAVY COORDINATING COMMITTEE. Memorandum for the Secretary of State. Washington, D.C., 6 Sep. 1945. Disponível em: <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiry0/01/022/022tx.html>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

THE TREATY OF PORTSMOUTH. Portsmouth, 1905. Disponível em: <<http://www.portsmouthpeacetreaty.com/process/peace/TreatyText.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

THURTON, Robert W. **Life and Terror in Stalin's Russia: 1934-1941.** New Haven: Yale University Press, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo : Saraiva, 1994.

TRAITÉ DE PAIX entre la Sardaigne, l'Autrich, la France, le Royaume uni de la Grande Bretagne et d'Irlande, la Prusse, La Roussie, et la Turquie. Paris. 30 mars 1856. Disponível em : <<https://archive.org/stream/traitdepaixsign00itagoog#page/n4/mode/2up>>. Acesso em: 3 mar. 2016

TRAITÉ DE VERSAILLES. Paris : [s.n.], 1919.

TRAITÉ SUR LA LIMITATION ET LA RÉDUCTION DE L'ARMEMENT NAVAL (partie IV, article 22, relatif à la guerre suou marine. Londres, 1930. Disponível em : <<https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/310?OpenDocument>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

TRELLES, Camilo Barcia. **Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international**. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 017. Boston: Martinus Nijhoff, 1927.

Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (TWC), vol. XIV, 1948.

TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL NUREMBERG. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International**. Texte officiel en langue française. Tome I. Edité à Nuremberg: Documents Officiels, 1947.

TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL. **Le Procureur c/ Germain Katanga**. Chambre de Première Instance II. Jugement du 7 mars 2014. Disponível em: < https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2017.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **El derecho y el Estado en San Agustín**. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1944.

_____. **Genèse et fondements spirituels de l'idée d'une communauté universelle**. Paris: Pédone, 1958.

_____. Verdross et la théorie du droit. **European Journal of International Law**. Vol. 6, 1995, pp 55-69.

UNESCO. **Déclaration universelle sur la diversité culturelle**. Paris, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127162f.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

UNITED KINGDOM. House of Lords. Judgement – In Re Pinochet, 1999. Disponível em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution 57/228. Khmer Rouge trials B**. (A/RES/57/228 B). New York, 2003. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/57/228B>. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. International Criminal Court for the Former Yugoslavia. **Development of the local judiciaries**. Disponível em: <<http://www.icty.org/en/outreach/capacity-building/development-local-judiciaries>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

_____. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. **Enforced or Involuntary Disappearances**. Fact Sheet No. 6/Rev.3. Geneva; New York: [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/en/events/disappearancesday/pdf/FactSheet6Rev3.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. **Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity**. Sixty-first session. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 February 2005. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Security Council. **Resolution 1244 (1999)**. New York, 1999. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Security Council. **Report of the Secretary-general on the United Nations interim administration mission in Kosovo**. (S/1999/779). New York, 1999. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1999/779>. Acesso em: 19 jan. 2017.

_____. Security Council. **Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo**. S/2008/692. [s.l.], 24 November 2008. Disponível em: <<https://undocs.org/S/2008/692>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Security Council. **Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo**. (S/2017/387) 3 May 2017. Disponível em: <<http://undocs.org/S/2017/387>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

_____. United Nations Interim Administration Mission in Kosovo. UNMIK/REG/2000/64, [s.l.], 2000. Disponível em: <<http://www.unmikonline.org/regulations/2000/reg64-00.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Statute of the Special Court for Sierra Leone**. [s.l.], 2000. Disponível em: <<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. **Statute of the International Tribunal for Rwanda**. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

VANDERMEERSCH, D. La compétence universelle en droit belge. In: **Poursuites pénales et extraterritorialité**. Dossier de la Rev. dr. pén., n°8, 2002

VAN DER MOLEN, Gezina H. J. **Alberico Gentili and the development of international law: His life work and times**. Amsterdam : H. J. Paris, 1937.

