

AFRANIO MAR... ANIR CARDOSO * ALDO SILVA ARANTES * ALÍPIO CRISTIANO DE FREITAS * AMARO ALEXANDRINO DA ROCHA * AMÉRICO
ANA MA... WILMA OLIVEIRA MORAES * ANGELA TELMA OLIVEIRA LUCENA * ANTONIA MARA VIEIRA LOGUERCIO * ANTONIO CARLOS F
AP... RIBEIRO PENNA * APARECIDA ALVES DOS SANTOS * APOLÔNIO DE CARVALHO * ARI CÂNDIDO FERNANDES * ARMANDO BORTO
ELARMINO BARBOSA SIQUEIRA * BENITO PEREIRA DAMASCENO * BERGSON GURJÃO FARIAS * BOLÍVAR NASCIMENTO PRESTES * CA
ENTO COELHO DA PAZ * CARLOS GUILHERME DE M. PENAFIEL * CARLOS LAMARCA * CARLOS LICHTISZTEJN * CECÍLIA VIEIRA FERNANDES * CELE
EY DE BARROS LOYOLA * CRISTINA MARIA BUARQUE * DANIEL AARÃO REIS FILHO * DARCI GIL DE OLIVEIRA BOSCHIERO * DARCY RODRIGUES DI
E OLIVEIRA LUCENA * DENIZE FONTELLA GOULART * DENIZE PERES CRISPIM * DEUSDANTE FERREIRA DE FREITAS * DIMAS FLORIANI * DINALVA OLIVEIR
E ALMEIDA MARTINS * EDSON MENEZES DA SILVA * EDUARDA CRISPIM LEITE * EDUARDO DIAS CAMPOS SOBRINHO * ELIA MENEZES ROLA * ELIANA BELL
CAMARGO * ELISEU GABRIEL DE PIERI * ELIZABETH TEIXEIRA * ELZA MONNERAT * EMÍLIO RUBENS CHASSEREUX * EPAMINONDAS JACOME RODRIGUES * ESTE
IVO VIEIRA * FÉLIX AUGUSTO DE ATHAYDE * FLÁVIO KOUTZII * FRANCISCO DE ASSIS LEMOS * FRANCISCO DERLI * FRANCISCO MARTINELLI * FRANCISCO
FREDERICK BIRTEN MORRIS * FREI FERNANDO * FREI JOÃO * GEORGE DE BARROS CABRAL * GERMANA CORREA LIMA * GILDO SCALCO * GILNEY AM
YA MAGYTI * HAMILTON PEREIRA DA SILVA * HELDER SUAREZ BEDENDO *
MATOS SIPAHI * HONESTINO GUIMARÃES * HORÁCIO MARTINS DE
* IGOR GRABOIS OLIMPIO * ILTO VIEIRA * INÁ MEIRELES DE SOUZA * INES
SOMMER * IVAN DE SOUZA ALVES * IVAN SEIXAS * IZABEL MARQUES
MARC VON DER WEID * JEOVÁ FERREIRA * JESUS PAREDES SOTO *
JOÃO AMAZONAS * JOÃO ARTHUR VIEIRA * JOÃO BATISTA FRANCO
CARLOS ALMEIDA GRABOIS * JOÃO CHILE * JOÃO LUIZ SILVA FERREIRA *
JOÃO VICENTE FONTELLA GOULART * JOELSON CRISPIM * JOILSON
JORGE SALDANHA DE ARAUJO * JOSAIL GABRIEL DE SALES * JOSÉ
CALISTRATO CARDOSO FILHO * JOSÉ CARLOS NOVAIS DA MATTA MACHADO * JOSÉ CELSO MARTINEZ * JOSÉ DALTRO DA SILVA * JOSÉ MACHADO * JOSÉ MI
SOUZA * JOSÉ ROGÉRIO LICKS * JOSÉ SERRA * JOSÉ TADEU CARNEIRO CUNHA * JOSÉ VELOSO * JÚLIO PRATA * JURACI MENDES DE OLIVEIRA * JURANDIR
LAURINDO MARTINS JUNQUEIRA FILHO * LENIRA MARIA DE CARVALHO * LEONEL BRIZOLA * LETA VIEIRA DE SOUZA * LINCOLN RAMOS VIANA * LUIS CARLOS
FELIPE RATTON MASCARENHAS * LUIZ GONZAGA TRAVASSOS DA ROSA * MAGNÓLIA DE FIGUEIREDO CAVALCANTI * MANOEL CYRILLO DE OLIVEIRA NETTO * M
* MARCOS JOSÉ BURLE DE AGUIAR * MARIA ALICE ALBUQUERQUE SABOYA * MARIA DALCE RICAS * MARIA DAS DORES DA SILVA * MARIA DE FÁTIMA MENDE
SOCORRO DE MAGALHÃES * MARIA EMÍLIA LISBOA PACHECO * MARIA FAUSTINO DE ALMEIDA AMARAL * MARIA IGNES DA COSTA D. E. BASTOS * MARIA
FIGUEIREDO * MARIA TERESA GOULART * MARIJANE VIEIRA LISBOA * MARILIA DE CARVALHO GUIMARÃES * MARINA VIEIRA * MARIO COVAS * MÁRIO MAGA
MARISTELA VILLAR * MAURICE POLITI * MIGUEL ARRAES * MIGUEL DARCY DE OLIVEIRA * MIGUEL PRESSBURGER * NANCY MANGABEIRA UNGER * NARCISA
NAZAREH ANTONIA OLIVEIRA * NELSON CORDEIRO * NELSON REMY GILLET * NELSON RODRIGUES * NESTOR PEREIRA DA MOTA * NILMÁRIO DE MIRANDA * NIL

edição comemorativa
4 ANOS revista anistia

revista
anistia
política e justiça de transição

APRESENTAÇÃO Paulo Abrão * Marcelo D. Torelly **ENTREVISTA** Sylvia Steiner **ARTIGOS**
ACADÊMICOS Stephan Parmentier * James N. Green * Alberto Filippi **DOSSIÊ: 10 ANOS**
DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Marcos Zilli * Flavia Piovesan * Daniela Ribeiro
Ikawa * Francesca Varda * Sylvia Steiner * Ania Salinas Cerda * Héctor Olásolo Alonso *
Heloísa Estellita * Mariana Tumbiolo Tosi * Alicia Gil Gil * Fabíola Girão Monteconrado
ESPECIAL A Digitalização dos Fundos do Tribunal Russell II - De um arquivo italiano à
memória da ditadura militar brasileira **DOCUMENTOS** Sentenças I, II e III do Tribunal
Russell II sobre a Repressão na América Latina (1973-1976) **ISSN 2175-5329 Nº 8**
Julho/Dezembro 2012

JOFFILY * ORLANDO MARETI SOBRINHO * OSCAVU JOSÉ COELHO * PAULO FRATESCHI * PAULO FREIRE * PAULO SARACENI * PAULO WRIGHT * PEDRO DE CA
CIPRIANO * PETER JOHN MCCARTHY * RAUL JORGE ANGLADA PONT * REGENIS BADING PROCHMANN * RENATA FERRAZ GUERRA DE ANDRADE * REYNA
ROBERTO FARIA MENDES * ROGÉRIO LUSTOSA * RÔMULO DANIEL BARRETO DE FARIAS * ROSE MARIE MURARO * ROSEMARY NOGUEIRA * RUY FRASÃO SOARES
MONTARROYOS * SÉRGIO DE MAGALHÃES GOMES JAGUARIBE * SILVIA LÚCIA VIANA MONTARROYOS * SINVAL DE ITACARAMBI LEÃO * SOLANGE LOURENÇO GO
* ULYSSES DE MENEZES FREITAS * VICENTE CARLOS Y PLA TREVAS * VITOR BORGES DE MELO * VLADIMIR HERZOG * WALMIR ANDRA DE OLIVEIRA * ZIRA



CENA DO ESPETÁCULO FILHA DA ANISTIA,
TEATRO NACIONAL,
BRASÍLIA/DF, 14 DE SETEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



FOTO DE FUNDO: PÚBLICO NA
APRESENTAÇÃO DO ESPETÁCULO FILHA DA
ANISTIA, TEATRO NACIONAL,
BRASÍLIA/DF, 13 DE SETEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

66ª CARAVANA DA ANISTIA, MANIFESTAÇÃO
REALIZADA NAS RUAS, FORTALEZA/CE,
4 DE AGOSTO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

revista
anistia
política **e** justiça **e** transição

Comissão de
Anistia

Ministério da
Justiça

GOVERNO FEDERAL
BRASIL
PAÍS RICO É PAÍS SEM POBREZA

Governo Federal

Ministério da Justiça

Comissão de Anistia

REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Presidente da República

Dilma Rousseff

Ministro da Justiça

José Eduardo Cardozo

Secretária-Executiva

Márcia Pelegrini

Presidente da Comissão de Anistia

Paulo Abrão

Vice-presidentes da Comissão de Anistia

Egmar José de Oliveira

Sueli Aparecida Bellato

Secretário Executivo da Comissão de Anistia

Muller Borges

Coordenador Geral da Revista

Marcelo D. Torelly

Coordenadora-Executiva do Memorial da Anistia

Amarilis Busch Tavares

A Revista Anistia no. 08 é alusiva ao segundo semestre de 2012, tendo sido editada durante o primeiro semestre de 2013.

Esta edição, especialmente dedicada ao Tribunal Russell II, traz as sentenças proferidas, bem como informações sobre o projeto de digitalização de seu fundo documental, desenvolvido pela Comissão de Anistia e pela Fundação Lélío e Lisli Basso - ISSOCO. O acervo fotográfico histórico foi gentilmente cedido pela Fundação Lélío e Lisli Basso – ISSOCO.

As fotos que registram as atividades públicas promovidas pela Comissão de Anistia, no segundo semestre de 2012, são de propriedade do Ministério da Justiça.

Exceto quando expresso em contrário, as traduções foram realizadas pelo Ministério da Justiça e revisadas pelos autores e organizadores da presente edição.

Conselho Editorial

Antônio Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa – Portugal), Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra – Portugal), Bruna Peyrot (Consulado Geral – Itália), Carlos Cárcova (Universidade de Buenos Aires – Argentina), Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (Universidade de Brasília), Dani Rudinick (Universidade Ritter dos Reis), Daniel Aarão Reis Filho (Universidade Federal Fluminense), Deisy Freitas de Lima Ventura (Universidade de São Paulo), Eduardo Carlos Bianca Bittar (Universidade de São Paulo), Edson Cláudio Pistori (Memorial da Anistia Política no Brasil), Enéa de Stutz e Almeida (Universidade de Brasília), Flávia Carlet (Projeto Educativo Comissão de Anistia), Flavia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Jaime Antunes da Silva (Arquivo Nacional), Jessie Jane Vieira de Sousa (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Joaquin Herrera Flores (*in memoriam*), José Reinaldo de Lima Lopes (Universidade de São Paulo), José Ribas Vieira (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), Marcelo Dalmás Torelly (Coordenador-Geral), Maria Aparecido Aquino (Universidade de São Paulo), Paulo Abrão (Presidente), Phil Clark (Universidade de Oxford – Inglaterra), Ramon Alberch Fugueras (Arquivo Geral da Cataluña – Espanha), Rodrigo Gonçalves dos Santos (Comissão de Anistia), Sandro Alex Simões (Centro Universitário do Estado do Pará), Sean O'Brien (Universidade de Notre Dame – Estados Unidos), Sueli Aparecida Bellato (Comissão de Anistia).

Conselho Técnico

Aline Sueli de Salles Santos, Ana Maria Guedes, Ana Maria Lima de Oliveira, André Amud Botelho, Carolina de Campos Melo, Cristiano Paixão, Daniela Frantz, Egmar José de Oliveira, Henrique de Almeida Cardoso, José Carlos M. Silva Filho, Juvelino José Strozake, Kelen Meregali Model Ferreira, Luciana Silva Garcia, Marcia Elayne Berbich de Moraes, Márcio Gontijo, Marina Silva Steinbruch, Mário Miranda de Albuquerque, Muller Luiz Borges, Narciso Fernandes Barbosa, Nilmário Miranda, Paulo Abrão, Prudente José Silveira Mello, Rita Maria de Miranda Sipahi, Roberta Camineiro Baggio, Roberta Vieira Alvarenga, Rodrigo Gonçalves dos Santos, Vanderlei de Oliveira, Virginius José Lianza da Franca, Vanda Davi Fernandes de Oliveira.

Esta é uma publicação científica que objetiva a difusão de ideias plurais. As opiniões e dados nela incluídos são de responsabilidade de seus autores, e não do Ministério da Justiça ou do Governo Federal, exceto quando expresso o contrário.

Projeto Gráfico

Ribamar Fonseca

Revisão ortográfica

Carmen da Gama

Editoração eletrônica

Supernova Design

Capa inspirada no trabalho original de AeM'Hardy'Voltz

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça , 2012.

Semestral.
Primeira edição: jan./jun. 2009.

ISSN 2175-5329

1. Anistia, Brasil. 2. Justiça de Transição, Brasil. I. Brasil. Ministério da Justiça (MJ).

CDD 341.5462

TRIBUNAL RUSSELL II

SOBRE LA REPRESIÓN
EN AMÉRICA LATINA

ROMA 10-17 ENERO 1976



COMISSÃO DE ANISTIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO ATUAL¹

PRESIDENTE:

Paulo Abrão

Conselheiro desde 04 de abril de 2007

Nascido em Uberlândia/MG, em 11 de junho de 1975, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. É especialista em Direitos Humanos e Processos de Democratização pela Universidade do Chile. Atualmente, é secretário Nacional de Justiça, presidente do Conselho Nacional de Refugiados (Conare), professor licenciado do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e membro da diretoria da Coalizão Internacional de Sítios de Consciência. Integrou o grupo de trabalho que redigiu a lei de criação da Comissão Nacional da Verdade.

VICE-PRESIDENTES:

Egmar José de Oliveira

Conselheiro desde 26 de abril de 2004

Nascido em Jaraguá/GO, em 02 de agosto de 1958, é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Anápolis. Atualmente, é advogado militante em Goiás, atuando em causas criminais e de direitos humanos. Em 2012, foi indicado como Presidente da Comissão da Verdade da Ordem dos Advogados do Brasil em Goiás.

Sueli Aparecida Bellato

Conselheira desde 06 de março de 2003

Nascida em São Paulo/SP, em 1º de julho de 1953, é religiosa da Congregação Nossa Senhora - Cônegas de Santo Agostinho e advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, com intensa atividade nas causas sociais. Já trabalhou junto ao Ministério Público Federal na área de Direitos Humanos, foi assistente parlamentar e atuou no processo contra os assassinos do ambientalista Chico Mendes. É integrante da Comissão Brasileira de Justiça e Paz da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e conselheira da Rede Social de Direitos Humanos. Compõe o Grupo de Trabalho Araguaia (GTA).

CONSELHEIROS:

Aline Sueli de Salles Santos

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Caçapava/SP, em 04 de fevereiro de 1975, é graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. É professora da Universidade Federal do Tocantins/TO.

Ana Maria Lima de Oliveira

Conselheira desde 26 de abril de 2004

Nascida em Irituia/PA, em 06 de dezembro de 1955, é procuradora Federal do quadro da Advocacia-Geral da União desde 1987 e graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará.

Ana Maria Guedes

Conselheira desde 04 de fevereiro de 2009

Nascida em Recife/PE, em 19 de abril de 1947, é graduada em Serviço Social pela Universidade Católica de Salvador.

Atualmente é membro do Grupo Tortura Nunca Mais da Bahia e integrante da comissão organizadora do Memorial da Resistência Carlos Mariguella, em Salvador/BA.

Carolina de Campos Melo

Conselheira desde 02 de fevereiro de 2012

Nascida na cidade do Rio de Janeiro, em 22 de janeiro de 1976, é graduada e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). É advogada da União desde setembro de 2003. É, também, professora do Departamento de Direito da PUC-Rio e coordenadora acadêmica do Núcleo de Direitos Humanos.

Carol Proner

Conselheira desde 14 de setembro de 2012

Nascida em Curitiba/PR, em 14 de julho de 1974, é advogada, doutora em Direito Internacional pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha), coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil, co-diretora do Programa Máster-Doutorado Oficial da União Europeia, Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo - Universidade Pablo de Olavide/Universidad Internacional da Andaluzia. Concluiu estudos de Pós-Doutorado na École de Hautes Etudes de Paris (França). É secretária-geral da Comissão da Verdade da Ordem dos Advogados do Brasil no Paraná.

Cristiano Paixão

Conselheiro desde 1º de fevereiro de 2012

Nascido na cidade de Brasília, em 19 de novembro de 1968, é mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e fez estágio pós-doutoral em História Moderna na Scuola Normale Superiore di Pisa (Itália). É procurador regional do Trabalho em Brasília e integra a Comissão da Verdade Anísio Teixeira da Universidade de Brasília, onde, igualmente, é professor da Faculdade de Direito. Foi professor visitante do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Sevilha (2010-2011). É coordenador de relações institucionais da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da Universidade de Brasília.

Edson Claudio Pistori

Conselheiro desde 13 de janeiro de 2009

Nascido em Rondonópolis/MT, em 15 de março de 1977, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e mestre em Geografia pela mesma instituição. Foi assessor da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério da Educação e da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Eneá de Stutz e Almeida

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida no Rio de Janeiro/RJ, em 10 de junho de 1965, é graduada e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. É professora da Universidade de Brasília, onde, atualmente, é coordenadora do curso de graduação em Direito. Foi vice-presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi) na gestão 2009-2011. É membro da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da Universidade de Brasília.

1 Em novembro de 2012.

Henrique de Almeida Cardoso

Conselheiro desde 31 de maio de 2007

Nascido no Rio de Janeiro/RJ, em 23 de março de 1951, é o representante do Ministério da Defesa junto à Comissão de Anistia. Oficial de artilharia do Exército pela Academia Militar das Agulhas Negras (Aman), é bacharel em Ciências Econômicas e em Ciências Jurídicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

José Carlos Moreira da Silva Filho

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em São Paulo/SP, em 18 de dezembro de 1971, é graduado em Direito pela Universidade de Brasília, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente, é professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Juvelino José Strozake

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Alpestre/RS, em 18 de fevereiro de 1968, é advogado graduado pela Faculdade de Direito de Osasco (Fieo), mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É membro da Rede Nacional de Advogados Populares (Renap).

Luciana Silva Garcia

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Salvador/BA, em 11 de maio de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente, coordena a área de proteção a testemunhas da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Márcia Elayne Berbich de Moraes

Conselheira desde 23 de julho de 2008

Nascida em Cianorte/PR, em 17 de novembro de 1972, é advogada graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É especialista, mestre e doutoranda em Ciências Criminais, todas pela mesma instituição. Foi integrante do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul entre 2002 e 2011 e professora da Faculdade de Direito de Porto Alegre (Fadipa).

Márcio Gontijo

Conselheiro desde 21 de agosto de 2001

Nascido em Belo Horizonte/ MG, em 02 de julho de 1951, é advogado público de carreira e pertencente aos quadros da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça desde 1976. É representante dos anistiados políticos na Comissão de Anistia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, é o decano da Comissão de Anistia, tendo, ainda, acompanhado a criação da Comissão Especial de indenização dos familiares dos mortos e desaparecidos políticos.

Marina da Silva Steinbruch

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em São Paulo/SP, em 12 de abril de 1954, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Atuou como defensora pública da União por 22 anos.

Mário Albuquerque

Conselheiro desde 22 de outubro de 2009

Nascido em Fortaleza/CE, em 21 de novembro de 1948, é membro da Associação Anistia 64/68. Atualmente preside a Comissão Especial de Anistia Wanda Sidou do Estado do Ceará.

Narciso Fernandes Barbosa

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Maceió/AL, em 17 de setembro de 1970, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e possui especialização em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba. É advogado militante nas áreas de Direitos Humanos e Segurança Pública.

Nilmário Miranda

Conselheiro desde 1º de fevereiro de 2012

Nascido em Belo Horizonte/ MG, em 11 de agosto de 1947, é jornalista e mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi deputado estadual, deputado federal e ministro da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH – 2003/2005). Quando deputado federal, presidiu a Comissão Externa para Mortos e Desaparecidos Políticos. Foi autor do projeto que criou a Comissão de Direitos Humanos na Câmara, a qual presidiu em 1995 e em 1999. Representou, por sete anos, a Câmara dos Deputados na Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos. É membro do Conselho Consultivo do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado “Memórias Reveladas”. Atualmente, é presidente da Fundação Perseu Abramo.

Prudente José Silveira Mello

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Curitiba/PR, em 13 de abril de 1959, é graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná e doutorando em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Advogado trabalhista de entidades sindicais de trabalhadores desde 1984, atualmente leciona nos cursos de pós-graduação em Direitos Humanos e Direito do Trabalho do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc).

Rita Maria de Miranda Sipahi

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida em Fortaleza/CE, em 23 de fevereiro de 1938, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Recife. É servidora pública aposentada pela Prefeitura do Município de São Paulo. Possui experiência em Planejamento Estratégico Situacional e já desenvolveu trabalhos na área de gestão como supervisora geral de desenvolvimento de pessoal da Secretaria do Bem-Estar Social da Prefeitura de São Paulo. Participa do Núcleo de Preservação da Memória Política de São Paulo/Coletivo de Mulheres.

Roberta Camineiro Baggio

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Santos/SP, em 16 de dezembro de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente, é professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS.

Rodrigo Gonçalves dos Santos

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Santa Maria/RS, em 11 de julho de 1975, é advogado graduado e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor licenciado do Centro Universitário Metodista Isabela Hendrix de Belo Horizonte. Atualmente, é consultor da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Vanda Davi Fernandes de Oliveira

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Estrela do Sul/MG, em 31 de junho de 1968, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e doutoranda em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha). É membro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais.

Virginus José Lianza da Franca

Conselheiro desde 1º de agosto de 2008

Nascido em João Pessoa/PB, em 15 de agosto de 1975, é advogado graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, especialista em Direito Empresarial e mestrando em Direito pela mesma instituição. Atualmente, é coordenador-geral do Conselho Nacional de Refugiados do Ministério da Justiça (Conare). Ex-diretor da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados – Seccional Paraíba. Ex-procurador do Instituto de Terras e Planejamento Agrário (Interpa) do Estado da Paraíba. Igualmente, foi secretário-executivo do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP).

SUMÁRIO

- ▶ 10 **APRESENTAÇÃO**
QUATRO ANOS DA REVISTA ANISTIA – REFLEXÕES E PERSPECTIVAS
PAULO ABRÃO & MARCELO D. TORELLY
- ▶ 22 **ENTREVISTA**
10 ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: SYLVIA STEINER RESPONDE
- ▶ 38 **ARTIGOS ACADÊMICOS**
- ▶ 40 **CRIMES INTERNACIONAIS E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: ONDE O CRIME ORGANIZADO SE ENCAIXA?**
STEPHAN PARMENTIER
- ▶ 58 **“QUEM É O MACHO QUE QUER ME MATAR?”: HOMOSSEXUALIDADE MASCULINA, MASCULINIDADE REVOLUCIONÁRIA E LUTA ARMADA BRASILEIRA DOS ANOS 1960 E 1970**
JAMES N. GREEN
- ▶ 94 **O LEGADO DE LELIO BASSO NA AMÉRICA DO SUL E SEUS ARQUIVOS DE ROMA: AS PARTICULARIDADES HISTÓRICAS DAS TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS**
ALBERTO FILIPPI
- ▶ 130 **DOSSIÊ: 10 ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**
- ▶ 132 **INTRODUÇÃO: QUEM TEM MEDO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL?**
MARCOS ZILLI
- ▶ 154 **O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO**
FLAVIA PIOVESAN E DANIELA RIBEIRO IKAWA
- ▶ 194 **A IMPLANTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO CONTINENTE AMERICANO: UM OLHAR SOBRE ALGUNS ESFORÇOS, AVANÇOS E DESAFIOS**
FRANCESCA VARDA
- ▶ 212 **OS DESAFIOS DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. UM BALANÇO DOS 10 ANOS DA ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**
SYLVIA STEINER E ANIA SALINAS CERDA

- ▶ 256 **O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E AS ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL NA FASE DE EXAME PRELIMINAR: POR QUE A CORTE PENAL INTERNACIONAL MANTÉM SEU EXAME PRELIMINAR, MAS NÃO INICIA UM INQUÉRITO SOBRE A SITUAÇÃO NA COLÔMBIA?**
HÉCTOR OLÁSULO ALONSO
- ▶ 310 **RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL PELO ARTIGO 25(3)(D) DO ESTATUTO DE ROMA**
HELOÍSA ESTELLITA E MARIANA TUMBIOLO TOSI
- ▶ 340 **PRINCIPAIS FIGURAS DA IMPUTAÇÃO A TÍTULO DE AUTOR EM DIREITO PENAL INTERNACIONAL: EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA, COAUTORIA PELO DOMÍNIO FUNCIONAL E COAUTORIA MEDIATA**
ALICIA GIL GIL
- ▶ 374 **O IMPACTO DA REGRA SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DOS ESTADOS SE JUSTIFICA?**
FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO
- ▶ 400 **VIOLÊNCIA SEXUAL NOS CONFLITOS ARMADOS E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL**
KAI AMBOS
- ▶ 438 **ESPECIAL**
A DIGITALIZAÇÃO DOS FUNDOS DO TRIBUNAL RUSSELL II – DE UM ARQUIVO ITALIANO À MEMÓRIA DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA
FUNDAÇÃO LÉLIO E LISLI BASSO – ISSOCO
- ▶ 460 **DOCUMENTOS**
- ▶ 462 **SENTENÇA I - TRIBUNAL RUSSELL II SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA**
- ▶ 480 **SENTENÇA II - TRIBUNAL RUSSELL II SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA BRUXELAS, JANEIRO DE 1975**
- ▶ 518 **SENTENÇA III - TRIBUNAL RUSSELL II SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA ROMA, JANEIRO DE 1976**
- ▶ 564 **NORMAS EDITORIAIS**



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



PÚBLICO SESSÃO DE JULGAMENTO,
62ª CARAVANA DA ANISTIA,
PUC-RJ, 08 DE OUTUBRO DE 2012.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

APRESENTAÇÃO

PAULO ABRÃO &
MARCELO D. TORELLY





APRESENTAÇÃO

QUATRO ANOS DA REVISTA ANISTIA – REFLEXÕES E PERSPECTIVAS

Temos a alegria de apresentar a oitava edição da Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Criada em 2009 com o intuito de fortalecer o diálogo em torno da temática, a publicação se propôs a ser, a um só tempo, um espaço para o debate das atualidades do campo, por meio de artigos inéditos e entrevistas, mas também um espaço para a apresentação, em português, de textos canônicos publicados no estrangeiro, e de documentos técnicos, políticos e judiciais de difícil acesso para o leitor brasileiro.

Desenhada com especial ênfase no fortalecimento das relações e intercâmbio de conhecimentos no Sul Global, a publicação tornou-se internacionalmente reconhecida, recebendo contribuições oriundas de países tão distintos quanto África do Sul, Alemanha, Argentina, Chile, Colômbia, El Salvador, Espanha, Estados Unidos, França, Guatemala, Inglaterra, Itália, México, Peru, Portugal e Suíça.

Os cinco *dossiês temáticos*, publicados pela Revista nos números 01, 02, 03, 04 e 06, cumpriram a função de fornecer ao leitor literatura de referência sobre temas estratégicos, num momento em que poucos textos sobre o assunto estavam disponíveis no Brasil. Foi assim que o primeiro, *O que é Justiça de Transição*, lançou as

bases gerais para o debate ampliado, sendo seguido por dossiês específicos enfocando as dimensões da “Memória Histórica”, “Reparação às Graves Violações contra os Direitos Humanos” e “Justiça”. Em acréscimo, temos um dossiê exclusivamente dedicado aos “Novos Temas” emergentes na agenda dos processos transicionais da América Latina na contemporaneidade.

Abrindo espaço para autores prestigiados, além de jovens pesquisadores (inclusive de iniciação científica), a Revista passou ainda a publicar *matérias especiais* apresentando, analisando e debatendo políticas públicas inéditas e relevantes desenvolvidas no Brasil. Desta forma, um público ampliado pode conhecer melhor as *Caravanas da Anistia*, que tornaram o programa brasileiro de reparações itinerante, levando os pedidos públicos de desculpas do Estado para os locais onde as violações foram praticadas; o *Memorial da Anistia*, primeiro sítio nacional dedicado à reflexão e memória sobre o autoritarismo e suas consequências para o Brasil; o *Idejust*, grupo de estudo interinstitucional sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição mantido pela Comissão de Anistia em parceria com o Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, reunindo, hoje, mais de 200 pesquisadores e tendo, já, realizado sete reuniões nacionais em São Paulo, Brasília, Curitiba, Porto Alegre e Belo Horizonte; o projeto *Marcas da Memória - História Oral da Anistia no Brasil*, que vem coletando em áudio e vídeo depoimentos de personagens essenciais da luta pela anistia e contra a ditadura, em uma iniciativa conjunta do Ministério da Justiça, do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, e das universidades federais do Rio de Janeiro

(UFRJ), Rio Grande do Sul (UFRGS) e Pernambuco (UFPE); e, ainda, sobre o *fundo iconográfico do Centro de Documentação e Memória da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho (CEDEM/UNESP)*, que reúne uma das mais vastas coleções de cartazes, brasileiros e estrangeiros, das campanhas pela anistia no Brasil (cartazes estes que ilustraram muitas de nossas publicações e preencheram, em diversas oportunidades, as páginas desta coleção de revistas).

A partir da apreciação do conjunto de entrevistas e documentos que compuseram todas as edições publicadas até o momento, pode-se perceber o quanto a orientação geral de combinar conteúdo inédito e consolidado foi plena de êxito. E, assim, torna-se possível ao leitor, além de aproximar-se da obra de importantes acadêmicos internacionais, conhecer as impressões de atores públicos estratégicos sobre temas candentes da agenda doméstica e latino-americana, tais como programas de reparações, comissões da verdade e processos tramitados na justiça.

Entre os entrevistados, tivemos a honra de contar com ex-membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e com a Secretária Executiva da Comissão da Verdade da ONU para El Salvador. Além do diretor para as Américas do Centro Internacional para a Justiça de Transição, o relator independente da ONU para desaparecimentos forçados e de consagrados catedráticos de faculdades de direito brasileiras e estrangeiras.

O conjunto de 17 documentos com tradução inédita para o português, somado aos outros sete documentos

nacionais de referência publicados nos últimos quatro anos, reuniu literatura especializada da Organização das Nações Unidas, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de organizações não governamentais internacionais, de governos e parlamentos de distintos países, do Ministério da Justiça, da Justiça Federal e do Ministério Público Federal. Estimulando-se, desta maneira, não só a reflexão sobre nossas práticas e inovações institucionais, mas também o olhar comparativo e o aprendizado com as lições concretas de outros processos domésticos e internacionais de busca por fortalecimento democrático.

Na presente edição, além de nosso aniversário de quatro anos, comemoramos dois fatos relevantes. Os dez anos de criação do Tribunal Penal Internacional e a digitalização e disponibilização, no Brasil, do fundo documental do II Tribunal Russell sobre violações de Direitos Humanos na América Latina, constituído em Bruxelas e em Roma nos anos 1970.

O II Tribunal Russell foi uma das mais importantes mobilizações da comunidade internacional contra o autoritarismo na América Latina. Idealizado pelo senador italiano Lelio Basso e contando com a participação de diversos intelectuais e ativistas, como Gabriel García Márquez e Jean Paul Sartre, para citar apenas dois, o tribunal popular reuniu evidências sobre a prática de violações contra os direitos humanos em diversos países da região. E isto se deu em um momento em que a imprensa local restava censurada e as ditaduras procuravam bloquear processos de mobilização internacional, negando a prática das violações.

A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e a Fundação Lelio e Lisli Basso - ISSOCO, com o apoio da Embaixada do Brasil em Roma, firmaram acordo para digitalizar todo o fundo documental do Tribunal, arquivado na sede da Fundação em Roma. Como consequência, os documentos que, até o momento, são considerados inéditos, passam a ser acessíveis para o público no Memorial da Anistia Política, em Belo Horizonte. Ainda, com apoio da Universidade Federal da Paraíba, está sendo implantado um sistema de indexação que permite que pesquisadores localizem, no acervo da Comissão de Anistia, processos relacionados às violações denunciadas pelo tribunal internacional, criando-se, assim, um mecanismo privilegiado para a pesquisa histórica.

Ao folhear a presente edição da Revista Anistia, além das habituais imagens das atividades públicas realizadas pela Comissão durante o semestre alusivo à publicação, o leitor encontrará um rico acervo fotográfico sobre o Tribunal. Essas imagens compõem uma pequena amostra daquilo que estará brevemente disponível a todos os visitantes do Memorial da Anistia.

A luta por justiça internacional também é patente na série de estudos alusivos aos dez anos do Tribunal Penal Internacional. Criado pelo Estatuto de Roma, em 1998, o Tribunal é produto não apenas da vontade dos estados, mas também de uma ampla mobilização da sociedade civil internacional que uniu esforços para a construção de um mecanismo anti-impunidade abrangente e globalmente reconhecido.

Inúmeras reflexões de especialistas latino-americanos e europeus sobre a implementação do Tribunal e uma entrevista exclusiva com Sylvia Steiner, juíza brasileira com assento na referida Corte, complementam o conjunto de assuntos abordados. O material, aqui reunido, permite, portanto, além de uma introdução às principais questões doutrinárias e jurisprudenciais que emergiram desta primeira década de atuação da Corte em Haia, leituras críticas sobre déficits de implementação e medidas a serem adotadas para o contínuo aprimoramento dos trabalhos do Tribunal.

Finalmente, a presente edição não se abstém de trazer ao leitor reflexões relevantes sobre temas pouco explorados da justiça transicional. Enquanto, em números anteriores, foram exploradas questões como as violações de gênero por regimes autoritários, o tema da construção de estratégias apropriadas para sua reparação e processamento também foi contemplado. Bem como a cumplicidade financeira entre atores econômicos e ditaduras, ações não estatais de promoção da memória histórica e a arte ativista como meio de protesto e luta contra a impunidade. Hoje, apresentamos estudos produzidos no exterior sobre duas novas pautas: a criminalidade organizada como foco das medidas de justiça transicional e as relações entre sexualidade, resistência e autoritarismo durante a ditadura brasileira. Dois temas que nos levam a refletir sobre a necessidade de se produzir mudanças na arquitetura institucional durante os processos transicionais, e, também, incidir sobre processos culturais, em busca de afirmação democrática.

As abordagens transdisciplinares e holísticas que caracterizaram esses quatro primeiros anos da Revista Anistia procuram traduzir a visão que a Comissão de Anistia tem da Justiça de Transição. De um lado, não entendemos a Justiça de Transição como uma “justiça de segunda classe”, feita para oferecer às vítimas uma espécie de “segunda melhor alternativa”, perante as violações. De outro, também não a vemos como uma forma de “justiça política dos vencedores”, onde um determinado grupo busca vingança contra aqueles com quem divergia no passado.

Em nosso entender, o fenômeno autoritário, quando elevado à escala que teve (e tem) o autoritarismo praticado por estados, desorganiza não só o sistema jurídico ou a administração pública, mas todo o conjunto da sociedade. A própria moralidade pública é impactada pelo autoritarismo de maneira radical, permitindo a desconsideração e, até mesmo, o extermínio do outro de maneira institucionalizada.

Os sistemas de justiça ordinários, pensados para funcionar na democracia, não dispõem de mecanismos abrangentes capazes de lidar de forma eficaz contra esse amplo legado. Advém daí a ideia de uma *justiça transicional* pensada não para lidar com conflitos interindividuais (como o judiciário), mas com conflitos em grande escala. Uma forma de justiça focada prioritariamente na vítima, para que o processo de justiça não a revitimize. Uma justiça *extraordinária* que não perde de vista que, mesmo quando lida com casos individuais, está na verdade tratando de um legado autoritário que recai não apenas sobre os afetados diretos, mas sobre toda a sociedade. Uma forma de justiça,



finalmente, que não engloba, exclusivamente, a busca por uma reparação integral que sabemos impossível, mas abrange, em acréscimo, a promoção de uma cultura cívica e democrática e, especialmente, a construção de mecanismos de não repetição.

Esperamos que o trabalho de todos aqueles que, originários de distintas partes do Brasil e do mundo, contribuíram para a construção deste periódico seja útil, portanto, para a *reflexão* sobre o autoritarismo, a democracia, e as transições, e, ainda, para a melhoria das *práticas* correntes de enfrentamento diante dos legados ditatoriais.

Procuramos construir esta revista como um foro plural dentro do campo da justiça de transição, abrindo-a a distintos debates e posições. Assim, seguimos em frente imbuídos da esperança de que este processo possa ser aprofundado nos próximos anos.

Brasília, julho de 2013

Paulo Abrão

Secretário Nacional de Justiça
Presidente da Comissão de Anistia

Marcelo D. Torelly

Coordenador-Geral
Revista Anistia Política e Justiça de Transição



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.





TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



63ª CARAVANA DA ANISTIA, CURITIBA/PR,
25 DE OUTUBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

ENTREVISTA
SYLVIA STEINER



**10 ANOS DO TRIBUNAL
PENAL INTERNACIONAL:
SYLVIA STEINER RESPONDE**



10 ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SYLVIA STEINER RESPONDE

A brasileira Sylvia Steiner é, desde 2003, Juíza do Tribunal Penal Internacional em Haia, Holanda. Antes de integrar o TPI, a Dra. Steiner já exercia a Magistratura no Brasil, tendo também atuado como Procuradora Federal. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e integrante da Associação de Juízes pela Democracia (AJD), tem diversos trabalhos sobre Direito Penal e Direitos Humanos publicados no país e no exterior.

Em entrevista concedida com exclusividade ao Professor Marcos Zilli, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a Dra. Steiner aborda temas que veem enriquecer os debates desta edição da Revista Anistia, comemorativa pela passagem dos 10 anos de criação do Tribunal Penal Internacional.

Marcos Zilli (MZ): Quais foram as principais dificuldades enfrentadas pelo TPI em seus primeiros anos de atividade?

Sylvia Steiner (SS): As dificuldades foram muitas, e de diversas naturezas. Primeiramente, tivemos as dificuldades de adaptação dos novos juízes e da

Promotoria a um sistema processual novo, híbrido, distinto daqueles até então existentes nos sistemas nacionais e nos Tribunais *ad hoc*. Para a promotoria, surgiram os desafios em investigar situações nas quais os conflitos armados ainda estavam em andamento,



SYLVIA STEINER
FONTE: DIVULGAÇÃO.

dificultando, portanto, a colheita de provas e a oitiva de testemunhas potenciais. Além da necessidade de se estabelecerem mecanismos de cooperação com os Estados.

Para os juízes, por outro lado, a aplicação das regras processuais referentes à fase preliminar do processo exigiu um esforço descomunal para a criação de mecanismos de proteção às testemunhas. E isto sem falar no estabelecimento de protocolos que regulassem a comunicação das provas da acusação à defesa, no estabelecimento das regras para a atuação judicial no procedimento, entre tantas outras dificuldades. Só quando ocorreu a aplicação das Regras

de Procedimento e Prova é que pudemos verificar as contradições existentes entre certos dispositivos legais. Tivemos que discutir muito sobre como interpretá-las de forma a garantir que nenhum dos sistemas legais existentes prevalecesse sobre os demais, assegurando, assim, essa natureza híbrida e universalista do Tribunal.

MZ: Antes de assumir o cargo de juíza do TPI, você teve uma destacada carreira jurídica no Brasil, exercendo diferentes funções e ocupando diferentes cargos. Esta experiência, construída a partir da perspectiva do direito e da jurisdição nacional, trouxe alguma dificuldade no exercício diário da jurisdição internacional?

SS: Pelo contrário. Creio que a experiência prévia como advogada, como membro do Ministério Público e como magistrada, no plano do sistema legal interno, facilitou, para mim, a compreensão do sistema legal internacional. Bem como o entendimento sobre a combinação de normas cuja origem é mais ligada aos sistemas de *common law* ou de *civil law*, e o conhecimento adquirido durante a fase de preparação das Regras de Procedimento e de Prova.

Esse conjunto de regras não reflete apenas uma somatória de regras dos dois principais sistemas legais conhecidos, mas sim a construção de um procedimento híbrido, *sui generis*. Nesse ponto, a experiência anterior

facilitou a compreensão das diversas formas de agir possíveis.

Interpretar normas é o que se aprende no exercício diário da função judicial. E, como eu disse, uma das grandes dificuldades dos primeiros juizes do TPI foi a de estabelecer os princípios de interpretação das normas estatutárias, das regras processuais e a combinação de umas e outras. Sendo que tudo isso resultou em atitudes que estiveram de acordo com os *standards* internacionais de direitos humanos.

MZ: Seria possível citar exemplos em que a aplicação do direito penal internacional pelo TPI tenha se distanciado, consideravelmente, de postulados consagrados pela jurisprudência brasileira?

SS: São muitos os exemplos, até mesmo porque o sistema penal e processual do tribunal é distinto dos sistemas nacionais, sejam eles sistemas como o nosso ou mais vinculados ao *common law*. Do ponto de vista do direito substantivo, poderia citar, como exemplo, a interpretação mais flexível do princípio da legalidade estrita. No caso dos crimes de guerra, há aqueles que são referidos apenas como “graves violações das Convenções de Genebra de 1949” (Estatuto de Roma, artigo 8(2) (a)), além de “outras graves violações das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados de caráter internacional dentro do quadro do direito internacional” (artigo 8(2)(b)).

No entanto, alguns tipos penais abertos são aceitos com mais naturalidade. É o exemplo do artigo 7(1)(k), que prevê, para além das condutas indicadas como crimes contra a humanidade, “outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou lesões físicas graves ou à saúde física ou mental”.

É de lembrar-se que a aplicação e interpretação de quaisquer normas podem decorrer da aplicação dos “tratados aplicáveis e princípios e regras do direito internacional, inclusive os princípios estabelecidos pela lei internacional dos conflitos armados” (artigo 21(1)(b)). É certo que o artigo 22 do Estatuto, ao prever o princípio do *nullum crimen sine lege*, proíbe a interpretação extensiva, estabelecendo, ademais, que em caso de ambiguidade a interpretação deverá ser *pro reo*.

Outro exemplo bastante significativo é o do sistema de cominação de penas, o qual, no Estatuto, restringe-se, apenas, ao que convencionaríamos chamar de “individualização judicial”. Ou seja, não há o que, para nós, se constitui no “sistema trifásico” de individualização das penas. Além disso, o legislador estatutário não fixou, para cada crime, um patamar mínimo e um limite máximo de sanção penal.

Na verdade, dispôs que o juiz, dentro do limite máximo de 30 anos, aplicará



a pena. Levando em conta, para tanto, fatores como a gravidade e a natureza do crime, a extensão do dano causado, os meios utilizados na prática do crime, o grau de dolo, as circunstâncias de tempo, de lugar e de maneira pelas quais o delito foi praticado, a idade e a condição social, educacional e econômica do acusado e as circunstâncias individuais da pessoa condenada (artigo 78(1) do Estatuto, e Regra 145 das Regras de Procedimento e de Prova).

Em resumo, alguns dos postulados que temos como “intocáveis” no sistema penal interno podem ter uma interpretação mais flexível no plano internacional. E isto acontece porque as fontes do direito aplicável no Tribunal são, além do próprio Estatuto, os tratados de direito humanitário, os princípios gerais de direito internacional e, somente quando necessário, as normas dos sistemas legais nacionais, sempre que estas sejam consistentes com os padrões internacionalmente reconhecidos de direitos humanos.

MZ: Um órgão jurisdicional internacional que clama por uma universalidade inevitavelmente assume uma dimensão multicultural. Os critérios de representatividade geopolítica dos juízes são um exemplo que conduzem a esta diversidade. Como foi possível harmonizar, no exercício diário da jurisdição, perspectivas por vezes tão distintas do direito?

SS: Essa foi uma das grandes dificuldades enfrentadas pelos primeiros juízes do Tribunal. Não só o sistema penal e processual penal do Tribunal são híbridos, como também os sistemas legais conhecidos e experimentados pelos juízes são distintos entre si.

Por certo, cada um tem a tendência de interpretar e aplicar a lei conforme a sua experiência, e conforme os postulados sempre tidos, em seu sistema nacional, como sendo os únicos permitidos num sistema legal de um Estado de Direito. Entender – e aceitar – que outros sistemas legais sigam postulados distintos é um exercício de humildade, de abertura de mente e de espírito, de aprendizado, enfim.

Lembro-me de um exemplo: ao elaborar o Regimento Interno do Tribunal, muitos juízes não entendiam o nosso conceito de “juiz natural”. Para eles, seria o mesmo que “juiz competente”. Pelo sistema do Tribunal, a cada novo caso remetido a julgamento, é a Presidência que compõe uma Sala de Julgamento, escolhendo os juízes de acordo com a distribuição geográfica, com o equilíbrio dos sistemas legais, com a sua especialidade, e até mesmo com a sua disponibilidade.

Juízes como eu viam, nessa norma, uma violação grave ao princípio do juiz natural, tal como o entendemos. Já para outros, esse método é natural, conveniente, e não viola o princípio da independência

judicial. Não podemos, em verdade, afirmar que todos os sistemas distintos dos nossos são potenciais violadores de direitos fundamentais, pois provêm, eles também, de Estados de Direito em que tais direitos fundamentais são consagrados e respeitados. Esse respeito a sistemas distintos do nosso está na base da dimensão universalista e multicultural do Tribunal.

MZ: As primeiras experiências da Justiça Penal Internacional (Nuremberg e Tóquio) foram marcadas por uma prevalência dos modelos jurídicos de tradição anglo-saxônica. Há certo consenso em se apontar o Estatuto de Roma como um modelo de equilíbrio entre os sistemas jurídicos ocidentais. Este apontado equilíbrio se reflete na prática?