VAN VOLLENHOVEN, Cornelis. **Les trois phases du droit des gens**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1919.

VATTEL, M. de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquées à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains**. Tome I. Londres : éditeur s.n., 1758.

VELASQUEZ, F. V. La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. **Cuadernos de derecho Penal**, Nr. 7, Julio/2012. Disponível em: <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

VENTURA-ROBLES, Manuel E. El valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (Org.), **The modern world of human rights – El mundo moderno de los derechos humanos: Essays in honour of Thomas Buergenthal/ Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 257-258.

VERDROSS, A. **Le fondement du droit international**. Recueil des cours de l'Académie de droit international. T. XVI, La Haye: Académie de droit international de la Haye, 1928.

_____. Forbidden Treaties in International Law. **American Journal of International Law**. Vol. 31, n° 4, pp. 571-577, 1937.

_____. *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law. **American Journal of International Law**. Vol. 60, n° 1, pp. 55-63, 1966.

_____. La dignité de la personne humaine base des droits de l'homme. **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht**, Wien, vol. 30, n° 3 et 4, pp. 271-277, 1980.

VERVAELE, John A. E. ¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? **Revista eletrônica de direito penal e política criminal**. [s.l.]. v.1, .n1, dez. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44238/28722>> . Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Violations graves des droits de l'homme et crimes internationaux. Du jus (non) puniendi de l'état a un deber puniendi impératif tiré du ius cogens. **Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé**, Paris, n. 3, Jui-Sep. pp. 487-521, 2014.

_____. **Internacionalización del derecho penal y procesal penal: Necesidades y desafíos**. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015.

VITORIA, Francisco de. **Relecciones: Sobre os índios e sobre o poder civil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

VLUGT, W. van der. **L'Œuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international.** Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 07. Boston : Martinus Nijhoff, 1925.

VOY, Salmon J. (Dir.). **Dictionnaire de droit international public.** Bruxelles : Bruylant, 2001.

WALSH, Edmund A. **Les principes fondamentaux de la vie internationale.** Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 053. Boston : Martinus Nijhoff, 1935.

WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité :** cours général de droit international public. Recueil des Cours de l'académie de droit international de La Haye. Vol. 237. Boston : Martinus Nijhoff, 1992.

WOLFF, Christian. **Principes du droit de la nature et des gens :** extrait du grand ouvrage latin. Amsterdam : éditeur Marc Michel Rey, 1758.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de masa.** 2^a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZEROUKI-COTTIN, Djoheur. L'obligation d'incriminer Imposée par le Juge Européen, ou la perte du droit de ne pas punir. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé.** Paris, Jui.-Sep, pp. 575-596, 2011.

ZOLLER, Elisabeth. 'La définition des crimes contre l'humanité'. **JDI**, n. 3, pp.549-568. jui-sept. 1993.

Anexo 1 – Plano francês

TABLE DE MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....
Section 1. Le droit international et l’humanité : une relation protective.....
§1°. La protection par interdiction.....
I. Le caractère absolu des valeurs protégées.....
A. Le crime contre l’humanité.....
B. Le crime de génocide.....
II. Le caractère relatif des valeurs protégées.....
A. Le crime de guerre.....
B. Le crime d’agression.....
§2°. La protection par promotion.....
I. Le noyau dur des droits de l’homme absolus.....
A. La conception de droit intangible.....
B. L’irréductible humain.....
II. Les droits de l’homme relatifs.....
A. La conception de droit relatif.....
B. L’être humain culturel.....
Section 1. Le droit international et l’humanité : une relation coercitive.....
§1°. La relation du droit international avec les États.....
I. L’État en tant que violateur.....
A. Les obligations négatives.....
B. L’État et les crimes de masse.....
II. L’État en tant que protecteur.....
A. Les obligations positives.....
B. L’État et le système de renforcement de la protection des droits de l’homme.....