SS: Eu prefiro continuar afirmando que se criou, com o Estatuto, um sistema *sui generis*, pois as suas regras não se restringem a uma combinação balanceada de regras dos dois principais sistemas legais ocidentais. Na verdade, a forma pela qual o sistema é interpretado tem muito mais a ver com essa separação entre normas dos dois sistemas. Não há como negar que os Tribunais *ad hoc*, em especial o ICTY, acabaram por reformar várias vezes suas normas de procedimento até o ponto em que temos, hoje em dia, um sistema procedimental quase que idêntico ao modelo dos tribunais do *common law*. Só falta mesmo o júri... Se aplicarmos as regras processuais do TPI, tal como previstas em

lei, vemos que o sistema não permite que um ou outro modelo predomine.

Aplicamos, por exemplo, um sistema de comunicação de provas (*disclosure*) muito semelhante ao sistema anglo-saxão, mas a atuação das partes e dos juízes nos atos do procedimento segue mais o modelo acusatório que o modelo adversarial. Isso porque os juízes assim o estabeleceram em seus primeiros julgados. Os juízes têm uma atitude proativa e podem, inclusive, determinar a produção de provas, pois devem buscar a “verdade real”, e não contentar-se apenas com as provas trazidas pelas partes. Isso não os impede de aplicar, ao final do caso, o padrão “*beyond reasonable doubt*” para a condenação...

MZ: Todos os casos que estão sendo alvo de processos do TPI estão concentrados em um único continente. Passados dez anos, há riscos de o TPI vir a tornar-se uma Justiça seletiva? Há riscos de inaugurarmos um novo processo de colonização pela via da dominação jurídica?

SS: Essa questão sempre surge nos diversos debates a que compareço. E a resposta que dou é sempre a mesma: o TPI não se presta a tornar-se uma justiça seletiva. O sistema de complementaridade do TPI, no entanto, pode gerar uma situação tal como a que temos atualmente, em que apenas casos oriundos de situações de conflito no continente africano estão em andamento.

Primeiramente, temos que lembrar que o TPI só pode exercer jurisdição sobre crimes ocorridos em territórios de Estados-partes – ou por nacionais de Estados-partes – à exceção das situações remetidas pelo Conselho de Segurança da ONU. Só essa limitação, decorrente do regime de adesão voluntária dos Estados ao Estatuto de Roma, já excluiria o exercício da jurisdição sobre crimes eventualmente perpetrados em vários conflitos armados que estão atualmente em curso em diferentes partes do mundo.

Em segundo lugar, ainda que o TPI tenha competência para investigar e julgar certos crimes, o teste da complementaridade tem que ser aplicado. Isso significa que o TPI só pode exercer a sua jurisdição se o Estado que tem jurisdição para conhecer dos fatos não os está investigando ou processando. A jurisdição primária dos Estados tem primazia e preferência. Esta é uma característica única do TPI e que o distingue dos Tribunais *ad hoc*. Então, se me perguntam, a exemplo, porque o TPI não levou a julgamento soldados britânicos acusados da prática de crimes alegadamente cometidos por eles no Iraque? A resposta é simples: os acusados foram levados a julgamento pelos órgãos jurisdicionais britânicos!

Em relação às situações e casos atualmente em andamento, quero também lembrar que, à exceção das situações da Líbia e do Sudão, que

foram enviadas ao TPI pelo Conselho de Segurança da ONU, e da situação de Kenya, cuja investigação iniciou-se por iniciativa do promotor do TPI, todas as outras situações foram remetidas ao TPI pelos próprios Estados africanos, que entenderam não terem, eles mesmos, condições de exercer sua jurisdição primária. Foram os Estados, portanto, que vieram a nós. Não foi o TPI que saiu à caça de casos em Estados do continente africano...

Finalmente, creio que as vítimas dos inúmeros conflitos que ora se sucedem em continente africano merecem, sim, que um tribunal internacional do gabarito do TPI se ocupe das situações que geram milhares e milhares de vítimas.

MZ: Um dos pontos centrais da efetividade da Justiça é a sua proximidade com o palco dos acontecimentos, de modo que possa ela ser sentida e percebida por aqueles que estão a ela sujeitos. Você acha que o distanciamento geográfico do TPI dificulta esta percepção de Justiça pelas sociedades atingidas?

SS: O TPI tem uma preocupação muito grande, não apenas por “fazer justiça”, mas por mostrar que a justiça está sendo feita. Isso é essencial para as vítimas dos conflitos, que têm o direito à verdade e à reparação. Há um programa no TPI, que chamamos de *outreach*, que assegura que, em primeiro lugar, as sessões de julgamento sejam transmitidas ao vivo e, se possível, nas localidades mais atingidas.

Há também os escritórios locais de atendimento às vítimas, que recebem toda informação sobre o direito de participarem nos atos do procedimento. As comunidades atingidas são igualmente acompanhadas e instruídas por diversas ONGs que acompanham o dia a dia dos procedimentos perante o TPI.

As vítimas, através de seus representantes legais – geralmente advogados locais, inscritos na lista de advogados do TPI – podem pedir a produção de provas, podem juntar documentos, podem enfim participar ativamente dos atos do processo, independentemente da manifestação ulterior relativamente à reparação. Essas são formas – também inéditas no plano internacional – adotadas pelo TPI para levar às vítimas a percepção de que a justiça está sendo feita e, mais do que isso, de permitir-lhes efetiva participação.

MZ: A não adesão de alguns Estados Nacionais ao sistema punitivo internacional – sendo que, reconhecidamente, estes estados exercem um protagonismo no cenário mundial – enfraquece a missão do TPI? É possível ainda concretizar o ideal de sedimentação de uma Justiça Penal Internacional verdadeiramente universal?

SS: Por certo que o objetivo de uma corte internacional é o de tornar-se realmente universal. Mas, não creio

que a ausência de alguns Estados que têm uma posição impar no cenário internacional tenha enfraquecido o TPI. Em cerca de dez anos, o Estatuto de Roma atingiu um número sem precedentes de adesões. Somos, hoje, 122 Estados-partes. Todo o continente europeu, quase toda a América Latina, a maioria dos países africanos, além de países como o Japão, a Coreia do Sul, as Filipinas, o Canadá, a Austrália, a Tunísia e a Jordânia.

As resistências ativas, durante o primeiro período de ratificações, transformaram-se numa não adesão passiva. Creio que, na medida em que o TPI revele à comunidade internacional – como vem fazendo – a sua vocação de tribunal apolítico, independente, imparcial – mais e mais Estados vão aderir ao Estatuto.

O Tribunal começou a funcionar, efetivamente, em 2006, quando o primeiro caso foi trazido aos juízes. É um tribunal ainda recém-nascido, muito jovem. É compreensível que ainda seja visto com certa apreensão, desconfiança. A regulamentação do crime de agressão mesmo com as suas dificuldades, é prova de que a comunidade internacional ainda busca meios de conciliar as várias instâncias, sem que umas se sobreponham às outras. Eu creio, sinceramente, que o tempo mostrará que a vocação universalista do TPI pode ser realizada. Não só pode: deve.

MZ: Um dos argumentos comumente invocados em favor da complementaridade da jurisdição do TPI repousa no incentivo indireto que é dado aos Estados Nacionais no sentido de aprimorarem os seus respectivos sistemas punitivos para alcançarem os crimes internacionais e os seus responsáveis. Este ideal vem sendo atingido?

SS: Creio que esse é o coração do sistema de complementaridade. O incentivo ao exercício da jurisdição primária é mais do que um simples incentivo. A ratificação impõe, mesmo aos Estados, a obrigação de implementar as normas do Estatuto em sua legislação interna, a fim de que os Estados possam exercer sua jurisdição primária no caso de cometimento dos crimes previstos no Estatuto.

A implementação é a melhor garantia dada aos Estados no sentido de impedir a atuação do TPI. Até onde sei, não são muitos os Estados que implementaram, até agora, o Estatuto de Roma. No Brasil, o projeto de lei de implementação, que já havia passado pela aprovação de todas as Comissões do Senado e da Câmara dos Deputados, e estava pronto para ir à votação, foi retirado de pauta a pedido, segundo informações que recebi, pelo coordenador do projeto de reforma do Código Penal, que pretenderia integrar as normas de implementação a esse sempre futuro – e incerto – projeto de novo Código Penal.

Pessoalmente, acho que foi uma perda, um retrocesso muito grande, pois as normas legais de implementação do Estatuto não cabem, a meu ver, no Código Penal. Há a necessidade de descrição típica de dezenas de tipos penais, em especial de crimes de guerra.

Há normas procedimentais muito específicas, além de normas relativas à complementaridade, à cooperação entre o juízo nacional e o TPI, ao sistema de consultas, à não previsão de imunidades, à responsabilidade penal por ato de terceiros e por condição de comando. Enfim, todo um sistema de necessária adequação de um procedimento específico para os chamados crimes internacionais que, a meu ver, estaria muito mais adequado se previsto numa lei especial. É de lembrar-se que a implementação incompleta ou incorreta de normas do Estatuto de Roma pode abrir as portas à jurisdição complementar do TPI para chamar a si um caso, se a ausência ou imperfeição da norma de direito interno tornar o judiciário nacional incapaz de julgá-lo.

MZ: Os Tribunais Internacionais Mistos podem ser uma alternativa possível para o aprimoramento da Justiça Penal Internacional?

SS: Dentro do que se convencionou chamar de Justiça de Transição, a regra a ser seguida pelos Estados é a de assegurar a apuração dos fatos, garantindo-se, assim, o direito à verdade.

E a punição dos maiores responsáveis, com vistas a quebrar o ciclo de impunidade, e como fator de prevenção geral e especial.

Não são poucos os instrumentos internacionais que estabelecem cláusulas expressas de jurisdição universal para certos crimes, aqueles considerados de *jus cogens*, como os crimes contra a humanidade, o genocídio, os crimes de guerra, o *apartheid*, a tortura. Há autores, como Gerhard Werle, entre outros, que entendem que o direito internacional não somente permite à comunidade internacional e aos Estados que processem e julguem os crimes através do exercício de sua jurisdição universal, como também impõe essa obrigação em certas circunstâncias.

Também a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua célebre decisão no caso Velazques Rodriguez, decidiu que o Estado tem o dever legal de prevenir violações de direitos humanos, de identificar os responsáveis, impor penas aplicáveis, e garantir uma justa indenização às vítimas.

Esses quatro elementos são os mesmos que hoje aparecem como obrigações no plano da Justiça Transicional, ou Justiça de Transição: aquela que se aplica quando uma comunidade sai de uma situação de conflito armado, internacional ou não, e busca a paz, a restauração das instituições e a reconstrução da sociedade. Vale a

pena a leitura e o estudo, nesse sentido, dos *Princípios de Princeton sobre Jurisdição Universal*, e dos *Princípios de Chicago sobre Justiça Pós Conflito*.

A regra, em conclusão, é a de que os Estados, por si só ou em conjunto com a comunidade internacional, têm o dever de processar e julgar os autores de graves violações de direitos humanos e de direito humanitário.

Nesse quadro, o recurso de criação de Tribunais Internacionais Mistos é uma alternativa que atende aos preceitos do direito internacional, os quais garantem o resgate da verdade e a punição dos maiores responsáveis. Outra vantagem, a meu ver, é a de que através dos tribunais mistos, quando instalados no próprio Estado no qual os delitos foram perpetrados, a prova pode ser obtida com mais facilidade.

Igualmente, mesmo que distante do local dos fatos, a presença de juízes internacionais e nacionais na composição desses tribunais assegura, por um lado, a participação, ainda que simbólica, da comunidade internacional. Já por outro lado, permite e facilita a integração do judiciário nacional no cenário do direito penal internacional e dos julgamentos por crimes internacionais.

Não sei se os tribunais mistos serão, num futuro em médio prazo, uma alternativa à justiça internacional. Mas creio que a tendência é a de tê-los funcionando



concomitantemente com os tribunais internacionais. Atuando, especialmente, em casos em que o TPI não tenha competência ou em que a gravidade não justifique a sua atuação.

MZ: Dentro de uma perspectiva de Justiça de Transição, você considera que a atuação do TPI vem contribuindo para os processos de paz nos Estados diretamente atingidos por sua jurisdição?

SS: Como disse, a chamada Justiça de Transição passa necessariamente pelo processo e julgamento dos maiores responsáveis pela prática de crimes de *jus cogens*. O que temos visto, com certa frequência, são grupos – governamentais ou não – que imputam ao TPI, ou aos demais tribunais criados dentro do marco da Justiça de Transição, a qualidade de serem, por vezes, empecilhos aos processos de paz.

Pessoalmente, considero essa afirmação uma grande falácia. Não acredito em processos de paz que culminem com a adoção das chamadas “*blanket amnesties*”. Ou seja: é concedida uma anistia ampla, geral e irrestrita e assegura-se um recomeço como se nada houvera acontecido. A história tem demonstrado a fragilidade desses “acordos de paz” que têm, somente por vezes, a vantagem de por um fim imediato à matança, aos horrores de um conflito armado.

No entanto, tem por certo a desvantagem de produzir uma “paz” geralmente frágil e

pouco duradoura. O ciclo de violência se reinicia a partir de outros grupos rebeldes, pois a criação de um conflito humanitário, seguido de uma “negociação de paz”, é uma forma de se chegar ao poder dentro de certas sociedades. Esse é exatamente o ciclo de impunidade que o direito penal internacional pretende quebrar.

Por outro lado, o direito internacional atual oferece formas alternativas de Justiça de Transição, que não passam necessariamente pelo TPI. Como mencionei, os tribunais mistos são uma alternativa. Junto com as Comissões de Verdade, ou com a justiça tribal ou comunitária, pode-se chegar, ao mesmo tempo, à paz negociada, à punição dos maiores responsáveis, à verdade e à reparação.

Essa é a verdadeira Justiça de Transição: engloba quaisquer formas de justiça, interna, mista ou internacional, formal ou informal, desde que não se aparte da ideia de punição dos maiores culpados, e de alguma forma de reparação às vítimas.

MZ: Você considera a irrenunciabilidade do poder punitivo internacional, que encontra na imprescritibilidade dos crimes a sua mais vigorosa expressão, um elemento dificultador dos processos de paz?

SS: Creio que a resposta à essa pergunta envolve os mesmos argumentos da resposta à pergunta anterior. A imprescritibilidade dos crimes de *jus*

cogens é elemento indispensável para a existência de uma Justiça de Transição. E a quebra do ciclo histórico de impunidade é condição indispensável para o estabelecimento de uma paz duradoura. Além disso, a imprescritibilidade funciona como uma das mais poderosas ferramentas de dissuasão e, portanto, como importante elemento de prevenção geral. A proposta maior do direito internacional moderno é a erradicação da guerra. E a impunidade é um dos obstáculos que deve ser afastado na persecução desse objetivo.

MZ: Quais foram os principais avanços conquistados pelo TPI nestes dez anos?

SS: Em dez anos, o Estatuto de Roma dobrou o número de Estados-partes. Hoje, são 122 os Estados que ratificaram o Estatuto e assumiram a obrigação de implementá-lo no direito interno e de cooperar com o TPI.

Criou-se uma jurisprudência, já bastante abrangente, em matéria penal e processual penal, que abarca questões sobre admissibilidade, complementaridade, imunidades de chefes de Estado. Além disto, inclui, ainda, a interpretação de normas substantivas, a exemplo, daquelas referentes ao dolo e às formas de responsabilidade penal por atos de terceiros imputáveis.

Em matéria processual, tem sido farta e generosa a jurisprudência, em especial das Câmaras Preliminares. Neste âmbito,

são contempladas matérias relacionadas à legalidade de provas, aos direitos do acusado, à proteção de testemunhas e ao princípio da publicidade dos procedimentos, princípios em matéria de participação efetiva de vítimas, etc.

O TPI tem sedimentado uma jurisprudência já existente, inclusive a partir dos dois Tribunais *ad hoc*. Tem, também, inovado em matérias ainda não decididas por estes Tribunais. Tem, igualmente, adotado entendimentos de organizações tais como a Cruz Vermelha, fazendo-os transformar-se em precedentes jurisdicionais.

Além do mais, o Tribunal tem se aproximado cada vez mais das populações atingidas por situações de conflito, ampliando, assim, o universo das comunidades nacionais que conhecem, acompanham e aprovam os procedimentos penais levados a cabo por um tribunal internacional. A existência do TPI contribui para a discussão e o desenvolvimento de propostas alternativas de Justiça de Transição.

A partir de um primeiro caso – o caso *Lubanga* – que começou em 2006, hoje o TPI se ocupa de oito “situações” – assim chamadas as situações de áreas de conflito sob investigação – e dezessete “casos”- ações penais em andamento contra acusados. As primeiras sentenças de mérito foram proferidas – uma de condenação, uma de absolvição –, assim

como a primeira sentença em matéria de reparação às vítimas.

Creio que, em seis anos de funcionamento judicial efetivo, o saldo é bastante positivo, mesmo levando-se em conta as dificuldades inerentes ao exercício de uma jurisdição internacional. O êxito pode ser percebido especialmente em matéria de investigação e proteção de testemunhas em meio a conflitos armados que ainda estão em andamento. E em matéria de cooperação, sempre que os Estados-partes ainda estão buscando a melhor forma de interagir com o TPI.

MZ: E quais são os grandes desafios da Justiça Penal Internacional para os próximos dez anos?

SS: Eu sempre recorro, para responder a essa pergunta, às palavras de Norberto Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos*. Para ele, e o menciono aqui sem citá-lo textualmente, os direitos fundamentais nascem quando podem, e devem nascer. Mas, uma vez nascidos, não têm retorno. Não há como retroagir. Podem ser acrescidos de outros direitos, mas vêm para ficar.

Essa é, em minha opinião, a situação da Justiça Penal Internacional. Fruto de uma lenta evolução, que teve como marco significativo a criação dos Tribunais do pós Segunda Grande Guerra. Estabeleceu, de forma definitiva, a ideia de existência de crimes internacionais, de responsabilidade penal direta dos

indivíduos. E mais: instituiu o conceito da improcedência da exceção derivada da doutrina de Atos do Estado ou de obediência devida, da inexistência de imunidades de Chefes de Estado, e da competência internacional para processar e julgar aqueles que cometeram os mais graves crimes que atentem contra a paz e a sobrevivência da humanidade.

Quanto à esses princípios, eu os incluo entre os princípios de proteção de direitos fundamentais e, portanto, não têm como retroceder. Nesse sentido, creio que o maior desafio da Justiça Penal Internacional é o de motivar os Estados a se capacitarem para exercerem, eles próprios, a jurisdição sobre esses crimes.

E ainda, o de enviar à toda a comunidade internacional a mensagem de que a impunidade não será tolerada. Creio que o TPI, assim como os demais tribunais penais internacionais ou mistos, tem uma função primordial nesse sentido.

Internamente, creio que o principal desafio do TPI é o de aperfeiçoar seu sistema processual, a fim de tornar o processo mais ágil e menos demorado, sem sacrificar os direitos dos acusados. Temos, também, a busca por uma maior interação do TPI com os Estados, a fim de facilitar o sistema de cooperação judicial com o Tribunal. Sistema essencial, já que o TPI depende, fundamentalmente, dessa cooperação para o bom exercício de suas funções.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



TRIBUNAL RUSSELL II.

FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



PÚBLICO NA 2ª TURMA DA CARAVANA DA ANISTIA Nº 65, BELO HORIZONTE/MG, UFMG, 30.11.2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

ARTIGOS ACADÊMICOS



“DE FORMA MAIS ANALÍTICA, A CRIMINOLOGIA PODE CONTRIBUIR PARA O MAPEAMENTO DOS CRIMES DO PASSADO E, PRINCIPALMENTE, DAS SUAS ORIGENS. O RICO ACERVO DE TEORIAS CRIMINOLÓGICAS EXISTENTES SOBRE AS CAUSAS SOCIOLÓGICAS, PSICOLÓGICAS E ATÉ MESMO BIOLÓGICAS DO CRIME PODE SER REVISITADO E SUAS APLICABILIDADES PODEM SER TESTADAS PARA A CATEGORIA DE CRIMES INTERNACIONAIS. ALÉM DISSO, A CRIMINOLOGIA PODE EXPLORAR NOVAS FRONTEIRAS ATRAVÉS DO DESENVOLVIMENTO DE NOVOS MODELOS TEÓRICOS PARA MELHOR ENTENDER TAIS CRIMES INTERNACIONAIS E POLÍTICOS, BEM COMO AS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DE CRIMINOSOS E INFRACTORES.”



CRIMES INTERNACIONAIS E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: ONDE O CRIME ORGANIZADO SE ENCAIXA?

Stephan Parmentier

Professor de Sociologia do Crime, Direito e Direitos Humanos na Universidade Católica de Leuven (Bélgica). Formado pela Universidade Católica de Leuven (Bélgica) e pela Universidade de Minnessota-Twin Cities (Estados Unidos)

INTRODUÇÃO

Mais de 120 conflitos violentos e centenas de milhares de pessoas morreram, desapareceram, se tornaram deficientes ou foram prejudicadas: este é um número cruel, no entanto realista, resultante dos últimos vinte anos desde a queda do muro de Berlim em 1989 (HARBOM e WALLENSTEEN, 2007). Exemplos não faltam, mas basta mencionar o conflito armado na ex-Iugoslávia, as guerras contínuas no leste do Congo e os constantes problemas na região de Israel e da Palestina, assim como na Colômbia. O número exato é difícil de ser apresentado e certamente depende muito das interpretações dadas sobre os conflitos violentos e os danos por eles causados. No entanto, mesmo na ausência de números exatos, fica claro que tais conflitos violentos interferem nas situações de paz, além de envolverem frequentes violações dos direitos humanos, bem como outros crimes.

As observações sobre a natureza de atos abusivos cometidos em conflitos violentos aumentaram significativamente ao longo dos anos. Enquanto a terminologia pós II Guerra Mundial fala mais sobre violações dos direitos humanos, as duas últimas décadas presenciaram uma mudança gradual para crimes de natureza internacional. Esses conceitos certamente não são apenas construções abstratas, pois também apresentam consequências de longo alcance: chamar de um ato uma violação dos direitos humanos implica a responsabilidade dos Estados sob o direito internacional, enquanto chamá-lo de um crime leva à responsabilidade dos indivíduos

sob o direito penal, e de fato os dois títulos podem ser usados ao mesmo tempo (PARMENTIER e WEITEKAMP, 2007).

Os crimes em questão são geralmente graves e tendem a envolver muitas vítimas, atraindo a atenção de várias áreas, incluindo cientistas sociais e políticos (REYCHLER e PAFFENHOLZ, 2001) e advogados criminalistas (BASSIOUNI, 2002). No entanto, por estranho que possa parecer, a criminologia como uma disciplina acadêmica, até recentemente, mostrou pouquíssimo interesse em estudar crimes internacionais. Foca em criminologia e considera crimes internacionais como ponto de partida. Preocupa-se primeiro em esboçar a história deste conceito e o compara com o conceito de crimes políticos e também com as graves violações dos direitos humanos. Em segundo lugar, os crimes internacionais são posicionados em seus contextos políticos da justiça de transição e suas ligações com o crime organizado.