- §2°. La relation du droit international avec les individus.....
 - I. Les individus en tant que sujets des droits.....
 - A. L'approche du droit international des droits de l'homme.....
 - B. L'approche du droit international pénal.....
 - II. Les individus en tant que sujets de devoirs.....
 - A. La verticalité du droit international.....
 - B. L'horizontalité du droit international.....

PRIMIÈRE PARTIE

L'HUMANITÉ ENTRE ABSTRACTION ET MORTALITÉ : LA NAISSANCE D'UN CONCEPT

TITRE I: L'HUMANITÉ ET SES VALEURS : UNE CONSTRUCTION JUS PHILOSOPHIQUE

Chapitre 1. Les bases philosophiques du concept d'humanité et l'héritage du droit des gens.....

Section 1. L'humanité vue du point de vue de la souveraineté : de l'abstraction à l'inexistence.....

§1°. Le droit des gens *versus* Law of Nations.....

I. L'humanité dans le droit des gens.....

A. L'humanité oubliée par les doctrines de l'État
souverain.....

B. L'humanité oubliée par l'humanisme.....

II. L'État dans le droit de gens.....

A. L'État : le protagoniste du système de Law of
Nations.....

B. L'État : le protagoniste de la société
internationale.....

§2°. Law of Nations et l'écrasement de l'humanité.....

I. Les valeurs humaines liées à la raison d'État.....

A. L'État comme le seul porteur des valeurs.....

- B. L'État comme la seule source de droit.....
- II. Le volontarisme d'un Law of Nations fondée sur la raison d'État.....
 - A. La suprématie du droit crée par l'État.....
 - B. L'héritage de l'idée de suprématie du droit national..

Section 2. L'humanité vue du point de vue de l'unité du genre humain : de l'inexistence à l'abstraction.....

- §1°. La conception d'humanité dans les racines du droit des gens.....
 - I. Le droit des gens en tant que principe de justice universelle..
 - A. Le cosmopolitisme ancien.....
 - B. Le cosmopolitisme médiévale.....
 - II. Le droit naturel comme fondement du droit des gens.....
 - A. L'humanité chrétienne.....
 - B. L'humanité laïque.....
- §2°. La conception d'humanité dans un nouveau droit des gens.....
 - I. La conception d'humanité lié à un noyau de valeurs communes.....
 - A. La place de l'individu en tant que source des valeurs
 - B. La place de l'État en tant que source des valeurs.....
 - II. La conception d'humanité dans les projets de paix perpétuelle.....
 - A. L'universalisme modéré.....
 - B. Le *jus cosmopolitanum*.....

Chapitre 2. Les bases juridiques du concept d'humanité.....

Section 1. La construction de l'humanité à partir d'un ensemble de principes : le lendemain d'un concept abstrait.....

- §1°. L'humanisation du droit.....
 - I. La théorie de l'intervention de l'humanité.....
 - A. Le principe de l'intervention *versus* le principe de la souveraineté.....

- B. Le principe de l'intervention et l'idée de protection des valeurs supérieures.....
- II. Les principes humanitaires.....
 - A. La naissance du droit international humanitaire.....
 - B. L'humanité quitte le terrain des déclarations.....
- §2°. Les principes de *jus cogens*.....
 - I. Les États perdent leur souveraineté ?.....
 - A. La doctrine des traités interdits.....
 - B. La doctrine de l'éthique universelle.....
 - II. La protection de l'humanité au sommet de l'ordre juridique ?.....
 - A. Les normes d'autorité renforcée.....
 - B. Les normes nées de la conscience juridique universelle et leur hiérarchie.....

Section 2. La construction du droit international : de l'abstraction à la concrétion de la mortalité.....

- §1°. L'humanité saisie par le droit international coutumier.....
 - I. La coutume en tant que source de droit international.....
 - A. Un droit international coutumier volontariste ?.....
 - B. Un droit international coutumier fondé dans la conscience universelle ?.....
 - II. La coutume en tant que source de *jus cogens*.....
 - A. Un droit international coutumier protecteur des valeurs universelles ?.....
 - B. Un droit international coutumier d'hiérarchie supérieure ?.....
- §2°. L'humanité saisie par le droit international conventionnel.....
 - I. La saisine de l'humanité par le droit international pénal.....
 - A. La mortalité de l'humanité et la naissance du droit international pénal.....
 - B. L'humanité en tant que victime.....