1. DEFININDO OS CRIMES: O QUE ESTÁ EM UM NOME?

O dia 17 de julho de 1998 permanecerá para sempre associado ao conceito de crimes internacionais. Isto porque, neste dia, em Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) foi adotado por vários países. Os anos seguintes presenciaram uma forte campanha para a ratificação do Estatuto, que finalmente entrou em vigor em 1º de julho de 2002, levando à criação imediata do ICC.

O Estatuto de Roma abrange quatro subcategorias de crimes: 1 - genocídio, que significa “atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (Artigo 6); 2 - crimes contra a humanidade, que significa “atos cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”, por exemplo, assassinato, deportação, tortura, crimes sexuais, desaparecimento forçado, etc. (Artigo 7); 3 - crimes de guerra, “principalmente cometidos como parte de um plano ou política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crime”, incluindo violações graves das Convenções de Genebra, de outras leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais, e das leis aplicáveis a conflitos não internacionais (Artigo 8); 4 - crime de agressão, que ainda carece de uma definição clara no Estatuto de Roma (Artigo 5, d). Todos estes acontecimentos mostram a tendência ao afastamento, pelo menos em nível internacional, de uma “cultura de impunidade” para uma “cultura de prestação de contas”, e as ligações entre a justiça, a paz e o desenvolvimento (www.icc-cpi.int).

1.1. CRIMES POLÍTICOS E INTERNACIONAIS

Sem dúvida, os crimes internacionais não foram inventados em Roma, mas possuem vários antecedentes no direito internacional. Lemkin (1944), um estudioso judeu polonês, já na II Guerra Mundial, criou o conceito de genocídio, referindo-se ao dano físico e não físico infligido a determinados grupos de pessoas, com intenção de destruí-los em longo prazo. Essa ideia foi incorporada à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948.

O segundo grande salto para a categoria de crimes internacionais veio com a criação, no início dos anos noventa, de uma série de organizações internacionais de justiça penal para lidar com as atrocidades em massa. As mais importantes são as chamadas *ad hoc*s, que lidam com violações graves do direito humanitário, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIJ, criado em 1993) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, fundado em 1994).

Na maior parte de sua existência, a criminologia se manteve bem distante de crimes desta natureza e, portanto, perdeu grandes oportunidades para expandir sua base de conhecimento. Foi só a partir da última década que alguns criminologistas começaram a prestar atenção em alguns crimes internacionais, especialmente o crime de genocídio (PARMENTIER e WEITEKAMP, 2007). Day e Vandiver (2000), por exemplo, têm reinterpretado teorias sócio-psicológicas mais antigas de causalidade do crime através da perspectiva de genocídio e assassinatos em massa na Bósnia e em Ruanda.

Neubacher (2006), sob sua perspectiva, tem estudado como a teoria de técnicas de neutralização se aplica perfeitamente ao campo de crimes de estado e macro crimes em geral e Cohen (2001) tem focado na técnica de negação. Além disso, Woolford (2006) defendeu categoricamente uma “criminologia crítica de genocídio”, não simplesmente aplicando os quadros e conceitos criminológicos existentes, mas através do desenvolvimento de uma abordagem criminológica responsável, crítica e reflexiva. Alvarez (2001), antes destes, analisou as dinâmicas complexas entre as autoridades oficiais e os cidadãos comuns, quando se trata de explicar crimes hediondos, como os genocídios em todo o mundo. Mais recentemente, Smeulers e Haveman (2008) propuseram desenvolver uma ‘criminologia supranacional que abrangesse crimes internacionais e outras graves violações aos direitos humanos; além de prestar especial atenção aos crimes de obediência, onde cidadãos cumpridores da lei servem a um estado vicioso e apenas seguem a lei.

Essas abordagens estão ganhando terreno, também, na comunidade criminológica, como o Prêmio Estocolmo de Criminologia 2009, atribuído a Hagan e Zaffaroni por “suas teorias e modelos que

explicam as causas e motivações dos genocídios;” em Darfur, e outras partes do mundo (www.criminologyprize.com). Paralelamente a uma atenção crescente aos crimes por si próprios, há também um interesse cada vez maior nas instituições internacionais de justiça penal.

A criminologia da justiça penal internacional que Roberts e McMillan (2003) têm defendido é, de fato, uma combinação de dois aspectos, sendo o primeiro a análise de crimes internacionais em seus diversos aspectos; e, o segundo, o olhar para outros tipos de legitimidade nos sistemas de justiça penal e a expansão da atribuição individual de culpa para os contextos organizacionais. Ao combinar as perspectivas de orientação teórica e política, eles desejam também incluir advogados e cientistas políticos nestes esforços.

O relativamente recente conceito de crimes internacionais tem algumas semelhanças com a noção mais antiga de crimes políticos, mas muitas diferenças continuarão a existir. Crimes políticos ou delitos políticos aparecem em vários instrumentos jurídicos internacionais e nacionais como uma separação de crimes “comuns” ou “tradicionais” e para criar uma tela maior de proteção para aqueles que os cometerem (PARMENTIER e WEITEKAMP, 2007). Exemplos incluem julgar crimes políticos não diante de tribunais penais comuns, com juízes profissionais, mas perante tribunais especialmente estabelecidos para tais fins e com juízes leigos (Constituição da Bélgica), onde proíbe a extradição, para outros estados, daqueles que cometeram crimes políticos, conforme determinado pelo Estado solicitado (Conselho da Convenção Europeia de Extradução) e concessão de anistia àqueles que confessaram crimes políticos (Comissão Sul-Africana da Verdade e Reconciliação).

Em outros casos, tais como procedimentos de refúgio, cometer delitos políticos, como crimes contra a paz ou contra a humanidade, pode resultar a menos proteção, como a negação do estado de refugiado (Convenção de Genebra). Para determinar se os crimes são ou não políticos, nos dias de hoje, é amplamente permitido adotar uma estratégia bimodal ao verificar dois aspectos, ou seja, o subjetivo (a intenção ou a motivação daquele que comete o delito) e o aspecto objetivo (o contexto do ato e o resultado das consequências, como observado pelo mundo lá fora) (VAN DEN WYNGAERT, 1980; NOGAARD PRINCIPLES, 1990).

De acordo com Ross (2003), alguns crimes políticos não são violentos, como subversão, traição e corrupção, enquanto outros são violentos, incluindo terrorismo, assassinatos, tortura generalizada e genocídio. Em nossa opinião, este último tipo de crime geralmente exhibe duas características principais, como a violência extrema, que muitas vezes remonta a conflitos profundamente enraizados em uma dada sociedade, e a vitimização em massa, que é o resultado de um grande número de vítimas diretas e indiretas (PARMENTIER e WEITEKAMP, 2007). Vitimização em massa, neste contexto, poderia ser concebida como “vitimização direcionada, ou que afeta, não apenas

Observe que o conceito de graves violações de direitos humanos é dificilmente encontrado no direito internacional e no direito internacional de direitos humanos; por outro lado, os adjetivos “bruto” ou “sistemático” são frequentemente utilizados, principalmente no âmbito das Nações Unidas.

foi propagada no trabalho de Hagan (1997), que diferencia crime por parte do governo e crime contra o governo. E, mais tarde, no trabalho de Ross (2003), com seus crimes contra o Estado (ou crimes de oposição) e crimes por parte do Estado (crimes de não oposição ou crimes de Estado) (também no trabalho de Friedrichs, 1998).

Kautzlarich (2005) refinou a última categoria, ao construir uma continuidade que varia desde crimes de Estado por cometimento (por meio de ação direta, explícita e proposital) a crimes de Estado por negligência (por desrespeitar condições inseguras e perigosas, quando o Estado tem um mandato claro e responsabilidade para fazer cumprir uma situação ou contexto de segurança). Além dos crimes de Estado por omissão (através do apoio implícito às organizações cujas atividades resultam em lesões sociais).

Chambliss (1998), por sua vez, tem sempre focado nos crimes dos poderosos, tanto como criminosos individuais, mas, também, como parte do complexo político e econômico em qualquer sociedade. Daí, seus conceitos-chave como “a economia política do crime” e “crime organizado pelo Estado”. Próximo a esses textos gerais sobre crimes políticos, alguns se interessaram especificamente no crime do terrorismo (LAQUEUR, 1978; RAPOPORT, 2006).

Vale ressaltar que poucos autores têm dado atenção ao elemento organizado na área de crimes internacionais e políticos. Esses crimes são dificilmente planejados e executados sem uma forte preparação ou sem a assistência ativa e passiva de muitas pessoas e grupos. Além disso, a definição legal de genocídio e crimes contra a humanidade inclui a natureza generalizada e

indivíduos mas também grupos inteiros; que, às vezes, pode ser difusa e cujos membros podem ser independentes. Mas, em outras vezes, pode ser uma população específica (FATTAH, 1991, p. 412).

Quando se trata de avaliar o interesse da criminologia por crimes políticos, chega-se à mesma conclusão anterior: esta área tem se preocupado muito pouco com essa categoria de crimes. Turk (1982) foi um dos primeiros escritores a prestar atenção a ela, fazendo a distinção entre crimes que visam desafiar as autoridades políticas, por um lado. E, por outro, os crimes para defendê-las. Esta distinção

sistemática dos ataques baseados em planos ou políticas específicas. Portanto, argumenta-se que a literatura sobre o crime organizado poderia ser uma interessante fonte de inspiração para que se compreenda melhor os tipos de crimes discutidos. Paoli (2003) listou duas características principais do conceito amplamente aceito de crime organizado, ou seja, o fornecimento de bens e serviços ilegais a uma organização criminosa.

1.2. VIOLAÇÕES GRAVES AOS DIREITOS HUMANOS

Embora sejam frequentemente usados como sinônimos, conceitos como crimes internacionais, crimes políticos e as graves violações aos direitos humanos tendem a ser usados em um só fôlego, tanto pelos governantes, como por acadêmicos afins. No entanto, esses conceitos apresentam duas importantes diferenças: uma se relaciona com o grau de gravidade do crime, com crimes internacionais e graves violações aos direitos humanos, que, obviamente, descrevem crimes mais violentos, enquanto que os crimes políticos podem ser violentos, mas, também, não violentos. A segunda maior diferença remonta ao enquadramento legal, porque um “crime” constitui uma violação do direito penal e implica a responsabilidade dos indivíduos, enquanto que a “violação dos direitos humanos” implica uma transgressão da lei dos direitos humanos e assim envolve a responsabilidade dos Estados (PARMENTIER e WEITEKAMP, 2007).

Observe que o conceito de graves violações de direitos humanos é dificilmente encontrado no direito internacional e no direito internacional de direitos humanos; por outro lado, os adjetivos “bruto” ou “sistemático” são frequentemente utilizados, principalmente no âmbito das Nações Unidas. A Comissão dos Direitos Humanos da ONU e outros órgãos, bem como uma série de tratados internacionais (por exemplo, a Convenção contra a Tortura de 1984), incluíram tais termos, mas sem definições mais claras.

De acordo com Medina (1988), violações brutas e sistemáticas implicam quatro elementos: 1) quantidade (número de violações); 2) tempo (presentes durante um longo período de tempo); 3) qualidade (tipo dos direitos violados, o caráter das violações e o *status* da vítima); e 4) planejamento. Quando se trata de reparações às vítimas, definimos violações brutas e sistemáticas como “as violações dos direitos humanos, perpetradas em tal quantidade e de tal forma a criar uma situação em que a vida, a integridade pessoal ou a liberdade pessoal de um grande número de indivíduos são estruturalmente ameaçadas” (ROMBOUTS et al., 2005: 351). Apesar da falta de uma definição comum, os tipos de violações mencionadas compartilham diversas características comuns: “repulsa e estigma moral, violação dos valores supremos, intensidade da violação, gravidade das consequências para as vítimas, deliberada vontade de violar uma norma e o caráter flagrante da violação” (SARDARO, 2007).

As violações dos direitos humanos dessa natureza praticamente não se encontram na pesquisa criminológica. Aparecem indiretamente, através da referência a crimes de guerra, que, como mencionado acima, em relação ao Estatuto de Roma, podem, simultaneamente, serem vistas como violações do direito internacional humanitário. O trabalho de Jamieson (2003), destinado a esboçar a realidade da guerra e suas sequelas, é muito instrutivo a esse respeito.

2. O CONTEXTO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O texto acima deixa claro que os conceitos de crimes internacionais, crimes políticos e violações graves dos direitos humanos estão lenta, mas gradualmente, ganhando terreno na literatura criminológica ao redor do mundo. Um dos aspectos cruciais que tendem a ser minimizados, no entanto, é o contexto político e social geral em que esses crimes são cometidos e nos quais as discussões sobre como lidar com estes tornam-se proeminentes. Referindo-se ao conceito de “justiça de transição”, é útil destacar alguns dos elementos mais marcantes e tentar mostrar a ligação com a questão do crime organizado.

As discussões sobre o que fazer em relação aos crimes internacionais cometidos no passado começaram, geralmente, durante os períodos de transição política, quando as sociedades deixaram para trás um regime autocrático e buscaram formas mais democráticas de governo. Naquela época, as novas elites foram abertamente confrontadas com a questão fundamental sobre como lidar com o pesado fardo de um passado sombrio.

Uma definição bastante recente e impositiva da justiça de transição se encontra em um relatório das Nações Unidas, que a define como “*toda a gama de processos e mecanismos associados com as tentativas de uma sociedade em admitir um legado de abusos cometidos no passado em larga escala, para garantir a responsabilização, aplicar justiça e buscar a reconciliação*” (ONU, 2004: 4). Esta definição de justiça de transição é muito mais ampla do que as anteriores, possuindo forte ênfase em transições políticas (SIEGEL, 1998). Deixando de fora o elemento político, a definição das Nações Unidas também inclui abusos em grande escala aos direitos humanos no mundo ocidental (como a violência contra os povos indígenas no Canadá ou na Austrália). Esta contribuição é usada como sinônimo para justiça de pós-conflito (BASSIOUNI, 2002), apesar dos diferentes aspectos ligados a qualquer um destes.

Embora a ciência política e a pesquisa jurídica estejam mais preocupadas com a análise das diversas instituições e procedimentos estabelecidos para lidar com crimes internacionais, é



igualmente relevante observar alguns aspectos que as elites políticas e jurídicas abordam em tais contextos. Em outras publicações, temos argumentado que as elites incumbentes, mais cedo ou mais tarde, serão confrontadas com questões-chave na sua busca pela justiça após conflitos violentos, e que quatro delas são: pesquisar a verdade sobre o passado para assegurar a responsabilização pelos atos cometidos, reparar às vítimas e promover reconciliação na sociedade (PARMENTIER, 2003; PARMENTIER e WEITEKAMP, 2007).

2.1. A BUSCA DA VERDADE SOBRE O PASSADO

Uma das principais questões é a busca da verdade, ou seja, trazer os fatos sobre os crimes do passado para a superfície, ou, pelo menos, todos os possíveis. Esta é uma importante tarefa para as vítimas, que geralmente querem saber o que na realidade aconteceu, a fim de encontrar meios para superar o acontecido e receber alguma forma de reconhecimento pelo seu sofrimento. No entanto, isto também é crucial para a sociedade como um todo, uma vez que provoca mais debates políticos e sociais e pode resultar em alguma forma de memória coletiva.

Ao mesmo tempo, a busca pela verdade é um exercício complexo, uma vez que a verdade nunca é clara e é sempre multifacetada: mesmo que os fatos crus sobre determinados crimes venham a ser conhecidos, as interpretações sobre o como e o porquê podem continuar a divergir. O especialista da ONU Orentlicher, com base no trabalho de seu antecessor Joinet, argumenta em favor do “direito à verdade” das vítimas que também possuem implicações legais (ORENTLICHER, 2005).

O papel que a criminologia desempenha, neste processo, não deve ser subestimado. Ele pode contribuir para compreender os vários conceitos de verdade. Por exemplo, através do desenvolvimento de novas técnicas e interpretações de procedimentos forenses, da criação de fóruns sociais onde as vítimas podem discutir suas experiências, explorando as possibilidades de reunir vítimas e agressores para enfrentarem o passado doloroso.

De forma mais analítica, a criminologia pode contribuir para o mapeamento dos crimes do passado e, principalmente, das suas origens. O rico acervo de teorias criminológicas existentes sobre as causas sociológicas, psicológicas e até mesmo biológicas do crime pode ser revisitado e suas aplicabilidades podem ser testadas para a categoria de crimes internacionais. Além disso, a criminologia pode explorar novas fronteiras através do desenvolvimento de novos modelos teóricos para melhor entender tais crimes internacionais e políticos, bem como as características fundamentais de criminosos e infratores.

Como a busca pela verdade pode estar ligada ao crime organizado? Como mencionado acima, uma série de crimes internacionais implica, necessariamente, aspectos do crime organizado,

uma vez que estes exigem um certo nível de organização para serem cometidos ou porque são cometidos pelo próprio crime organizado, às vezes em conexão com instituições do Estado. Na verdade, antigos policiais, militares ou profissionais de segurança pessoal, se juntam aos círculos do crime organizado após as transições para a democracia, utilizando sua vasta experiência e ampla rede para desenvolver atividades novas e clássicas atividades criminosas, tais como o comércio de armas, de drogas, de seres humanos, etc.

Além disso, grupos do crime organizado tendem a ser um dos primeiros elementos que se opõem aos esforços da polícia e do judiciário para desenterrar fatos do passado e revelar a verdade. A oposição pode assumir várias formas, desde o silêncio e a falta de cooperação com as novas autoridades (uma espécie de *omerta* destinada a proteger os outros membros do grupo), até formas mais atuantes de resistência como ameaça ou até mesmo assassinando os investigadores. Dependendo das estruturas de poder sob o novo regime, os grupos do crime organizado podem ser efetivamente combatidos pelas autoridades ou podem permanecer intocáveis mantendo sua força sob a sombra do novo regime. Neste último caso, o poder de grupos do crime organizado pode tornar-se problemático para o novo sistema, em longo prazo.

2.2. ASSEGURAR A RESPONSABILIZAÇÃO DOS INFRATORES

Outra questão fundamental em uma situação de transição ou pós-conflito é a forma de garantir que os infratores serão chamados para se responsabilizarem pelos crimes internacionais cometidos. Além disso, o aspecto da responsabilização dos agressores é um passo importante para novos regimes que recebem muitas contestações para que a “justiça seja feita”, principalmente de grupos de vítimas. Fazer com que os agressores sejam responsabilizados é igualmente importante por razões políticas, ou seja, para reafirmar os ideais do Estado de Direito e dos direitos humanos, fortalecendo a frágil democracia. Ambos os elementos contribuem para a mudança de paradigma de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilização (MINOW, 1998).

Orentlicher, neste contexto, fala sobre o direito à justiça. Durante décadas, o tratamento de crimes internacionais foi deixado a critério das autoridades políticas e da justiça penal do país onde tinham ocorrido. Entretanto, ao longo das duas últimas décadas duas importantes mudanças foram realizadas. Uma delas é o desenvolvimento de legislação de jurisdição universal, que permite aos países terceiros processar suspeitos de crimes internacionais cometidos em outros lugares (REYDAMS, 2004), o outro se refere ao estabelecimento de instituições de justiça penal internacionalmente, por exemplo, os dois tribunais *ad hoc* (TPII e TPIR) e os tribunais mistos em Serra Leoa, Timor Leste, Kosovo e Camboja. Juntos, formam uma espécie de “tríplice” da justiça penal.

O papel da criminologia é ainda mais importante neste campo, dada a sua vasta experiência na compreensão das reações, preventiva e repressiva, ao crime comum. A criminologia e seu campo irmão, os estudos de justiça penal, podem, antes de tudo, estudar os pontos fortes e fracos dos sistemas que administram a justiça penal nacional e internacional, e em particular os órgãos responsáveis por crimes internacionais, como a polícia, os promotores, os juízes de primeira instância e a execução de sentenças. Processos criminais são sempre acompanhados de vários problemas, como a falta de qualificação dos sistemas judiciais, a falta de independência judicial e os riscos enfrentados pela nova democracia, caso o alvo seja antigas elites (HUYSE, 1996). Além disso, a criminologia pode trazer novas ideias sobre outras formas de responsabilização àquelas puramente encontradas no direito penal e na justiça criminal, podendo também ampliar o espectro desta responsabilização perante os tribunais civis ou a responsabilização de natureza administrativa como medidas de purificação (*lustration*) ou o afastamento de perpetradores de graves violações aos direitos humanos de funções públicas (*vetting*) (MAYER-RIECKH e DE GREIFF, 2007). Outras formas de responsabilização leva rapidamente a uma terceira questão, que é repensar os círculos de pessoas que podem ter algum tipo de responsabilidade pelos crimes do passado. Os responsáveis diretos, aqueles que puxaram o gatilho para matar uma pessoa, constituem apenas uma pequena categoria de criminosos. Os responsáveis indiretos, aqueles que deram as ordens ou estavam envolvidos no planejamento dos crimes, podem também ter grande responsabilidade pelos crimes. Mas e aqueles que agiram como espectadores e beneficiários, que nunca se envolveram de forma ativa nos crimes, mas que nada fizeram para resistir ou até mesmo se beneficiaram das consequências, a criminologia pode abrir novos rumos para tais questões de envolvimento, cumplicidade e responsabilidade (BALINT, 2007).

O crime organizado se encontra novamente nesta discussão. Muitos grupos do crime organizado tendem a ter uma forte divisão do trabalho, às vezes de forma hierárquica, onde alguns membros se envolvem especificamente com questões materiais e outros com intelectuais, ou seja, infratores diretos e indiretos. Existe, nas sociedades de justiça transicional, um grande desafio para trazer os criminosos indiretos diante de um juiz criminal, às vezes porque permanecem desconhecidos e outras vezes porque permanecem intocáveis. Portanto, pode ser interessante atribuir a essa categoria de criminosos outras formas de responsabilização fora do âmbito do direito penal, mas dentro do direito civil (por exemplo, danos) ou do direito administrativo (*vetting*).

2.3. FORNECER REPARAÇÃO ÀS VÍTIMAS

Provavelmente a questão que tem atraído mais a atenção nos últimos anos é a de reparação às vítimas pelos danos causados a elas por crimes internacionais ou durante os períodos de conflitos violentos. A ideia de “justiça reparadora” (MANI, 2005) tem ampliado muitos esforços para abordar, e até mesmo para desfazer, algumas das injustiças do passado (DE GREIFF,

2006). Novos documentos legais, a maioria sem ligação, reconhecem “o direito à reparação” das vítimas (ORENTLICHER, 2005) e explicam o escopo e as formas de reparações às vítimas (Nações Unidas, 2005). Entende-se por reparação, hoje, mais do que a restituição de bens e compensação monetária pelos danos, mas também a inclusão da reabilitação através de medidas sociais e médicas, satisfação e medidas simbólicas e até mesmo garantias de que os crimes cometidos não serão repetidos. Todas estas medidas podem ser individuais ou coletivas (DE FEYTER, PARMENTIER et al., 2005).