- II. La saisine de l'humanité par le droit international des droits de l'homme.....
 - A. L'humanité et la transformation des droits de l'homme.....
 - B. L'humanité en tant que sujet de droit.....

TITRE II : L'HUMANITÉ ET SES VALEURS : UNE CONSTRUCTION JUS CASUISTIQUE.....

Chapitre 3. Le crime contre l'humanité et le génocide : une construction négative faite par le droit international pénal.....

Section 1. La construction normative : une humanité découverte par le déni.....

§1°. Le crime contre l'humanité et le génocide : un concept vide rempli par la survenance des faits.....

I. La rupture d'un ancien paradigme.....

A. Le Statut du Tribunal de Nuremberg.....

B. Le Statut du Tribunal de Tokyo.....

II. Un paradigme nouveau ?.....

A. Le Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie.....

B. Le Statut du Tribunal Pénal International pour Rwanda.....

§2°. Un consensus pour le concept de crime contre l'humanité et de génocide ?.....

I. De la consolidation d'un concept vers une protection universelle.....

A. L'appropriation du passé par le Statut de Rome.....

B. Le Statut de Rome et la projection des valeurs communs de l'humanité.....

II. Une protection universelle (il)limitée ?.....	
A. Les Statuts des juridictions hybrides.....	
B. La convention internationale pour la prévention et la répression des crimes contre l'humanité.....	
Section 2. La construction jurisprudentielle : l'humanité en quête de soi-même.....	
§1°. L'arrivée des faits aux juridictions internationales pénales.....	
I. Un défi apporté par une criminalité inconcevable.....	
A. La recherche de l'irréductible humain.....	
B. La consolidation des principes du droit international coutumier.....	
II. Une notion de grave violation contre l'humanité conçue par le juge international.....	
A. Les actes inhumains et l'offense à la conscience universelle.....	
B. L'esquisse d'un ensemble de valeurs sous-jacentes.....	
§2°. La permanence des faits dans les juridictions internationales pénales.....	
I. Les différentes victimes du crime contre l'humanité et du génocide.....	
A. La souffrance comme lien entre la victime individuelle et la victime collective.....	
B. La dignité humaine : un catalyseur de la victime collective.....	
II. L'ampleur des crimes comme élément de liaison entre l'individu et l'humanité.....	
A. L'ampleur des violations comme synonyme de grave offense.....	
B. L'ampleur des violations comme fondement et aussi comme limite d'une protection universelle.....	

Chapitre 4. Le crime contre l'humanité et le génocide : une construction positive faite par le droit international des droits de l'homme.....

Section 1. La construction normative et la centralité de l'individu.....

§1°. Le système universel de protection fondé par les Nations Unies...

I. La dignité humaine comme pierre angulaire des conventions internationales de protection aux droits de l'homme.....

A. Les droits qui relèvent de la protection de la dignité humaine.....

B. La dignité humaine comme valeur.....

II. L'interdiction de la souffrance comme but ultime de la norme internationale.....

A. Le caractère impératif de l'interdiction de la souffrance.....

B. Les obligations qui découlent de l'interdiction de la souffrance.....

§2°. Les systèmes régionaux de protection.....

I. Le mouvement de convergence avec le système universel de protection.....

A. Propulsant la création de nouvelles conventions internationales.....

B. Confirmant le système normatif des Nations Unies.....

II. La consécration du concept de droit absolu.....

A. Dans les principales conventions régionales.....

B. Et leur impossible relativisation.....

Section 2. La construction jurisprudentielle.....

§1°. Dans le système universel de protection.....