A área de criminologia de reparações para vítimas de crimes internacionais encontra novos desafios no estudo e avaliação dos sistemas de reparação nacionais e internacionais existentes, alguns através de tribunais comuns e outros através de programas do governo, recomendando melhorias (ROMBOUTS, 2004). Temos defendido programas reparadores que buscam alcançar um novo equilíbrio onde as vítimas possam lidar com o passado e o futuro da mesma forma. Assim, propusemos uma abordagem orientada por processos para a reparação desse impacto (ROMBOUTS e PARMENTIER, 2009). Além disso, a criminologia pode enriquecer as atuais abordagens epistemológicas, não só prestando atenção aos pontos de vista das elites, mas também para fazer pesquisas sobre as opiniões e atitudes da população em geral e especialmente das vítimas, sobre o mal a que foram submetidas (PARMENTIER et al., 2009). Em um contexto mais sociológico, a criminologia também pode vir a estudar a competição social entre as vítimas e suas associações diante dos poucos recursos disponíveis nas sociedades pós-conflito em um dado momento (CHAUMONT, 1997).

Pode parecer estranho, mas o crime organizado também é de relevância ao aspecto da justiça de transição em maneiras principais. Em primeiro lugar, grupos de crime organizado podem ser responsáveis por infligir vários tipos de danos, não somente agressões físicas ou ameaças, mas também causando danos materiais à propriedade e obviamente danos emocionais através das suas políticas de terror generalizadas. Além disso, os grupos podem agir como espectadores aos danos cometidos por outros, como a polícia ou as forças militares. Por isso, nem é preciso dizer que as políticas de reparação às vítimas também precisam atender a estas várias formas de danos e de várias maneiras. A destruição de bens materiais ou da vida e da integridade física geralmente não pode ser desfeita, assim a compensação monetária torna-se uma alternativa válida e os grupos do crime organizado podem contribuir para tais medidas compensatórias, por vontade própria ou através da imposição de sanções sobre eles. De tal maneira, o crime organizado pode ser visto como obrigado a prestar reparação às vítimas.

2.4. PROMOVER A RECONCILIAÇÃO NA SOCIEDADE

Por último, outra questão importante em cenários pós-conflito diz respeito à reconciliação das diversas comunidades e setores da sociedade parte do conflito, a fim de reconstruir os

relacionamentos já existentes ou construir novos, se necessário. A questão, portanto, é como um país ou uma sociedade, sob forte conflito por um longo tempo e com várias vítimas, pode recuperar alguma forma de coesão social, que é absolutamente essencial para o seu futuro desenvolvimento econômico, político e cultural.

Estas questões de reinserção e ressocialização, e até mesmo de reconciliação de ex-presos são de fato muito relevantes no contexto de crimes internacionais.

A questão da reconciliação depois de um conflito violento é uma difícil tarefa, pois requer vários tipos de estratégias para lidar com os crimes do passado. A teoria e a prática da reconciliação têm se expandido rapidamente nos últimos quinze anos, principalmente diante dos resultados das experiências da Comissão Sul- Africana da Verdade e Reconciliação (BLOOMFIELD, BARNES e HIUYSE, 2003; DALY e SARKIN, 2006). No entanto, um verdadeiro “direito à reconciliação” não foi ainda identificado.

Uma pergunta frequente é como a questão da reconciliação poderia ser relevante para a criminologia. A resposta é muito simples, ou seja, a criminologia também lida com as consequências de um crime, incluindo a possibilidade de que as vítimas e os infratores podem se conhecer e podem chegar a algum tipo de entendimento comum ou mesmo a um acordo entre eles. A criminologia pode, portanto, estudar e avaliar as iniciativas e práticas existentes de justiça restaurativa para esse efeito, focada no processo ou no resultado (BRAITHWAITE, 2002; ZEHR, 1990). Mas mesmo se os internacionais não resultarem em formas interpessoais de reconciliação, é relevante considerar outros níveis, comunitários e nacionais (PARMENTIER et al., 2008). Além do mais a criminologia pode desenredar as várias dimensões da reconciliação para incluir também elementos políticos e sociais como parte deste processo de reconstrução de sociedades dilaceradas pela guerra (STOVEL, 2010). Além disso, a criminologia crítica tem um papel a desempenhar na desconstrução da ideologia da reconciliação diante de crimes internacionais, por exemplo, quando a reconciliação é muitas vezes imposta à população em geral ou a grupos específicos (PARMENTIER, 2003).

Ao contrário da crença popular, o crime organizado pode também desempenhar um papel em caso de reconciliação. Mesmo que os governos democráticos consigam responsabilizar os grupos do crime organizado, através de processos penais ou outros procedimentos, a maioria, se não todas as pessoas condenadas, deixará a prisão após períodos curtos ou mais longos ou será reintegrada na sociedade de outra maneira. Estas questões de reinserção e ressocialização, e até mesmo de reconciliação de ex-presos são de fato muito relevantes no contexto de crimes internacionais, e oferecem uma oportunidade única para pensarmos em um

novo relacionamento entre o governo e os grupos criminosos. Além disso, por mais estranho que pareça, não é impossível que as vítimas expressem sua vontade de conhecer alguns dos membros do crime organizado, para obterem mais informações sobre os crimes cometidos ou simplesmente verem as pessoas que cometeram tais atrocidades. Esses processos podem aproveitar a experiência da justiça restaurativa para crimes comuns, aqueles por vezes muito graves (UMBREIT et al., 2007).

COMENTÁRIOS FINAIS: RUMO A UMA CRIMINOLOGIA DOS CRIMES INTERNACIONAIS

A atenção para crimes internacionais está crescendo nas áreas de justiça e direito penal em todo o mundo. Apesar do fato de que a criminologia se retrata como a principal disciplina acadêmica para descrever e explicar todas as formas de crime, é surpreendente que a maior parte de seu trabalho concentra-se em crimes chamados de comuns ou tradicionais. Ao longo desse texto nos propusemos primeiro a entender o objeto dos crimes internacionais, e compará-lo com os crimes políticos e violações graves aos direitos humanos. Nossa conclusão é que cada uma dessas categorias apresenta características específicas que as separam, mas que também as unem. Dentre as últimas é o fato de que os atos tendem a ser muito graves, produzindo um enorme número de vítimas, às vezes através do envolvimento de muitos perpetradores, diretos e indiretos. Apesar de tudo, atos deste tipo têm um forte impacto sobre os indivíduos e da mesma forma sobre a sociedade.

Para entender crimes internacionais em seu contexto, focamos na questão da justiça de transição, em suas diversas interpretações. Argumentou-se que, sempre que abusos contra os direitos humanos em grande escala acontecem, as elites políticas são desafiadas a lidar com algumas questões fundamentais em torno da verdade, responsabilização, reparação e reconciliação. Cada uma dessas questões é muito relevante para a disciplina de criminologia, que também pode fornecer uma importante contribuição. Além disso, ligações claras com o crime organizado podem ser identificadas, ou porque os crimes foram cometidos por grupos do crime organizado ou porque podem ser responsabilizados e responsáveis por outras ações legais e sociais. Não há dúvida de que a criminologia, com a sua singular abordagem interdisciplinar para a criminalização, para o comportamento criminoso e para as políticas e instituições penais, está bem qualificada para explorar as muitas e novas questões de crimes políticos e internacionais.



BIBLIOGRAFIA

LIVROS E RELATÓRIOS

Alvarez, A. (2001). *Governments, Citizens and Genocide: A Comparative and Interdisciplinary Analysis*. Bloomington: Indiana University Press.

Bassiouni, C. (Ed.) (2002). *Post-Conflict Justice*. Ardsley: Transnational Publishers.

Bloomfield, D., T. Barnes & L. Huyse. (Eds.) (2003). *Reconciliation After Violent Conflict. A Handbook*. Stockholm: International Idea.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.

Chaumont, J. (1997). *La concurrence des victimes*. Paris: Edition de la Découverte.

Cohen, S. (2001). *States of Denial: knowing about atrocities and suffering*. Cambridge: Polity Press.

Daly, E. & J. Sarkin. (2006). *Reconciliation in Divided Societies. Finding Common Ground*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

De Feyter, K., S. Parmentier, M. Bossuyt & P. Lemmens. (Eds.) (2005). *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antwerp: Intersentia.

De Greiff, P. (Ed.) (2006). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press.

Friedrichs, D. (Ed.) (1998). *State Crime*, 2 vols. Aldershot: Ashgate/Dartmouth.

Hagan, F. (1997). *Political Crime: Ideology and Criminality*. Boston MA: Allyn and Bacon.

Hayner, P. (2001). *Unspeakable Truths. Confronting State Terror and Atrocity*. New York: Routledge.

Laqueur, W. (1978). *Terrorism*. London: Weidenfeld and Nicolson.

Mani, R. (2002). *Beyond Retribution. Seeking Justice in the Shadows of War*. Cambridge: Polity Press.

Medina Quiroga, C. (1988). *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. The Hague: Martinus Nijhoff.

Mayer-Rieckh, A. & De Greiff, P. (eds.), *Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*, New York: Social Science Research Council.

Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston MA: Beacon Press.

O'Day, A. (Ed.) (2004). *Dimensions of Terrorism*. Ashgate: Aldershot.

Paoli, L. (2000). *Mafia Brotherhoods. Organised Crime, Italian Style*. New York: Oxford University Press.

Paoli, L. (ed.) (forthcoming). *Oxford Handbook of Organised Crime*. Oxford: Oxford University Press.

Rapoport, D. (Ed.) (2006). *Terrorism. Critical Concepts in Political Science*, 4 vols. London: Routledge.

Reychler, L. & T. Paffenholz. (Eds.) (2001). *Peace-building. A Field Guide*. Boulder CO: Lynne Rienner Publishers.

Reydams, L. (2004). *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press.

Rombouts, H. (2004). *Victim organisations and the politics of reparation: a case study on Rwanda*. Antwerp/Oxford: Intersentia.

Ross, J.I. (2003). *The Dynamics of Political Crime*. New York: Sage.

Sardaro, P. (2007) *Serious Human Rights Violations and Remedies in International Human Rights Adjudication*. Doctoral dissertation in Law. Leuven: Faculty of Law, K.U.Leuven.

Stovel, L. (2010) *Long Road Home. Building Reconciliation and Trust in Post-War Sierra Leone*, volume 2 of the Series on Transitional Justice, under the direction of general editors S. Parmentier, J. Sarkin & E. Weitekamp. Antwerp/Oxford: Intersentia Publishers.

Turk, A. (1982). *Political Criminality. The Defiance and Defense of Authority*. Beverly Hills/London: Sage.



Assembleia Geral da ONU (2005) *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, General Assembly, 24 October 2005, A/C.3/60/L.24.

United Nations, Security Council (2004) *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, Report of the Secretary-General to the Security Council, 23 August 2004, S/2004/616.

Van den Wyngaert, C. (1980). *The Political Offence Exception to Extradition*. Antwerp: Kluwer.

Zehr, H. (1990). *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale PA: Herald Press.

ARTIGOS EM LIVROS E REVISTAS

Balint, J. (2007). *Dealing with international crimes: towards a conceptual model of accountability and justice*, in Smeulers, A. & Haveman, R. (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, 311-334. Antwerp/Oxford: Intersentia.

Chambliss, W. (1998). Towards a political economy of crime. In S. Henry & W. Einstadter (Eds.), *The Criminology Theory Reader* (pp. 346-362). New York/London: New York University Press.

Christie, N. (2001). Answers to Atrocities. Restorative Justice in Extreme Situations. In E. Fattah & S. Parmentier (Eds.), *Victim Policies and Criminal Justice on the Road to Restorative Justice. Essays in Honour of Tony Peters* (pp. 379-392). Leuven: Leuven University Press.

Day, L.E. & M. Vandiver. (2000). Criminology and genocide studies: Notes on what might have been and what still could be. *Crime, Law & Social Change* 34, 43-59.

Harbom, L. & Wallensteen, P. (2005). Armed Conflict, 1989-2006, *Journal of Peace Research* 44, 623-634.

Huyse, L. (1996). Justice after Transition: On The Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past. In A. Jongman (Ed.), *Contemporary Genocides* (pp. 187-214). Leiden: PIOOM.

Kauzlarich, D. (2005). Political Crimes of the State. In R. Wright & J. M. Miller (Eds.), *Encyclopedia of Criminology*, 3 vols (pp. 1231-1234). Routledge: New York/London.

Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress*. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.

Neubacher, F. (2006). How Can it Happen that Horrendous State Crimes are Perpetrated ? An Overview of Criminological Theories. *Journal of International Criminal Justice* 4, Symposium Nuremberg Revisited 60 Years on, 787-799.

Norgaard principles (1990). reproduced in the South African *Government Gazette* of 7 November 1990.

Orentlicher, D. (2005). *Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity*, New York, United Nations, Commission on Human Rights, E/CN.4/2005/102 of 18 February 2005.

Orentlicher, D. (1991). Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime. *Yale Law Journal* 100, 2537-2615.

Parmentier, S. (2003) Global Justice in the Aftermath of Mass Violence. The Role of the International Criminal Court in Dealing with Political Crimes. *International Annals of Criminology* 41, 203-224.

Parmentier, S., Valiñas, M. & Weitekamp, E. (2009) How to Repair the Harm After Violent Conflict in Bosnia? Results of a Population-Based Survey, 27/1 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 27-44.

Parmentier, S., Vanspauwen, K. & Weitekamp, E. (2008) Dealing with the legacy of mass violence. Changing lenses to restorative justice, in Smeulers, A. & Haveman, R. (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, 335-356. Antwerp/Oxford: Intersentia.

Parmentier, S. & Weitekamp, E. (2007) Political Crimes and Serious Violations of Human Rights: Towards a Criminology of International Crimes, in: Parmentier, S. & Weitekamp, E. (eds.), *Crime and Human Rights*, Series in Sociology of Crime, Law and Deviance, vol. 9, 109-144. Amsterdam/Oxford: Elsevier/JAI Press.

Roberts, P. & N. McMillan. (2003). For Criminology in International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice* 1, 315-338.

Rombouts, H. & Parmentier, S. (2009) The International Criminal Court and its Trust Fund are Coming of Age: Towards a Process Approach for the Reparation of Victims, Special Issue on Victim Reparation and the International Criminal Court, edited by Jo-Anne Wemmers, 16(2) *International Review of Victimology* 149-182.



Rombouts, H., P. Sardaro & S. Vandeginste. (2005). The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights. In K. De Feyter, S. Parmentier, M. Bossuyt & P. Lemmens (Eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations* (pp. 345-503). Antwerp: Intersentia.

Smeulers, A. (2006). Towards a Criminology of International Crimes, *Newsletter Criminology and International Crimes* 1/1, 2-3 (www.supranationalcriminology.org).

Umbreit, M., Vos, B., Coates, R. & Brown, K. (2007) Victim-Offender Dialogue in violent cases: a multi-site study in the United States, in Van der Spuy, E., Parmentier, S. & Dissel, A. (eds.), *Restorative Justice: Politics, Policies and Prospects*, Special Issue of *Acta Juridica* (University of Cape Town Journal of Law and Justice), 22-39.

Weitekamp, E., S. Parmentier, K. Vanspauwen, M. Valiñas & R. Gerits. (2006). How to Deal with Mass Victimization and Gross Human Rights Violations. A Restorative Justice Approach. In U. Ewald & K. Turkovic (Eds.), *Large-Scale Victimization as a Potential Source of Terrorist Activities. Importance of Regaining Security in Post-Conflict Societies* (pp. 217-241). Amsterdam: IOS Press.

Woolford, A. (2006). Making Genocide Unthinkable: three guidelines for a critical criminology of genocide. *Critical Criminology* 14, 87-106.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.

“QUEM É O MACHO QUE QUER ME MATAR?”: HOMOSSEXUALIDADE MASCULINA, MASCULINIDADE REVOLUCIONÁRIA E LUTA ARMADA BRASILEIRA DOS ANOS 1960 E 1970

James N. Green

Doutor em História da América Latina pela Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA) - Professor da Brown University (Estados Unidos)

No início de 1972, Carlos e Mário, membros de um pequeno grupo revolucionário brasileiro, foram condenados a vários anos de prisão por atividades subversivas.¹ Como muitas outras organizações de esquerda radicais, o grupo entrou em colapso, no início de 1970, durante a sistemática campanha governamental para rastrear e eliminar a resistência armada ao regime militar. Enquanto cumpriam pena na prisão de Tiradentes, no estado de São Paulo, Carlos e Mário partilhavam a mesma cela. Havia rumores espalhados entre os presos políticos de diferentes organizações revolucionárias naquela prisão que a dupla estava tendo relações sexuais. “Foram automaticamente isolados, como se tivessem tido um comportamento inadequado”, lembrou Ivan Seixas sobre o evento cerca de trinta anos mais tarde. Na época, Seixas também estava cumprindo uma sentença por seu envolvimento em atividades de luta armada. Foram tratados

¹ Este artigo é uma tradução de “Who is the Macho Who Wants to Kill Me?": Male Homosexuality, Revolutionary Masculinity, and the Brazilian Armed Struggle of the 1960s and 70s," *Hispanic American Historical Review*, v. 92, no. 3 (August 2012): 437-69. Meus agradecimentos a Moshe Sluhovsky por sua valiosa assistência editorial. A pedido do Carlos, utilizei um nome diferente para esconder sua identidade.



“como se fossem doentes”; acrescentou Antônio Roberto Espinosa, outro preso político e ex-líder revolucionário preso na mesma cela durante o começo da década de 1970.²

No início, Carlos e Mário negaram os rumores do caso, mas depois decidiram admitir abertamente que estavam tendo um relacionamento e deixaram que os outros presos políticos enfrentassem a notícia. A intenção do casal em assumir as relações sexuais provocou uma intensa discussão entre os diferentes grupos que mantinham uma aparência de disciplina, estrutura organizacional e coesão interna durante o encarceramento. Para muitos dos guerrilheiros presos e outros revolucionários, o relacionamento homossexual gritante de Carlos e Mário representava um comportamento “contrarrevolucionário”. A pergunta era: o que os diferentes grupos revolucionários, naquela prisão, deveriam fazer sobre aquilo? De acordo com Ivan, um membro de uma das tendências políticas que permaneceram organizados dentro da prisão propôs que os dois homens que tiveram relações sexuais deveriam ser condenados à morte.³ Um debate clandestino se seguiu entre os prisioneiros. Eles devem ser mortos? Quem deve fazer isso? Como deve ser feito?⁴

A ameaça de realizar um “justiçamento” (julgamento e execução sumária) não era descartada. Neste período, camaradas de prisão executaram, pelo menos, quatro membros de grupos de luta armada sobre as acusações de traírem suas organizações, embora nenhuma dessas execuções tenham sido na prisão.⁵ José Carlos Gianni, membro da Ação Libertadora Nacional, ou ALN, depois a organização dividida MOLIPO (Movimento de Libertação Popular e Movimento de Libertação Popular), lembrou o processo que levou à execução sumária de Márcio Leite de Toledo por membros de sua organização. De acordo com Gianni,

“Uma das questões que apressaram a ruptura [dentro da ALN] foi o justiçamento de um dos militantes da organização, que já tinha sido até da direção nacional. Ele começou a questionar as formas como estavam sendo encaminhadas as coisas, a própria proposta [guerrilha] e, num certo momento, resolveu sair da organização. A organização alegava que ele estava sofrendo um processo de desestruturação e que, portanto, a qualquer momento, ele podia se entregar e fazer um acordo com a polícia, abrindo uma grande quantidade de informações. Então, não se encarou como um processo de divergência política, mas como um “desbunde” dessa cara. Ninguém aceitou isso, no nosso grupo.”⁶

2 Entrevista com Ivan Seixas e Antônio Roberto Espinosa pelo autor, 1º de abril de 2004, São Paulo, Brasil.

3 Ivan Seixas não quis revelar o nome da organização, cujo membro propôs a execução sumária.

4 Entrevista com Ivan Seixas pelo autor, 13 de novembro de 2002, São Paulo, Brasil.

5 Jacob Gorender, *Combate nas Trevas* (São Paulo: Editora Ática, 1998), 278-83. Marcelo Ridenti, um historiador da luta armada brasileira, cita outros exemplos de “justiça revolucionária” [justiçamentos] realizada pela esquerda. Marcelo Ridenti, *O fantasma da Revolução Brasileira*, 2ª edição, revista e ampliada (São Paulo: Editora da UNESP, 2010), 270-73.

6 Citado em Ridenti, *O fantasma da Revolução Brasileira*, 272.

Na época, o termo “desbunde” significava alguém que abandonou a luta e voltou a um estilo de vida de sexo, drogas, e talvez até mesmo *rock and roll*.⁷ A expressão tem até uma conotação semi-sexual incomum, como a raiz da palavra “bunda”, ou nádega, invariável, tem um tom erótico na linguagem popular, até mesmo uma possível associação com as relações homossexuais.⁸ Sair de um estado de graça revolucionário, abandonando a luta, ou no caso de Carlos e Mário que se engajaram em relações homossexuais, merecia expulsão e, na pior das circunstâncias, até mesmo execução.

De acordo com Seixas, Carlos e Mário, por fim, receberam notícia sobre um possível justicamento. Percebendo que a situação estava se tornando crítica, Carlos solicitou seus arquivos da Justiça Militar (Auditoria Militar) e juntou cópias de todos os documentos lá disponíveis. Os documentos incluíam declarações assinadas após sessões de tortura detalhando a informação de que o prisioneiro havia “confessado” a seus interrogadores. De acordo com Seixas, Carlos foi destemido para a área da prisão onde se alojavam os prisioneiros políticos que defendiam a sua execução, pronto para uma luta. Foi até o lado direito da cela dos prisioneiros que o tinham ameaçado com “justiça revolucionária”, apontou para cada um deles e gritou:

“Quem é o machão que vai me matar? Eu quero saber, porque eu conheço a vida de todos vocês. Você abriu isso, isso, e isso. Você falou isso. Você entregou fulano. Tá aqui o meu depoimento.” E jogou os papéis na cara deles. ‘Vê se vocês encontram alguém que caiu por minha causa. Vê se eu traí! Vê se eu sou traidor. A minha opção sexual não me impediu de ter um comportamento revolucionário. E vocês, machões foram os que entregaram.’”⁹

De acordo com Seixas sobre aquele evento, a veemência em que Carlos lançou dúvidas sobre a virilidade revolucionária de seus potenciais executores silenciou as ameaças.

“Então foi uma loucura, um puta mal estar, não sabia o que fazer, o cara tornou político um negócio de ponto de vista moral fantasiado, travestido de ideologia, na realidade era moralista, e ele desmontou o negócio, dizendo: “Se vai me matar, que seja já, e vai ter que enfrentar uma bicha muito decidida a se defender. Não vai ser assim não. Quero ver se tem macho para me enfrentar. Enfrentei a repressão, enfrento qualquer macho aqui. Sou veado mesmo, sou bicha, mas ninguém tem nada haver com isso. Quem quiser vai ter que me enfrentar, porque não vou morrer feito

7 Fernando Gabeira, *O crepúsculo do macho* (Rio de Janeiro: Codecri, 1980), 125.

8 James N. Green, “O desbunde e a política no Brasil nos anos 60 e 70”, documento apresentado na reunião da Associação de Estudos Latino-Americanos (LASA), Rio de Janeiro, 2009.

9 Seixas, entrevista, 13 de novembro de 2002.



um galinha, não. Quero deixar bem claro isso. Mas, quero ver qual dos machões aqui que entregou tudo, vai matar uma bicha que teve coragem de enfrentar a ditadura. Vocês não tiveram, e eu tive...” E acabou a conversa, desconversaram.”¹⁰

De acordo com Seixas, após este confronto, a ideia de executar Carlos se evaporou, e aqueles que tinham falado de um possível justicamento simplesmente o deixaram em paz.

Este artigo estuda as tensões entre os desejos sexuais não normativos de membros da esquerda revolucionária brasileira e as organizações das quais eles pertenciam. O artigo considera a dinâmica interna das organizações marxistas radicais do final dos anos 60 e início dos anos 70. Com o objetivo de entender como os jovens revolucionários brasileiros, que foram presos por suas ideologias políticas da época – e pelo desejo por seus companheiros ou outras pessoas do mesmo sexo –, conseguiram enfrentar a situação, diante do emaranhado de autodúvida e aversão, confusão, hostilidade clara, rejeição e, possivelmente, até mesmo uma execução sumária.

É uma história complexa, na qual alguns membros de grupos revolucionários receberam o apoio de seus companheiros de luta quando discutiram discretamente seus desejos sexuais, enquanto outros meticulosamente esconderam suas orientações sexuais, por medo do ostracismo. O episódio contado por Seixas sobre a possível implementação de uma “justiça revolucionária” baseada em preceitos morais vagos de comportamento “contrarrevolucionário” é o exemplo mais dramático da constelação de reações à homossexualidade masculina. As atitudes variavam de tolerância benigna, ou até mesmo empatia, por parte de alguns, até a marginalização pela maioria, e, em um caso, até mesmo a uma possível ameaça de morte. Como um todo, no entanto, a esquerda revolucionária considerava a homossexualidade um comportamento sexual “inapropriado” e inaceitável.

A relação entre a política latino-americana de esquerda e a política sexual no final do século XX continua a ser um tema relativamente inexplorado. A literatura nos Estados Unidos é mais extensa. Os estudiosos que têm investigado as origens do movimento de gays e lésbicas nos Estados Unidos identificaram a estreita ligação entre os militantes da esquerda e os principais militantes fundadores.¹¹

Inclusive, Harry Hay e outros membros fundadores da Sociedade de Mattachine, a primeira organização de direitos dos homossexuais nos Estados Unidos (criada em 1949), já tinham sido membros do Partido Comunista. A análise de Hay e de outros radicais de que os homossexuais

10 Ibid.

11 Veja, especificamente, John D’Emilio, *Política Sexual, Comunidades sexuais: The Making of a Homosexual Minority in the United States, 1940-1970* (Chicago: University of Chicago Press, 1983).

eram uma minoria oprimida, uma analogia tirada do envolvimento nas forças de esquerda e progressistas no movimento pelos direitos civis, deram forma às primeiras organizações homófilas nos Estados Unidos. Duas décadas depois, inúmeros membros de movimentos de libertação de gays e lésbicas participaram do Nova Esquerda (*New Left*), título que englobava os movimentos sociais que surgiram nos anos 60, movimentos anti-guerra, em defesa das mulheres e dos direitos civis, que serviram como formação política e organizacional para se envolverem, mais tarde, como ativistas gays.¹²

Autores têm sugerido uma ligação semelhante entre ativistas gays e lésbicas na Argentina, no Brasil, no México e em Porto Rico e suas experiências anteriores na esquerda latino-americana durante os anos 60 e 70.¹³ O ponto de vista da maioria desses estudos, no entanto, foi a partir da perspectiva de esquerdistas que haviam sido expulsos de grupos revolucionários marxistas, socialistas, ou outros, ou que deixaram tais organizações para construir grupos de ativistas gays ou de liberação gay. Poucos estudos, exceto aqueles que analisam como a Revolução Cubana tem lidado com a homossexualidade nos últimos cinquenta anos, exploram a vida interna das organizações revolucionárias latino-americanas quanto ao comportamento sexual.¹⁴ Este artigo é um esforço para incentivar a pesquisa sobre um aspecto pouco estudado dentro dos estudos de gênero e sexualidade no Brasil, mais especificamente, e na América Latina em geral.

Para isso, esta análise direciona o olhar para o interior da esquerda brasileira, visando descobrir como os militantes radicais compreendiam a homossexualidade e como lidavam com membros de suas organizações que estavam em relacionamentos amorosos e sexuais com o mesmo sexo. Além disso, o artigo investiga como revolucionários com desejos homossexuais lidaram com as atitudes de esquerda em relação à homossexualidade. É uma história complexa que desafia categorias puras de “mocinhos” e de “bandidos”. Embora as reações e opções de vida

12 Veja, por exemplo, Martin Duberman, *Stonewall* (Nova York: Dutton, 1993) e Ian Lekus, “*Queer and Present Dangers: Homosexuality and American Antiwar Activism, 1964-1973*” (PhD diss., Duke University, 2003).

13 Para o Brasil, consultar James N. Green, “*More Love and More Desire: The Building of the Brazilian Movement*,” in *The Global Emergence of Gay and Lesbian Politics: National Imprints of a Worldwide Movement*, eds. Barry Adam, Jan Willem Duyvendak, e André Krouwel (Philadelphia: Temple University Press, 1999), 91-109; “*Desire and Militancy: Lesbians, Gays, and the Brazilian Workers’ Party*,” in *Different Rainbow: Same-Sex Sexuality and Popular Struggles in the Third World*, ed. Peter Drucker (London: Gay Men’s Press, 2000), 57-70; e Aguinaldo Silva, “*Compromissos, queridinhas? Nem mortal!*” *Lampião da Esquina* 3 n° 26 (julho 1980): 10-11. Para a Argentina, consulte Néstor Perlongher, “*Historia del Frente de Liberación Homosexual de la Argentina*,” in *Homosexualidad: Hacia la Destrucción de los Mitos*, ed. Zelmar Acevedo (Buenos Aires: Del Ser, 1985), 272-78; and Juan José Sebrelli, “*Historia secreta de los homosexuales em Buenos Aires*,” in *Escritos sobre escritos, ciudades bajo ciudades, 1950-1997* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997), 275-370. Para o México, consulte Max Mejía, “*Mexican Pink*,” in *Different Rainbows*, 43-57. Para Porto Rico, consulte Frances Negrón-Munaner, “*Echoing Stonewall and Other Dilemmas: The Organizational Beginnings of a Gay and Lesbian Agenda in Puerto Rico, 1972-1977 (Parts I and II)*,” *Centro de Estudios Puertorriqueños Bulletin* (1992) 4, n° 1: 76-95; n° 2: 98-115.

14 Para estudos sobre Cuba, consulte: Allen Young, *Gays Under the Cuban Revolution* (San Francisco: Grey Fox Press, 1981); Lourdes Arguelles and B. Ruby Rich, “*Homosexuality, Homophobia and Revolution: Notes toward an Understanding of the Cuban Lesbian and Gay Male Experience*” in *Hidden From History: Reclaiming the Gay and Lesbian Past*, eds. Martin Bauml Duberman, Matha Vinicus and George Chauncey (New York: Meridan, 1989), 441-55; Marvin Leiner, *Sexual Politics in Cuba: Machismo, Homosexuality and AIDS* (Boulder: Westview, 1992); Brad Epps, “*Proper Conduct, Renaldo Arenas, Fidel Castro and the Politics of Homosexuality*,” *Journal of the History of Sexuality*, 6, n° 2 (Outubro 1995): 237-41; Ian Lumsden, *Machos, Maricones, and Gays: Cuba and Homosexuality* (Philadelphia: Temple University Press, 1996); José Quiroga, *Tropics of Desire: Interventions from Queer Latino America* (New York: New York University Press, 1999); Emilio Bejel, *Gay Cuban Nation* (Chicago: University of Chicago Press, 2001); Lillian Guerra, “*Gender Policing, Homosexuality and the New Patriarchy of the Cuban Revolution, 1965-70*,” *Social History* 35, n° 3 (2010): 268-89.

diante da homossexualidade sejam algo muito pessoal e individual, que refletem uma ampla gama de possibilidades, aqueles, dentro da esquerda revolucionária, que reconheciam seus próprios desejos homossexuais, ou outros, que reagiam à homossexualidade de seus colegas esquerdistas, agiam dentro de um rígido quadro político e ideológico que, por fim, desdenhou a prática.

Estudiosos enfrentam vários desafios ao escrever uma história cultural e social que se opõe à maioria das memórias e tratamentos históricos deste período. Dezenas de ex-revolucionários brasileiros que aderiram à luta armada, na década de 1960 e início de 1970, escreveram sobre suas experiências nesse período. Mas resta um silêncio sobre a sexualidade, especialmente a homossexualidade, entre quase todos os autores dessas obras.¹⁵ A exceção notável são as memórias de Herbert Daniel, *Passagem para o Próximo Sonho* que trata bastante das experiências do próprio autor como um guerrilheiro urbano e de sua homossexualidade reprimida, sendo uma importante fonte para este artigo.¹⁶

Os volumes escritos por estudiosos e jornalistas, que focaram, especificamente, nas mulheres e na luta armada, mencionam a sexualidade de forma superficial, uma vez que não desenvolvem uma análise mais profunda da relação entre relações de gênero, sexualidade e a esquerda revolucionária.¹⁷ Embora tenha havido várias mulheres brasileiras dentro do movimento revolucionário secreto que tiveram relações sexuais e românticas com outras mulheres durante seus anos de militância, ou depois, elas são relutantes em contar suas histórias e se recusaram a deixar seus nomes ou qualquer outra informação que as identifique para ser publicado. Em várias ocasiões, ao entrevistar pessoas que participaram nos eventos daqueles anos, fui pedido para desligar meu gravador e concordar em não publicar histórias, boatos, ou fofocas sobre *companheiros* e, especificamente, sobre *companheiras*.¹⁸

15 Para referências bibliográficas de outras memórias e relatos históricos, consultar Marcelo Ridenti, "As esquerdas em armas contra a ditadura (1964-1974): uma bibliografia," *Caderno Arquivo Edgard Leuenroth* 8, nº 14/15 (2001): 259-295; and Carlos Fico, *Além do Golpe: verões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar* (Rio de Janeiro: Record, 2004), 139-206.

16 Herbert Daniel, *Passagem para o próximo sonho: um possível romance autocrítico* (Rio de Janeiro: Codecri, 1982).

17 Para trabalhos sobre mulheres no movimento revolucionário, consultar, entre outros, Albertina Oliveira Costa, Maria Teresa Porciúncula Moraes, Norma Marzola e Valentina da Rocha Lima, eds. *Memórias das mulheres no exílio* (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980); Luiz Manfredini, *As moças de Minas: uma história dos anos 60* (São Paulo: Editora Alfa e Ômega, 1989); Judith L. Patarra, *Iara, reportagem biográfica* (Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992). Elizabeth F. Xavier Ferreira, *Mulheres, militância e memória* (Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996); Maurício Paiva, *Companheira Carmela: a história da luta de Carmela Pezzuti e seus dois filhos na resistência ao regime militar e no exílio* (Rio de Janeiro: Mauad, 1996); Ana Maria Colling, *A resistência da mulher à ditadura militar no Brasil* (Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1997); Luiz Maklouf Carvalho, *Mulheres que foram à luta armada* (São Paulo: Globo, 1998); Martha Vianna, *Uma tempestade como a sua memória: a história de Lia, Maria do Carmo Brito* (Rio de Janeiro: Record, 2003); Ridenti, *O fantasma da revolução brasileira*, 195-202.

18 Mais de meia dúzia de ex-revolucionárias discutiram ou especularam sobre o erotismo do mesmo sexo de mulheres envolvidas na luta armada em conversas para a pesquisa desse artigo, no entanto, nenhuma delas me autorizou a usar qualquer informação ou história que revelasse que elas me relataram tais fatos. O único registro publicado que eu identifiquei que inclui uma lésbica é uma história oral de Madalena, que foi militante do Partido Comunista Brasileiro pró-soviético na década de 1970. Daphne Patai, *Brazilian Women Speak: Contemporary Life Stories* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1988), 248-69.

Existem muitas explicações possíveis para essa relutância, por parte de ex-militantes da esquerda revolucionária, em documentar aspectos da história sexual e social de forças opositoras radicais, durante a ditadura, ou para lésbicas e gays, para falar sobre o seu passado revolucionário. Para alguns, a dor ou o trauma relacionado à hostilidade ou rejeição que vivenciaram na década de 1960 e 1970 de seus camaradas de luta permanece ainda muito evidente. Um líder bem conhecido do movimento estudantil de esquerda, na década de 1960, entrevistado por mim em 2010, ainda se preocupava com a possibilidade de que ex-companheiros fariam comentários pejorativos sobre as práticas sexuais, de 40 anos atrás, daquela pessoa.

Dois militantes que tiveram relações homoeróticas durante a clandestinidade, e que, depois, se engajaram em relações heterossexuais, mostraram preocupações em revelar publicamente informações sobre suas experiências pessoais e sexuais na esquerda revolucionária, pois isso poderia complicar suas vidas atuais. Depois de uma longa entrevista, dois militantes muito importantes de uma organização revolucionária contaram, de forma extraoficial, um relato sexual (incluindo a suposta homossexualidade) de um importante membro de sua organização que “desapareceu” através da ação das forças repressivas.

No entanto, eles não autorizaram o uso da informação sobre tal líder, argumentando que, já que ele não escolheu revelar publicamente sua sexualidade, enquanto vivo, eles sentiam não terem o direito de fazê-lo para fins de registro histórico. Espero que a visibilidade desta pesquisa possa atrair outros indivíduos dispostos a conceder entrevistas. E, ainda, a refletir sobre o assunto, gerando fontes adicionais para recriar um estudo mais profundo sobre este tema, como parte de uma história social e cultural mais complexa e completa da oposição ao regime militar que governou o Brasil de 1964 a 1985.

Um ponto de partida óbvio para investigar a relação entre a esquerda revolucionária latino-americana e a homossexualidade da década de 1960 pode ser o romance *O Beijo da Mulher Aranha* de Manuel Puig.¹⁹ O romance retrata o choque entre um rígido revolucionário machão, que é “amolecido” pela bondade de um homossexual assumido. Mas não explora as contradições internas da esquerda revolucionária que defendia a liberdade, a libertação e uma transformação radical da sociedade, mas que marginalizava homens ou mulheres que não seguiam gêneros e comportamentos sexuais normativos.

Da mesma forma, o livro de Silviano Santiago, *Stella Manhattan*, maravilhosamente escrito e imaginativo, não é uma fonte útil.²⁰ A obra oferece apenas um pequeno *insight* sobre os dilemas

19 Manuel Puig, *Kiss of the Spider Woman* (New York: Random House, 1978). O livro foi publicado em espanhol como *El beso de la mujer araña* (Barcelona: Seix Barral, 1976).

20 Silviano Santiago, *Stella Manhattan* (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985); Edição em inglês traduzida por George Yudice, (Durham:



e dramas enfrentados pelos homens brasileiros que sexualmente desejaram outros homens, enquanto participavam ativamente na luta armada contra o regime militar.

Diante das limitações dessas fontes literárias, o número escasso de memórias disponíveis que abordam este tema e a falta de registros escritos produzidos pela esquerda (ou, até mesmo, por representantes do regime militar) sobre este assunto, as histórias orais continuam sendo a fonte mais acessível para descobrir-se as questões fundamentais deste tema. No entanto, até mesmo esse tipo de fonte deve ser questionado, diante das possíveis falhas de memória e pela possibilidade de que o entrevistado tenha reformulado o passado para refletir as mudanças que têm ocorrido em sua própria sociedade, ou na sociedade brasileira, em relação à homossexualidade nos últimos anos.

Mesmo diante desses desafios, que proporcionaram um breve histórico contextual sobre a política radical no Brasil, nos anos 1960 e 1970, este artigo esboça os vários conceitos sobre a homossexualidade especificamente e sobre a identidade e contracultura política em geral que circularam na esquerda brasileira, durante este período, dentro dos contextos mais amplos das relações e tensões entre a esquerda revolucionária e as tendências de oposição contraculturais. O artigo, depois, investiga as maneiras pelas quais os revolucionários com desejos homossexuais lidaram com esta rede de ideias e práticas relacionadas.

CAMINHOS DIFERENTES ENTRE A JUVENTUDE REBELDE

Em meados dos anos 1960, a esquerda brasileira se reorganizou lentamente como consequência da retomada militar de 31 de março de 1964. A fraca reação do Partido Comunista Brasileiro ao golpe de Estado acelerou o *spin-off* de grupos dissidentes. Os maoístas pró-chineses já haviam rompido com a organização pró soviética, em 1962, para formar o Partido Comunista do Brasil. Mas a hemorragia destas duas organizações se intensificou em 1966 e 1967, uma vez que os militantes deixaram ambos os partidos comunistas e suas áreas de influência para apoiarem o que eles consideravam os caminhos cubanos e chineses da luta armada revolucionária para derrubar o regime militar.²¹

No final de 1967 e durante 1968, uma confluência de diversas forças de oposição criou uma sensação de que a ditadura militar estava sob controle e poderia, de fato, ser derrubada. Mobilizações

Duke University Press, 1994).

21 Daniel Aarão Reis Filho, *A revolução faltou ao encontro: os comunistas no Brasil*, (São Paulo: Brasiliense, 1989), 45-76.

Estudiosos enfrentam vários desafios ao escrever uma história cultural e social que se opõe à maioria das memórias e tratamentos históricos deste período. Dezenas de ex-revolucionários brasileiros que aderiram à luta armada, na década de 1960 e início de 1970, escreveram sobre suas experiências nesse período. Mas resta um silêncio sobre a sexualidade, especialmente a homossexualidade, entre quase todos os autores dessas obras.

Entre 1968 e 1971, o aumento de assaltos a bancos, ataques a quartéis militares em busca de armas, sequestros de embaixadores estrangeiros para forçar a libertação de presos políticos e tentativas para estabelecer bases de guerrilha rurais levou a uma série de prisões e torturas até que quase todos os remanescentes da resistência armada fossem esmagados até 1973.²⁵

É importante lembrar que os participantes da luta armada representavam uma minoria de jovens que se rebelavam contra o regime autoritário. Entrar em uma organização revolucionária

estudantis, greves e pronunciamentos, cada vez mais ousados, da oposição legal, desafiaram o governo do presidente Costa e Silva.²² No entanto, no final daquele ano, os militares proibiram todos os protestos civis, ao decretarem o Ato Institucional nº 5, que fechou o Congresso, aumentou a censura, suspendeu o *habeas corpus* e expandiu o poder dos militares e da polícia. A tortura, como uma ferramenta para aterrorizar os adversários do regime e como um meio para dismantelar, sistematicamente, os grupos revolucionários que se voltaram contra os militares, tornou-se uma prática cada vez mais generalizada.²³

Frustrados com a repressão das formas legais de protesto, milhares de estudantes, bem como alguns trabalhadores, ex-membros das forças armadas, camponeses e profissionais liberais se juntaram ou tornaram-se defensores da miríade de organizações de luta armada que surgiu após 1964 para desafiar o regime militar.²⁴

22 João Roberto Martins Filho, *Movimento estudantil e ditadura militar, 1964-1968* (Campinas: Editora Papyrus, 1987); Maria Ribeiro do Valle, 1968: *O diálogo é a violência: Movimento estudantil e ditadura militar no Brasil* (Campinas: Editora da UNICAMP, 1999).

23 Lina Penna Sattamini, *A Mother's Cry: A Memoir of Politics, Prison, and Torture under the Brazilian Military Dictatorship*, traduzidos por Rex P. Nielson e James N. Green, com introdução por James N. Green. (Durham: Duke University Press, 2010).

24 É importante ressaltar que várias organizações já estavam envolvidas em atividades militantes da luta armada antes da declaração da Instituição do Ato nº 5, em 5 de dezembro de 1968, mas as rígidas políticas do governo contribuíram para a adesão de mais pessoas às diferentes organizações revolucionárias que já eram então ativas.

25 Consultar, entre muitos livros sobre o tema, Gorender, *Combate nas trevas*; Antônio Caso, *A esquerda armada no Brasil, 1967-81* (Lisbon: Editora Moraes, 1976); and Ridenti, *O fantasma da revolução brasileira*.

implicava riscos de vida e muitos que simpatizavam com a esquerda radical hesitavam em se comprometer com um projeto tão perigoso. A determinação do governo em reprimir qualquer oposição radical geralmente forçou militantes de organizações proscritas a abandonarem suas famílias e amigos e agirem clandestinamente.

As perseguições policiais, detenções e apreensões levavam, inevitavelmente, à tortura. As autoridades usavam métodos de interrogatório brutais, não só para desestruturar as organizações revolucionárias, mas também para espalhar o medo entre aqueles que simpatizavam com suas ações, como um meio de diminuir o recrutamento para tais. A natureza das atividades clandestinas e a repressão severa também isolaram a maioria das organizações revolucionárias, a partir de um segmento bem maior do movimento estudantil e outros que haviam se mobilizado contra o regime militar entre 1966 e 1968.

Ao mesmo tempo em que a oposição radical se voltava para atividades de guerrilha urbana e rural, na tentativa de derrubar a ditadura, novas expressões culturais e práticas sociais tomaram conta de setores substanciais da juventude brasileira. Em grande parte, isso se deve à intensificação da urbanização e à expansão da classe média, na década de 60, à crescente entrada de mulheres de classe média no ensino superior e no mercado de trabalho e à apropriação e transformação de tendências internacionais sobre comportamento e cultura.²⁶

O dramático crescimento da economia brasileira entre 1969 e 1974, apelidado de “Milagre Econômico Brasileiro” pelo regime militar, beneficiou significativamente as classes médias urbanas e alimentou a cultura de consumo. A maior disponibilidade da pílula e de outros contraceptivos, juntamente com a mudança das normas sexuais, influenciadas em parte pelos conceitos transnacionais que favoreciam a liberalização sexual, resultou em mais sexo pré-marital entre os jovens.

O movimento Tropicália, liderado por cantores e compositores como Caetano Veloso e Gilberto Gil, uniu o *rock* brasileiro inovador com os conceitos de libertação e ruptura pessoal e sexual no cenário cultural em 1967. A juventude brasileira também pegou emprestado ideias da contracultura norte americana divulgadas na imprensa brasileira. Conceitos europeus, como o *slogan* do estudante francês de 1968, “*Il est interdit d’interdire*,” traduzido como “É Proibido Proibir”, circulou nos *campi*, nos meios de comunicação e na música.²⁷

26 “As submissas prisioneiras do lar,” *Veja* (Rio de Janeiro) n° 137, 21 de abril de 1971, p. 44-49. Sonia E. Alvarez, *Engendering Democracy in Brazil* (Princeton: Princeton University Press, 1990).

27 Para uma melhor visão geral desse período, consultar Maria Hermínia Tavares de Almeida and Luiz Weis, “Carro-Zero e pau-de-arara: o cotidiano da oposição de classe média ao regime militar” in *História da vida privada no Brasil*, v. 4, ed. Lília Moritz Schwarcz (São Paulo: Companhia das Letras, 1998): 319-409.