I. La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice.....

A. En matière de *jus cogens*.....

B. Sur les obligations des États.....

II. Les changements de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice.....

A. D'un droit international volontariste.....

B. À la suprématie du droit international.....	
§2°. Dans les systèmes régionaux de protection.....	
I. La jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.....	
A. Les normes impératives de droit international.....	
B. Les droits irrévocables.....	
II. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	
A. Les interdictions absolues.....	
B. La protection de la dignité humaine avant tout.....	

DEUXIÈME PARTIE

L'HUMANITÉ ENTRE DESTRUCTION ET PROTECTION : DU MYTHE À LA RÉALITÉ

TITRE I: L'HUMANITÉ ET LA VIOLATION DE SES VALEURS.....

Chapitre 5. L'atteinte aux droits des victimes directes et de la communauté humaine dans son ensemble.....

Section 1. La perte de la dignité

§1°. Par l'imposition des souffrances physiques.....

I. Selon la construction normative.....

A. Les actes matériels.....

B. L'attente contre les droits positifs.....

II. Selon la construction jurisprudentielle.....

A. Le droit à la vie et à l'intégrité physique.....

B. Le droit à la liberté et à la liberté sexuelle.....

§2°. Par l'imposition des souffrances psychiques.....

I. Selon la construction normative.....

A. Les actes matériels.....

B. L'attente contre les droits négatifs.....

II. Selon la construction jurisprudentielle.....	
A. Le droit au non-traitement inhumain, cruel ou dégradant.....	
B. Le droit à la non-discrimination.....	
Section 2. La perte de la dignité de l'individu et la transposition de l'offense vers l'ensemble de la communauté humaine.....	
§1°. En raison de l'ampleur des violations.....	
I. L'attaque généralisé ou systématique à une population civile.....	
A. L'ampleur et l'organisation de l'attaque.....	
B. Le concept élargi de population civile.....	
II. L'élimination totale ou partielle d'un groupe.....	
A. L'intention discriminatoire.....	
B. Les critères d'appartenance à un groupe.....	
§2°. En raison de l'existence d'un sentiment de réciprocité.....	
I. Due à un processus de dépersonnalisation de la victime.....	
A. La négation de la condition d'être humain des victimes directes.....	
B. L'animalisation de l'être humain.....	
II. Due à un processus de négation de l'appartenance de la victime à l'humanité.....	
A. La perturbation de la conscience humaine par le refus d'exister de ses pairs.....	
B. La diversité comme patrimoine commun de l'humanité.....	
Chapitre 6. Les valeurs universelles et absolues.....	
Section 1. La valeur positive dignité humaine.....	
§1°. À la recherche d'un concept de dignité humaine.....	
I. Le concept philosophique.....	
A. Par rapport à la dimension individuelle de l'être humain.....	
B. Par rapport à la dimension collective de l'être humain.....	

II. Le concept juridique.....	
A. La conception du droit naturel.....	
B. La conception de droit impératif.....	
§2°. La dignité humaine en tant que valeur canalisateur du moderne droit international.....	
I. La valeur sous-jacente du droit international des droits de l'homme.....	
A. La dignité humaine : vecteur pour mesurer le degré de grave violation.....	
B. La dignité humaine comme valeur opposable à l'État.....	
II. La valeur sous-jacente du droit international pénal.....	
A. La protection de la dignité humaine comme finalité ultime de la norme pénale.....	
B. De la dignité humaine émerge le concept de traitement inhumain.....	
Section 2. La valeur négative non-souffrance.....	
§1°. Quelle souffrance à interdire ?	
I. Une limite entre l'humain et l'inhumain.....	
A. La souffrance dans l'histoire de l'humanité.....	
B. L'humanité et ses essayes de protection contre la souffrance.....	
II. L'interdiction de la souffrance par le droit.....	
A. De son relativisme.....	
B. À son caractère absolu.....	
§2°. L'interdiction de la souffrance : une valeur sous-jacente du droit international.....	
I. La souffrance en tant que traitement inhumain.....	
A. Comme valeur des normes prohibitives.....	
B. Comme valeur des normes protectives.....	
II. La souffrance en tant que conséquence de la violation de la dignité humaine.....	
A. De la dignité de l'homme.....	
B. De la dignité de l'ensemble de l'humanité.....	