Durante os tumultuosos anos de 1967 e 1968, para citar apenas um exemplo, estudantes e intelectuais discutiram sobre os méritos relativos da música politicamente engajada em comparação com canções que focavam em questões pessoais ou existenciais. Membros de atividades políticas, às vezes, rejeitavam outros menos interessados na mobilização contra a ditadura, chamando-os de “alienados”. Aqueles jovens que focavam em questões pessoais ou culturais refutavam afirmando que os esquerdistas envolvidos na política eram intolerantes e, até mesmo, autoritários. Os conflitos sobre música e cultura refletiam uma maior discussão sobre os melhores meios de acabar com a ditadura e uma discussão ainda maior e menos explícita sobre as afinidades e tensões entre a política e libertações pessoais.²⁸

O comprometimento com a luta armada não significava que um jovem revolucionário deveria, automaticamente, desprezar o *rock*, as ideias da contracultura ou as últimas tendências culturais internacionais. Aretuza Garibaldi lembra que, quando o disco dos Beatles *Sergeant Pepper's Lonely Hearts Club Band* chegou às lojas em Belo Horizonte, no final de 1967 ou início de 1968, seu namorado, Angelo Pezzuti, que estava no terceiro ano da faculdade de medicina, comprou uma cópia e, em seguida, a conheceu, na porta da escola onde ela estudava.²⁹ Nas próprias palavras de Aretuza: “Ele falou: ‘Hoje, você não vai trabalhar, vamos ouvir este disco’. Compramos queijo, algumas coisas e fomos para o seu apartamento – não tinha muitos móveis na sala – e fizemos um piquenique pra ouvir Sargent Pepper’s. Ele disse que aquele disco ia revolucionar a música.”

Na época, Pezzuti era um membro da liderança do COLINA (Comandos de Libertação Nacional). Em 1968, ele e outros de sua organização roubaram uma série de bancos para levantar fundos para criar um movimento de guerrilha rural. Ele estava totalmente comprometido com uma revolução socialista no Brasil, ainda que ele pudesse apreciar a música dos Beatles. Pezzuti não era a exceção. Apesar da politização intensa entre os estudantes e os jovens de classe média, em 1967 e 1968, as divisões não poderiam, simplesmente, serem classificadas em politicamente “envolvidas” ou “alienadas”. As preferências dos consumidores e as apropriações culturais entre os jovens rebeldes eram muito mais confusas e mais complexas do que pareciam à primeira vista.

No entanto, todos esses valores e comportamentos inconstantes entraram em conflito com as atitudes sociais e morais conservadoras dos generais no poder. A censura cultural e da imprensa e outras medidas draconianas, implementadas pelo regime militar, não foram somente direcionadas contra a produção cultural com conteúdo político de oposição. A censura do governo também proibiu canções, peças de teatro, livros, filmes e outros trabalhos criativos que, supostamente, ofendiam “a moral e os bons costumes”. Nudez na mídia impressa,

28 Dunn, Christopher. *Brutality Gardens: Tropicália and the Emergence of a Brazilian Counterculture* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2001).

29 Entrevista de Aretuza Garibaldi com o autor, 9 de junho de 2009, Rio de Janeiro, Brasil, gravação digital.

“manifestações de homossexualidade” em excesso durante o Carnaval e produção literária “obscena” eram desaprovados pelos guardiões da moralidade pública.³⁰

Entre outras medidas, os decretos repressivos do final de 1968 aumentaram as censuras e forçaram famosos incentivadores de ideias libertárias, como os compositores e artistas Caetano Veloso e Gilberto Gil, a irem para o exílio. No entanto, o envolvimento com drogas, uma cultura *hippie* emergente, e maior liberdade sexual continuou acontecendo ao longo da década 70. Alfredo Syrkis, que participou do sequestro dos embaixadores alemão e suíço em 1970, exigindo, em troca, a libertação de 110 presos políticos, resumiu as divisões entre os jovens de classe média brasileira durante aquele período:

Na verdade, foi uma geração, como eu gosto de dizer, que se trifurcou, no Brasil. Uma parte dela, após o AI-5, quando a ditadura se transformou em ditadura total, foi para a luta armada, foi para a clandestinidade; outra parte resolveu ir fundo na questão da contracultura, procurando criar um universo à parte, em que fosse possível se viver: foram para as comunidades rurais, passaram a fazer uso de drogas, sobretudo uso de alucinógenos, como a LSD. As pessoas passaram a viverem juntas em comunidade, em pequenas famílias, tentando não ler o jornal, para sair daquela realidade, sair daquele “bode”, como se dizia na época. Foram as pessoas que se tornaram hippies. E, ainda, houve um terceiro segmento daquela geração, que acabou, rapidamente, se integrando àquilo que o sistema oferecia.³¹

Notícias da contracultura internacional alcançavam a juventude brasileira através de diversas fontes, mas um dos locais mais populares era uma coluna chamada “*Underground*”, escrita por Luiz Carlos Maciel e publicada no semanário alternativo Pasquim no início da década de 70.³² Pasquim era um tabloide voltado para a juventude e era redigido e editado no Rio de Janeiro. Criticava o exército e a sociedade brasileira e surgiu, pela primeira vez nas bancas, em 1969. O tabloide quase que imediatamente atingiu uma grande circulação nacional que, por vezes, era maior do que a da *Veja*, a mais importante revista semanal dominante no país. Ao longo da década de 70, os editores do Pasquim travaram uma batalha contínua com a censura em seus esforços para falar sobre política, cultura, sexo, drogas e *rock and roll*.³³

30 James N. Green, *Beyond Carnival: Male Homosexuality in Twentieth-century Brazil* (Chicago: University of Chicago Press, 1999), 242-66.

31 Alfredo Syrkis, “Os paradoxos de 1968,” em *Rebeldes e contestadores: Brasil, França, Alemanha*, eds. Marco Aurélio Garcia e Maria Alice Vieira (São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999), 112.

32 Marcos Alexandre Capellari, “O discurso da contracultura no Brasil: o underground através de Luiz Carlos Maciel, c. 1970” (Dissertação de doutorado. Universidade de São Paulo, 2007).

33 José Luiz Braga, *O Pasquim e os anos 70: mais para epa que para oba...* (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991).

Embora o semanário *Pasquim* oferecesse uma leitura não convencional e crítica da sociedade brasileira, não significava que os editores e colaboradores da publicação apoiassem as ideias emergentes dos movimentos de libertação de gays e lésbicas que vieram à tona no cenário internacional após os motins de Stonewall, de 1969, na cidade de Nova York. Como mencionado anteriormente, havia poucas informações sobre esse novo movimento social que chegassem aos leitores brasileiros, em grande parte devido à censura da mídia brasileira.

Além dessas restrições, os editores do *Pasquim*, juntamente com a maioria dos intelectuais que se posicionavam à esquerda, no começo viam com desdém o feminismo e os direitos dos homossexuais.³⁴ Seja pelo fato de que os conceitos de libertação feminista e homossexual ameaçavam as práticas patriarcais tradicionais incorporadas nos círculos intelectuais de dominação masculina, ou se foi por conta do ceticismo, cultuado, de longa data, entre a maioria dos esquerdistas sobre certos aspectos da cultura dos EUA, que parecia estar em conflito com os valores brasileiros, mesmo aqueles que promoviam a insubordinação despreocupada do *Pasquim* diante dos códigos morais e culturais, em geral, não defendiam essas ideias.³⁵

Se, por um lado, os rebeldes iconoclastas que eram contra as políticas da ditadura relutavam em apoiar as novas ideias sobre feminismo e libertação homossexual, no início de 1970, por outra vertente, o isolamento da esquerda revolucionária, dentro de uma dinâmica turbulenta de sobrevivência, criou uma mentalidade em que a maioria dos militantes eram ainda menos

suscetíveis a formas inovadoras de pensar sobre comportamento social não normativo e comportamento sexual.

Na década de 1930, as leis de sodomia que foram retiradas dos livros nos primeiros anos da Revolução Soviética foram reintroduzidas no código penal [...].

Rodeados por uma crescente repressão do Estado, os defensores da esquerda revolucionária geralmente viam aqueles que não se juntavam a eles nas ações armadas como uma juventude alienada. E, aqueles que decidiam deixar suas organizações como traidores da causa. Como mencionado anteriormente, o medo dos

companheiros revolucionários de Márcio Leite de Toledo dele chegar a abandonar a organização, “desbundar”, e revelar informações à polícia levou à sua execução sumária em 1972. Quando Alfredo Sirkis decidiu deixar a Vanguarda Popular Revolucionária e ir para o exílio, em maio

³⁴ Quando as feministas norte-americanas e liberacionistas gays vieram ao Brasil no final de 1970, por exemplo, os editores da *Pasquim* os desprezaram sarcasticamente. Consultar James N. Green, “Madame Satan, the Black ‘Queen’ of Brazilian Bohemia,” in *The Human Tradition in Modern Brazil*, ed. Peter M. Beattie, (Wilmington, Del.: Scholarly Publications, 2004), 267-86.

³⁵ Braga, *O Pasquim e os anos 70*, 193-97; Bernardo Kucinski, *Jornalistas e revolucionários nos tempos da imprensa alternativa* (São Paulo: Página Aberta, 1991), 159.

de 1971, os membros do seu grupo também o criticaram por ter “desbundado”.³⁶ Para as organizações revolucionárias que foram isoladas e se mantinham na defensiva, a decisão de um membro de deixar o envolvimento político era sinônimo de adesão à contracultura, de se drogar, e, possivelmente, até mesmo de praticar sexo antinormativo.

Daniel Aarão Reis, que era um líder estudantil e membro da organização revolucionária que sequestrou o embaixador dos EUA em 1969, lembrou: “desbundado foi uma palavra inventada pelos caras ‘duros’ de vanguarda que, assim, se referiam, desprezivelmente, a todos que não viam com bons olhos a aventura das esquerdas armadas. Depois, passaram a se referir, especificamente, às pessoas que cediam diante da tortura” [...] Em tempo: os torturadores gostavam muito de utilizá-lo.³⁷ De acordo com Reis, um termo que uma vez significava apenas que um membro de uma organização tinha abandonado a causa, passou a significar que alguém tinha, de fato, se tornado um traidor e passara para o outro lado.

HOMOFOBIA E A ESQUERDA BRASILEIRA

Como, então, a esquerda revolucionária entendia a homossexualidade? O discurso sobre a “moral revolucionária”, articulada, entre outros, pelos presos políticos que supostamente queriam condenar Carlos e Mário por se engajarem em relações sexuais na prisão, estava profundamente enraizado em, pelo menos, cinco enquadramentos ideológicos paralelos e complementares, amplamente compartilhados pela esquerda brasileira em 1960.

O primeiro, ligava a homossexualidade ao comportamento burguês e, portanto, à contrarrevolução. O segundo, concordava com conceitos médicos e psiquiátricos, a partir dos quais a homossexualidade era uma degeneração física e emocional. Outra atitude, embora provavelmente inconsciente, se baseava nos ensinamentos católicos tradicionais que consideravam a homossexualidade uma abominação moral. Sentimento anti-imperialista associado ao comportamento homossexual e críticas à homofobia com influências alheias e estrangeiras (leia-se: EUA).

Além disso, os esquerdistas propagavam conceitos populares que rejeitavam a homossexualidade masculina, uma vez que isso implicava a feminização da masculinidade. E interrompia a construção generalizada de masculinidade revolucionária, que estava no centro das auto-imagens dos militantes.

36 Tereza Angelo e Adair Gonçalves dos Reis, entrevistados pelo autor, 7 de agosto de 2010, Belo Horizonte, Brasil.

37 Citado no livro de Beatriz Kushnir, “Desbundar na TV: Militantes da VPR e seus arrependimentos Públicos.” Trabalho apresentado no XXIV Simpósio Nacional de História, 2007.

O Partido Comunista Brasileiro pró-soviético, bem como suas várias ramificações na década de 60, que vão desde o Partido Comunista do Brasil até os grupos guerrilheiros pró-cubanos, todos seguiam a perspectiva tradicional sobre a homossexualidade, compartilhada pelo movimento comunista internacional. De acordo com esta visão, o homossexualismo era um produto da decadência burguesa e desapareceria quando o capitalismo fosse derrubado e com o estabelecimento da sociedade comunista.³⁸

Atribuindo-se uma classe à homossexualidade e ligando-se a sexualidade do mesmo sexo com a burguesia, aqueles que se envolviam em tal comportamento se tornaram inimigos. Na década de 30, as leis de sodomia que foram retiradas dos livros nos primeiros anos da Revolução Soviética foram reintroduzidas no código penal, e a homossexualidade foi considerada incompatível com o comportamento revolucionário.³⁹

A Revolução Cubana perpetuou essa tradição. No início dos anos 60, muitos homens e mulheres homossexuais foram submetidos a acampamentos militarizados para “reformarem” seus “comportamentos anti-sociais”. O Primeiro Congresso de Cuba de Educação e Cultura, em 1971, declarou que a homossexualidade era uma “patologia social”. Homossexuais homens e mulheres tiveram o seu acesso barrado em atividades culturais ou educacionais.⁴⁰

Militantes brasileiros revolucionários e líderes de uma série de organizações que receberam treinamento em Cuba, certamente, absorveram ou, talvez, até mesmo aprovaram, essa perspectiva, que era paralela aos conceitos sobre a homossexualidade prevalentes no Brasil naquela época. Da mesma forma, a ideologia Maoísta do Partido Comunista do Brasil, da Ação Popular, e de outras organizações revolucionárias menores, considerou que a homossexualidade era um produto da decadência burguesa e que desapareceria com a revolução socialista.⁴¹

Quase todas as organizações guerrilheiras se consideravam Marxistas. E essa ideologia avaliava que a classe operária conduziria à revolução. No entanto, os grupos de luta armada, compostos em grande parte por jovens de classe média, mantiveram-se isolados de qualquer contato

38 James N. Green, “(Homo)sexuality, Human Rights, and Revolution in Latin America,” in *Human Rights and Revolutions*, eds. Jeffrey N. Wasserstrom, Lynn Hunt, Marilyn B. Young and Gregory Grandin (Lanham, Md: Rowman and Littlefield, 2007), 139-154.

39 Laura Engelstein, “Soviet Policy toward Homosexuality: Its Origins and Historical Roots,” *Journal of Homosexuality* 29, nº 2 (1995): 155-78.

40 Guerra, “Gender Policing, Homosexuality and the New Patriarchy of the Cuban Revolution, 1965-70”, 269.

41 A esquerda brasileira não publicou documentos afirmando estes posicionamentos, mas tais foram refletidos em discussões internas e nas noções generalizadas sobre a homossexualidade, generalizada nas diferentes organizações. Durante a abertura política no final dos anos 70 e início dos 80, representantes das diferentes correntes de esquerda articularam suas opiniões sobre a homossexualidade, mantendo a ideia central de que a homossexualidade era um produto da decadência burguesa. Veja entrevistas na obra de Hiro Okita, *Da opressão à Libertação* (São Paulo: Proposta, 1981), 63-73.

concreto com a classe trabalhadora.⁴² Este fato, no entanto, não impediu as várias tendências de articular um discurso político que repetia *slogans* revolucionários para combater o que eles classificavam como desvios políticos que atrapalhavam o curso correto da revolução brasileira.

Entre os estudantes de classe média que se juntaram às correntes da luta armada revolucionária, o combate ao “desvio do pequeno burguês” tornou-se uma palavra de código para determinar quem era mais puro, mais revolucionário, e quem não alcançava os padrões. Desafiar as origens de classe “defeituosas” e orientações de outros camaradas estava entre as maneiras mais fáceis de repudiar um adversário político ou de ganhar uma batalha ideológica. Engajar-se em autocrítica também foi uma maneira preferida para combater o seu, a sua própria origem, e o comportamento “pequeno-burguês”.

No meio da mudança, caminhavam para relações sexuais mais permissivas entre os jovens de classe média brasileira, na década de 60, muitas organizações revolucionárias, ainda ligadas com a linguagem e ideologia marxista ortodoxa. Seus membros, envolvidos em lutas pessoais internas para superar as suas próprias origens sociais, consideravam o sexo como uma autoindulgência do “pequeno-burguês”. Herbert Daniel lembra que, após se juntar a uma organização revolucionária, ele lidava com sua sexualidade simplesmente reprimindo-a:

Meus problemas pequeno-burgueses me preocupavam, como empecilhos que eu tivesse para poder me tornar um bom revolucionário. Entre eles a sexualidade, mais explicitamente, a homossexualidade. Desde que comecei a militar, senti que tinha uma opção a fazer: ou eu levaria uma vida sexual regular – e transtornada, secreta e absurda, isto é, puramente “pequeno-burguesa”, para não dizer “reacionária”, ou então faria a revolução. Eu queria fazer a revolução. Conclusão: deveria “esquecer a minha sexualidade.”⁴³

A tentativa de purificar-se de um comportamento, ligado a uma classe e considerado desviante, através do autossacrifício, levou Daniel a reprimir seus desejos pessoais e sexuais, para, então, adaptar-se a uma norma do grupo. Como percebe-se, esta estratégia de lidar com a homofobia, dentro da esquerda, não era incomum.

Discursos médico-legais sobre a natureza degenerativa da homossexualidade em grande parte permaneceram inquestionáveis durante este período. Médicos, psicólogos, educadores sexuais

42 A exceção notável foram as ligações do Vanguarda Popular Revolucionária com a greve de Osasco em 1968, com a participação de várias correntes da esquerda na greve de Contagem em abril de 1968. Ridenti, *O fantasma da revolução brasileira*, 177-94; Nilmário Miranda, “A Cidade Operária símbolo,” *Teoria e Debate Especial 1968* (maio de 2008): 24.

43 Daniel, *Passagem para o próximo sonho*, 96.

Os movimentos feministas e de gays e lésbicas dos EUA e da Europa eram vistos como fenômenos de “pequenos burgueses” que se preocupavam com questões pessoais, que discordavam da política revolucionária.

e jornalistas continuaram a propagar conceitos emprestados da Europa e dos Estados Unidos, no início do século XX, adaptando-os às condições brasileiras nas escolas de medicina, nos cursos universitários de psicologia, na literatura popular sobre sexo e nos meios de comunicação.

Especialistas atribuíram a homossexualidade a um desequilíbrio hormonal que poderia até levar alguém à criminalidade. A natureza biologicamente degenerativa desta condição resultava em pessoas com personalidades instáveis que, neuroticamente, desejavam

possuir os corpos das pessoas do sexo oposto. Alguns médicos sugeriam a internação como forma de curar a doença, enquanto outros insistiram que o Estado deveria, simplesmente, policiar o comportamento. Em suma, os homossexuais eram biologicamente e psicologicamente doentes e precisavam de tratamento médico para serem curados.⁴⁴

Concepções católicas de imoralidade e da natureza pecaminosa da sexualidade do mesmo sexo também foram hegemônicas, no Brasil, até a década de 60.⁴⁵ Embora o comparecimento à igreja declinou, lentamente, na década de 60, o catolicismo permaneceu como religião predominante no país. A maioria dos esquerdistas cresceu sob esta tradição.

Para muitos revolucionários brasileiros, inclusive, o caminho para a politização foi por meio da esquerda da Igreja Católica. A Ação Popular, a principal força política dentro do movimento estudantil na década de 60, surgiu a partir do catolicismo progressista. Alguns padres, irmãos, irmãs, e membros ativos leigos da Igreja Católica juntaram-se ou apoiavam ativamente as organizações da luta armada.⁴⁶

No entanto, a Teologia da Libertação, como foi conhecida, não desenvolveu uma avaliação crítica dos ensinamentos católicos tradicionais sobre a homossexualidade, com uma única exceção.⁴⁷

44 Consultar Green, *Beyond Carnival*, especificamente capítulos 3 e 6.

45 Ibid.

46 Kenneth P. Serbin, *Needs of the Heart: A Social and Cultural History of Brazil's Clergy and Seminaries* (Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 2006).

47 Esta voz dissidente na Igreja Católica brasileira foi a de Jaime Snoek, um padre e teólogo católico nascido na Holanda, mas residente no Brasil desde 1951, que escreveu um artigo com uma visão positiva da homossexualidade em uma “revista da cultura católica” Jaime Snoek, “Eles também são da nossa estirpe: Considerações sobre a homofilia,” *Revista Vozes* n° 9 (Setembro 1967): 792-802.

Embora todas as organizações de luta armada tenham aderido a uma variação da ideologia marxista, o que implicou algum tipo de ruptura com a teologia religiosa convencional, não houve, na esquerda, uma abordagem alternativa aos ensinamentos tradicionais da Igreja sobre a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo.

Sentimentos nacionalistas e anti-imperialistas de longa data que criticavam as influências econômicas, políticas e culturais dos Estados Unidos na América Latina e seu apoio à ditadura eram profundamente incorporados na esquerda brasileira. Esses radicais tendiam a rejeitar as ideias inovadoras do feminismo e do “poder gay”; ao passo que se desenvolviam no final dos anos 60 e início de 1970 e eram retratadas na mídia brasileira.

A maior parte dos brasileiros recebia uma visão caricaturada dos movimentos das mulheres e dos homossexuais dos EUA. Jornalistas descreviam as feministas como hostis aos homens e as exigências para os direitos dos homossexuais como tolas, se não absurdas.⁴⁸ Os movimentos feministas e de gays e lésbicas dos EUA e da Europa eram vistos como fenômenos de “pequenos burgueses” que se preocupavam com questões pessoais, que discordavam da política revolucionária. Alguns esquerdistas argumentavam que tais movimentos “estrangeiros” desviaram a atenção dos problemas sociais, econômicos e políticos de países como o Brasil, que viviam sob regimes militares.⁴⁹

Além disso, embora os textos de Wilhelm Reich sobre sexo e revolução e as obras de Herbert Marcuse, como *Eros e a Civilização*, já tinham sido traduzidos, publicados e divulgados no Brasil, na década de 60, eles pareciam ter pouco impacto sobre a juventude da classe média brasileira em geral. E isto sem falar naqueles que decidiram aderir à luta armada. Esses pensadores europeus e americanos de origens marxistas elaboraram teorias que discutiam a repressão sexual no contexto de análise de classe.

Apesar de que alguns jornalistas, como o colunista do *Pasquim*, Luiz Carlos Maciel, refletiram sobre as teorias de Reich, o psiquiatra e psicanalista austríaco-americano recebeu pouca atenção no mundo acadêmico e intelectual, ou nada, além de um pequeno círculo de pessoas interessadas em psicologia alternativa.⁵⁰ Herbert Marcuse, que era uma inspiração intelectual para as rebeliões

48 Braga, *O Pasquim e os anos 70*, 26; José Castello Branco, “A homossexualidade do Pasquim,” *O Beijo* (Rio de Janeiro) n° 2, Dezembro 1977, p. 3-4. “Os alegres revoltosos,” *Veja* (Rio de Janeiro), n° 158, 15 Set. 1971, p. 61-62; “O quarto sexo,” *Veja* (Rio de Janeiro), n° 295, 1° maio 1974, p. 76-77.

49 Posteriormente, na década de 1970, quando a luta armada foi derrotada e a oposição legal ao regime tomou a frente, uma afirmação comum entre os marxistas da maioria das tendências foi a ideia de que a esquerda deveria construir uma “oposição unida” contra o regime militar, sem deixar que outros assuntos interferissem nessa união. Esse argumento de que a luta maior era contra o regime militar e seu leal apoiador, os EUA, se refletiu, por exemplo, no debate sobre a homossexualidade, realizada na Universidade de São Paulo em fevereiro de 1979. Consulte Eduardo Dantas, “Negros, Mulheres, homossexuais e Índios nos debates da USP,” *Lampião da Esquina* (Rio de Janeiro) 2, n° 10, março 1979, p. 9-10.