TITRE II : L'HUMANITÉ ET LA SAUVEGARDE DE SES VALEURS.....

Chapitre 7. Le droit international et l'imposition des obligations aux États.....

Section 1. Les obligations négatives.....

§1°. Par rapport à l'ordre juridique.....

I. La création de normes juridiques contraires au droit international.....

A. La relativisation de droits absolus.....

B. La négation de droits absolus.....

II. La création de normes juridiques qui empêchent l'application du droit international.....

A. À propos de la condamnation pénale.....

B. À propos du droit des victimes à la réparation.....

§2°. Par rapport aux faits.....

I. L'obligation de s'abstenir à intervenir dans l'exercice des droits.....

A. La protection de l'individu contre toute ingérence arbitraire.....

B. Le droit de l'individu à l'exercice de toutes ses prérogatives.....

II. L'obligation de s'abstenir à porter atteinte aux droits.....

A. Droits absolus de l'individu *versus* droits relatifs de l'Etat.....

B. L'État criminel.....

Section 2. Les obligations positives.....

§1°. L'obligation de l'État d'harmoniser le droit interne par rapport au droit international.....

I. La question de la légitimité de la création du droit.....

A. La doctrine des droits fondamentaux *versus* la doctrine du positivisme.....

B. Le contenu de la norme de droit et la doctrine de l'effet utile.....	
II. L'obligation d'incriminer.....	
A. Le droit pénal comme <i>prima ratio</i>	
B. La marge d'appréciation nationale.....	
§2°. L'obligation de persécution par les organes de l'Etat.....	
I. L'obligation d'enquêter, de poursuivre et de punir de graves violations.....	
A. La suprématie de l'obligation.....	
B. L'imposition de restrictions à la compétence.....	
II. L'obligation du juge de faire le contrôle de conventionalité des normes.....	
A. La possibilité d'application directe du droit international pénal.....	
B. L'obligation de déclarer l'invalidité des normes d'amnistie, d'immunité et de prescription.....	

Chapitre 8. Le droit international et l'imposition des obligations aux individus.....

Section 1. Les obligations des individus et la dimension verticale du droit international.....

§1°. L'application directe du droit international.....	
I. Le problème de l'internalisation des traités internationaux....	
A. Droit international conventionnel et droit international coutumier.....	
B. Les pratiques monistes par les États.....	
II. Le problème concernant au principe de la légalité pénale.....	
A. Dans les juridictions pénales internationales et hybrides.....	
B. Dans les juridictions nationales.....	
§2°. Une suprématie du droit international en raison de son application directe ?	
I. L'excuse de l'omission législative de l'État.....	
A. Le vide législatif et les prohibitions universelles.....	

B. La création des « paradis pénaux »	
II. La création d'obligation et le problème de la responsabilisation.....	
A. La jurisprudence contraire à la responsabilisation.....	
B. La jurisprudence favorable à la responsabilisation....	
Section 2. Les obligations des individus et la dimension horizontale du droit international.....	
§1°. Le principe de justice universelle.....	
I. Le fondement de la compétence universelle.....	
A. L'universalité du droit de punir.....	
B. La gravité des crimes et la lutte contre l'impunité.....	
II. La prévision de la compétence universelle par le droit international.....	
A. Sous le fondement du droit international conventionnel.....	
B. Sous le fondement du droit international coutumier...	
§2°. Une suprématie du droit international en raison de son application directe ?	
I. Un changement de paradigme.....	
A. La jurisprudence résiste.....	
B. La jurisprudence avance.....	
II. La source d'obligation directe des individus.....	
A. Une application potentielle de la compétence universelle.....	
B. L'application potentielle deviendra la règle ?.....	

CONCLUSION GÉNÉRALE.....	
ÉLÉMENTS BIBLIOGRAPHIQUES.....	
INDEX THÉMATIQUE.....	