50 Capellari, “O discurso da contracultura no Brasil,” 110-30.

estudantis europeias de 1968, e cujo trabalho cobriu a lacuna que separava a política de classe e a política sexual, estava intrinsecamente associado à contracultura internacional. A esquerda brasileira, como um todo, colocou de lado suas ideias como muito distantes da realidade política do país.⁵¹

Normas de gênero dominantes contribuíram, ainda mais, para uma tendência anti-homossexual dentro da esquerda brasileira. Cerca de vinte por cento dos militantes de organizações guerrilheiras do Brasil eram mulheres. Várias destas desempenharam papéis de liderança nos diferentes grupos. E muitas se envolveram em ações armadas. Essas mulheres quebraram muitos papéis tradicionais, enquanto viviam no precário e perigoso mundo *underground*. A ideologia do movimento se baseou nos conceitos comunistas soviéticos, cubanos e chineses sobre a igualdade dos sexos.

Vera Sílvia Magalhães, que ajudou a planejar e executar o sequestro do embaixador dos EUA, em setembro de 1969, para obter a libertação de 15 líderes revolucionários presos, lembra a dificuldade que era para que ela participasse da liderança de uma das duas organizações que realizaram a ação armada. “Eu era a única mulher no meio de sete homens. Fiz um puta esforço para chegar lá [na direção]. A minha militância política foi uma batalha, porque, além de tudo, havia o preconceito machista.”⁵² Ao refletir sobre esses anos com a ex-guerrilheira Yeda Botelho Salles em um documento intitulado “Balanço sem perspectiva—1968: os que não se esqueceram, os que não se arrependeram”, as duas escreveram:

*Para nós, mulheres, a militância era uma faca de dois gumes; era uma forma de afirmação social e era, também, a vivência de confusão entre a recusa à dominação e o reconhecimento das diferenças. A tentativa de uma troca igual quase sempre dava em uma troca desigual. Chamávamos nossos namorados de companheiros e essa palavra significava tudo que desejávamos. Mesmo que nem nós, mulheres, nem eles, homens, tivéssemos conseguido realizar o companheirismo e muitas frustrações tivessem se acumulado.*⁵³

Os esforços para obstar algum tipo de igualdade entre os sexos dentro das relações e organizações revolucionárias deixavam as mulheres que aspiravam à liderança em uma posição ambígua. Como mencionado anteriormente, os membros da “geração de 1968”, levados por um otimismo que prometia o fim da ditadura através da luta armada, foram influenciados pela série de mudanças culturais e sociais que ocorreram entre os jovens, em todo o mundo, na década de 60.

51 Isabel Loureiro, “Herbert Marcuse: anti-capitalismo e emancipação,” *Trans/Form/Ação* (São Paulo) 28, n° 2 (2005): 7-20.

52 Carvalho, *Mulheres que foram à luta armada*, 172. Vera Sílvia Magalhães repetiu um comentário muito semelhante em uma entrevista realizada por mim em 2003, o que indica que este foi um ponto forte em suas reflexões sobre o papel das mulheres no movimento estudantil e nas organizações revolucionárias. Vera Sílvia Magalhães com o autor, 17 de julho de 2003, Rio de Janeiro, Brasil, gravação em fita cassete.

53 Carvalho, *Mulheres que foram à luta armada*, 173.

No entanto, o imperativo revolucionário compensatório aos impulsos libertários da época exigia disciplina, ordem e coesão. A tentativa de reorganização dos papéis de gênero descrita por Magalhães e Salles manteve-se como um avanço arriscado dentro dos tensos confins de pequenas organizações sob ataque.

A noção de igualdade revolucionária dos sexos foi baseada na modificação de modelos de longa data das relações de gênero entre homens e mulheres. Esta não foi uma tarefa fácil entre os revolucionários da classe média, muitos dos quais tinham crescido em famílias tradicionais, onde as mães geralmente assumiam papéis femininos convencionais e provavelmente tiveram empregadas para fazer as tarefas domésticas braçais. Dentro das organizações clandestinas, as batalhas enfrentadas pelas mulheres para mudar o comportamento desigual de gênero dos companheiros do sexo masculino despertavam muita resistência. Inevitavelmente, os membros de grupos de luta armada retrocediam às normas masculinas e patriarcais tradicionais.

Algumas mulheres podem ter conseguido papéis de liderança. Mas, na medida em que isso foi possível, foi devido à sua masculinização. Elas tiveram que lutar muito, chegando a serem agressivas em debates, e, como Vera lembrou, tiveram que ser capazes de colocar o seu “pau na mesa”, como os outros caras.⁵⁴

Em um meio dominado por homens, a incorporação de um comportamento rígido e determinado fez com que Vera Silvia Magalhães ganhasse respeito e capital político dentro de sua organização. Ao mesmo tempo, havia uma onda de desconfiança e de rejeição sutil a essas mulheres que circulavam entre os militantes. Eles, que especulavam sobre a possibilidade de que tal comportamento excessivamente masculino também significasse que elas eram, possivelmente, lésbicas enrustidas.⁵⁵

MASCULINIDADE REVOLUCIONÁRIA

Se a masculinização de algumas militantes permitiu a elas assumirem papéis de liderança na organização da luta armada, a feminização dos revolucionários masculinos, no entanto, estava fora de questão. Conceitos culturais brasileiros, em geral, rotularam homossexuais masculinos como efeminados, passivos, hesitantes e pouco confiáveis, enquanto os marxistas os viam

54 Magalhães, entrevista, 17 de julho de 2003.

55 Outro exemplo da tendência dos jovens revolucionários do sexo feminino em assumir uma personalidade masculina, a fim de adquirir legitimidade política dentro da ala revolucionária do movimento estudantil no final na década de 1970, consulte o depoimento oral de Célia in Patai, *Brazilian Women Speak*, 237. Madalena, que era membro de uma célula estudantil do Partido Comunista do Brasil na década de 1970, afirma que outros companheiros sabiam que ela era lésbica e não a discriminavam, mas ela também achava essa questão uma luta secundária, que não justificava ser discutida nos círculos do partido. Patai, *Brazilian Women Speak*, 260-62. Diante da falta de mais pesquisas, é difícil saber se esta aparente tolerância da homossexualidade feminina por estudantes membros do Partido Comunista Brasileiro era uma anomalia, um entendimento diferente da homossexualidade masculina e feminina dentro da esquerda brasileira, ou um produto da liberalização social e cultural de meados e final dos anos 1970.

como burgueses mesquinhos por natureza e potenciais traidores. Estas duas tradições juntas excluíram a possibilidade de homens homossexuais tornarem-se revolucionários.

Nada simbolizava mais a ideia de que um homem revolucionário precisava possuir uma forma específica de masculinidade do que as imagens e conceitos de Che Guevara, a figura emblemática do movimento de guerrilha latino-americano nas décadas de 60 e 70. “*El Hombre Nuevo*” (O Novo Homem) promovido por Che e imitado por seus seguidores era viril, barbudo, agressivo e tinha só um objetivo em mente que era o sacrifício pela causa, adiando prazeres mundanos do momento em busca de um futuro socialista glorioso.

A revolução cubana de 1959 teve um impacto profundo sobre a esquerda latino-americana. A derrubada da ditadura de Batista e o estabelecimento de um estado socialista fez da ilha um farol de esperança em todo o continente.

Os trabalhos do jornalista e revolucionário francês Régis Debray, preso na Bolívia depois de entrevistar Che Guevara, em 1967, ofereciam uma justificativa teórica para a realização de uma luta armada contra o regime militar brasileiro. Apontando o sucesso de Fidel e seu grupo de revolucionários na luta em Sierra Maestra, no final de 1950, a obra de Debray, *Revolução na Revolução*, sistematizou a teoria do foquismo e argumentou que um pequeno grupo dedicado de revolucionários poderia estabelecer uma base rural, desmoralizar um regime ditatorial, inspirar as massas rurais e os camponeses a se levantarem e, por último, derrubar um governo reacionário.

Para quem havia rompido com o que eles consideravam ser o programa moderado e reformista do Partido Comunista Brasileiro, bem como para a nova geração de jovens que se juntou ao movimento estudantil após 1964, a Revolução Cubana – e, especialmente, Che Guevara – corporificava o caminho revolucionário para o Brasil. E para o restante da América Latina.

Como é de conhecimento, Che Guevara, em 1965, deixou seu posto de Ministro da Indústria de Cuba para apoiar o movimento revolucionário no Congo.⁵⁶ Quando essa tentativa fracassou, se mudou para a Bolívia, onde foi morto, em 8 de outubro de 1967, durante a tentativa de construir uma base revolucionária na área rural, uma área estrategicamente localizada perto da Argentina e do Brasil, mas totalmente inóspita para uma campanha militar.

O impacto de sua morte foi profundo para revolucionários brasileiros. Herbert Daniel lembra: “A morte de Che nos pesaria como uma iluminação, uma tragicamente alegre evidência de que não importa onde, não estaríamos sós: éramos nós as outras mãos do Che; depois, se nós

⁵⁶ Veja, por exemplo, Jorge G. Castañeda, *Compañero: The Life and Death of Che Guevara*. Traduzido por Marina Castañeda (New York: Alfred A. Knopf, 1997).



sofrêssemos a mesma morte infinitamente pura, nada senão o desmedido gozo de partilhar da lenda. Porque o Che morreu na sua lenda, como parte do seu mito, inevitável e compreensível”.⁵⁷ Ao invés de ser desmoralizado pelo fim da campanha de guerrilha rural de Che, nas mãos de forças de contra insurgência, treinadas pelos EUA, Daniel lembrou que “a sua morte e derrota na Bolívia foi vivida como uma vitória e sua justificativa, ou uma certeza da inevitabilidade de um futuro vitorioso. Foi uma morte plena de esperança”.⁵⁸

Em uma coleção de ensaios publicados no Brasil sobre o vigésimo aniversário da morte de Che Guevara, Daniel Aarão Reis, que participou da luta armada duas décadas antes, comentou sobre a importância simbólica do revolucionário argentino que adotou a Revolução Cubana como sua

[...] o padre colombiano revolucionário Camilo Torres entrou na luta armada por um mundo melhor, os frades dominicanos no Brasil também ofereciam ajuda e assistência às organizações revolucionárias.

própria: “Alguns comunistas eram notórios ao se prepararem para sofrer, para morrer. Nossa opção foi diferente: em vez de sofrer, tornarmos prisioneiros, morrer, preparávamos para matar. Nossa escolha era a luta”. Para aqueles que fizeram esta escolha, Che personificava aquela postura militante. Reis lembrou que, durante as manifestações estudantis de 1966, 1967 e 1968, enquanto diversas tendências criticavam Fidel, Mao, Lenin e Stalin, a admiração por Che era unânime, e sua morte não abalou o mito.⁵⁹

Em todo o mundo, a imagem popularizada de Che Guevara com o cabelo longo solto, barba por fazer e boina preta com estrela vermelha se tornou um símbolo da juventude rebelde. Estudantes de cabelos compridos, que desafiavam os modelos tradicionais de gênero, com seus cabelos despenteados, imitavam sua imagem. A barba de Che poderia ser tanto um sinal de rejeição à burguesia, como poderia ser um símbolo que representa o sacrifício do conforto da domesticidade para a dura vida do guerrilheiro lutando na selva. Ele era um rebelde com uma causa, que estava disposto a abandonar o país e os amigos, pegar um rifle, e oferecer sua vida à revolução.

O retrato estilizado de Che, que se tornou tão onipresente no final da década de 60, também se fundiu com o símbolo mais antigo, mais poderoso e mais difundido na civilização ocidental, ou seja, o sacrifício de Cristo, sofrimento e martírio final. O corpo seminu do revolucionário assassinado,

57 Daniel, *Passagem para o próximo sonho*, 94.

58 Ibid.

59 Flávio Loutzii e José Corrêa Leite, *Che: 20 anos depois; ensaios e testemunhos* (São Paulo: Busca Vida, 1987), 213.

esparramado em uma maca rude na Bolívia rural, resultou em mais significados, simbólicos e fortes. Essa imagem cristã, lançada em cima da figura de um revolucionário marxista, também teve um forte apelo às centenas, se não a milhares de jovens brasileiros, que se juntaram à esquerda através de suas experiências na Juventude Universitária Católica e, mais tarde, na Ação Popular.

Os ex-seminaristas, jovens criados nas tradições da Igreja Católica, assim como os frades, freiras e padres que prestaram apoio à luta armada, foram motivados por ideias que viam os ensinamentos de Cristo como uma mensagem para os pobres e oprimidos. Assim como o padre colombiano revolucionário Camilo Torres entrou na luta armada por um mundo melhor, os frades dominicanos no Brasil também ofereciam ajuda e assistência às organizações revolucionárias. Como os padres que viviam e trabalhavam para e entre os pobres, Che Guevara tornou-se um símbolo ecumênico da figura revolucionária dedicada aos povos da América Latina em revolta.⁶⁰

A historiadora Florencia Mallon documentou o impacto da imagem de Che entre os apoiadores, militantes e líderes do MIR (Movimento da Esquerda Revolucionária), que participaram na luta armada no Chile, nas décadas de 1960 e 1970. De acordo com Mallon,

“As imagens desta jovem geração que, diante de uma forte ênfase em propaganda política (agitprop) dos primeiros anos do partido, foi uma ferramenta política extremamente importante, baseada diretamente na combinação do cubano barbudo, o romântico jovem barbudo e de cabelos compridos simbolizado por Ernesto ‘Che’ Guevara, e dos hippies rebeldes emergentes que pregavam o amor livre, dançavam rock e invadiam as barricadas do Estado burguês.”⁶¹

Mallon argumenta que a liderança central do MIR cultivou uma associação entre seu pessoal como a personificação do que se chama de masculinidade revolucionária com associações de imagens de Che, “tirando autoridade pessoal disto”. Combinando a personalidade de Che e a “boa aparência, estilo e masculinidade impetuosa” do roto macanudo, outro comportamento masculino dos homens chilenos da classe trabalhadora, a liderança MIR moldou um comportamento de gênero, que atraía a juventude para a organização revolucionária.

Em seu estudo sobre os esforços de organização entre os ativistas locais do MIR engajados no movimento agrário no sul do Chile, Mallon observa que, “ironicamente, os organizadores e agitadores mais bem sucedidos que foram atraídos para o MIR mais precisamente por causa de

60 Para acessar um relato mais detalhado do apoio dado pelos frades dominicanos à luta armada, e a relação entre teologia da libertação e movimentos revolucionários no Brasil, consulte a obra do Frei Betto, *Batismo de Sangue: a Luta clandestina contra a ditadura militar*, 11ª ed. revisada, (São Paulo: Casa Amarela, 2000).

61 Florencia E. Mallon, “Barbudos, Warriors, and Rotos: The MIR, Masculinity, and Power in the Chilean Agrarian Reform 1965-74” in *Changing Men and Masculinities in Latin America*, ed. Matthew C. Gutmann (Durham: Duke University Press, 2003), 180.

suas características intensas de confronto e de conduta, também foram aqueles que a liderança central era incapaz de controlar.”⁶² Além disso, como nos lembra Mallon, os imitadores de Che, enquanto ao cultivar esta imagem revolucionária, estabeleciam a heterossexualidade compulsória e rejeitavam o comportamento transgressivo de gênero.⁶³

Assim como os líderes da esquerda chilena se apropriaram da imagem de Guevara para promover uma imagem radical e rebelde, a juventude brasileira também se identificou com sua personalidade, principalmente com sua barba e cabelos longos, que eram sinais de masculinidade rebelde. Ivan Seixas lembrou o impacto que Che tinha sobre ele como um menino vivendo em um bairro de classe operária no Rio Grande do Sul em 1966 ou 1967. “Eu tinha cabelo comprido. Era um pouco por causa da geração Beatles, mas era muito porque adorava a figura de Che, que tinha cabelo grande, e nem por isso ele era considerado mulher ou veado.” Ivan lembrou de um incidente no qual ele sofreu um ataque físico por causa do seu cabelo. Ao ir a pé de sua casa até os correios no centro, ele passou pelas docas da cidade. “Tinha uns portuários lá, e eu com meu cabelo assim, e um deles disse: ‘Será que é menino ou menina? Guri ou guria? E os outros riram. E eu, muito porra louca como sempre fui, viro para trás e, com uma naturalidade dos insensatos, falei para ele: ‘Nem guri, nem guria, é a puta que te pariu’, e continuei andando feito um maluco.” Os dois estivadores correram atrás dele e o seguraram, exigindo que ele voltasse atrás em seu epíteto, mas Ivan, que tinha treze ou catorze anos na época, se recusou a ceder e pedir desculpas.⁶⁴

Embora Ivan tenha considerado que ele foi influenciado principalmente pela imagem de Che, o comentário de que seu cabelo longo o ligava de alguma forma à geração dos Beatles era significativo. Uma vez que, provavelmente, foram os elementos da indefinição de gênero trazidos pelo *rock and roll*, pelo movimento *hippie*, pela Tropicália brasileira e por outras contestações culturais da década de 60 que provocaram a inquietação e ira entre os estivadores. Enquanto Ivan achava que imitava seu herói revolucionário e entendia que seu cabelo longo não comprometia sua masculinidade, seus agressores tinham uma leitura muito mais simples de sua aparência.

Para eles, o cabelo comprido, a ambiguidade de gênero ou o traje colorido questionavam um comportamento de gênero normativo “apropriado”. Bem abaixo da superfície desta inquietação, estava a crença de que um homem que se apresentava daquela maneira deveria ser “viado”. Ivan insistiu que alguém poderia ter cabelo comprido e ser masculino, como Che Guevara, não se tornando uma “bicha”. Seus agressores, evidentemente, não poderiam fazer essa distinção.

62 Ibid., 183.

63 Ibid., 194.

64 Seixas, entrevista, 13 nov. 2002.

Embora a cultura da juventude internacional, tal como se desenvolveu no Brasil, possa ter quebrado alguns indicadores tradicionais de gênero, para que assim alguns jovens pudessem usar cabelos longos e roupas coloridas sem que esses estilos ameaçassem suas masculinidades, um novo comportamento cultural não eliminava um desprezo generalizado pela homossexualidade masculina, que foi confundida com efeminação.

ARMÁRIOS REVOLUCIONÁRIOS

No final da década de 60, Herbert Daniel, um estudante de medicina em Belo Horizonte, vivia entre dois mundos. Por um lado, começou a ter encontros sexuais furtivos com as pessoas que encontrava nas ruas ou em uma área do Parque Municipal, conhecido por ser um ponto de encontro para os homossexuais.⁶⁵ Ao mesmo tempo, ele queria desesperadamente ser um membro de uma organização revolucionária e, implicitamente, sabia que a maioria dos membros do grupo que ele queria entrar não aceitariam seus desejos sexuais.

Um dia, Laís Pereira, sua melhor amiga desde o ensino médio e membro ativo do movimento estudantil na Faculdade de Medicina, cautelosamente se aproximou dele com uma pergunta.⁶⁶ Alguém da esquerda tinha dito a ela que tinha visto Daniel deixar o Parque Municipal tarde da noite, o que foi considerado “estranho”. Conforme Pereira lembra, ela foi até Daniel e fez uma pergunta à “queimadura”, como se fosse verdade que ele tinha de fato ido ao parque à noite, com a sugestão implícita de que isso significava que andava procurando um parceiro sexual entre as sombras das árvores.

Daniel, conhecido por sua mente e língua rápidas, ofereceu uma explicação imediata. Ele estava participando de um grupo de estudo marxista clandestino no parque, e escolheu o local porque era escondido e discreto. Em uma época quando o sigilo sobre os detalhes de atividades políticas prevalecia, as pessoas evitavam perguntas sobre reuniões clandestinas. Pereira lembra, ainda, que ela caiu nessa explicação e tirou de sua mente a possibilidade de que Daniel era homossexual ou sexualmente envolvido com outros homens.

É difícil saber se a aceitação de Pereira da justificativa inverossímil de Daniel sobre seu paradeiro noturno foi uma maneira fácil para que ela acalmasse suas próprias suspeitas e não tivesse que lidar com a dura realidade, pois, como ela admitiu, 35 anos é muito para sua memória recordar o conto. Essa história, no entanto, indica a clara compreensão de Daniel de que ele precisava ser cauteloso, ao revelar sua homossexualidade, mesmo para sua melhor amiga.

65 Herbert Daniel, *Meu corpo daria um romance* (Rio de Janeiro: Rocco, 1984): 157-60.

66 Laís Pereira, entrevista com o autor, Belo Horizonte, Brazil, 6 jan. 2008.

Outro exemplo também ilustra este ponto. Na década de 60, um proeminente líder da União Nacional dos Estudantes (UNE), que tinha sido preso pelo regime militar, fez um passeio de trem à noite com outro membro da Ação Popular (AP).⁶⁷ Embora a AP não tivesse optado pela luta armada, na década de 60, a ditadura militar ainda proibia a organização.⁶⁸

O líder, a quem chamaremos de João, admitiu, para si mesmo, que se sentia atraído por outros homens, mas guardava muito bem esse segredo. Durante a viagem tediosa para um encontro clandestino de militantes da AP, Marcos, o companheiro de viagem de João e também membro da AP, dentro de um monólogo sinuoso sobre psicologia e sexualidade, finalmente perguntou como João reagiria se descobrisse que um outro membro da organização era homossexual. Embora João tenha ficado nervoso, porque temia que sua resposta pudesse revelar algo sobre seus próprios desejos sexuais secretos, respondeu que não faria nenhuma diferença para ele. Seu colega, em seguida, concordou com a sua resposta. A discussão acabou ali. Nenhum dos dois confessou suas inclinações sexuais por homens.

Até hoje, João não sabe se seu companheiro estava testando-o para então preparar o terreno para uma revelação, ou tentando descobrir se João era homossexual, ou se estava, simplesmente, em uma discussão teórica. No entanto, o medo glacial que João enfrentou quando seu camarada cautelosamente colocou a questão reflete o temor constante que ele sentia sobre a possibilidade de ser “exposto”. O grande receio de ser rejeitado e condenado ao ostracismo pela rede social coesa dos amigos do movimento estudantil, que havia-os aproximado, mais ainda, na vivência *underground* na oposição à ditadura, agiu como um eficaz mecanismo de silêncio. Se um militante revelasse seus desejos sexuais por um camarada, correria o risco de ser expulso da organização e se tornar um pária. O *ethos* da organização impunha heterossexualidade obrigatória ou, pelo menos, aparentava tal.

Estes dois exemplos, assim como o episódio contado no início deste artigo, proporcionam uma imagem unilateral, onde esquerdistas brasileiros pareciam incapazes de aceitar os homossexuais dentro de sua categoria. No entanto, a realidade, neste período, era muito mais complexa, e tendências compensatórias eram de uma intolerância generalizada. Em 1967, Daniel se juntou ao COLINA. Naquele mesmo ano, ele se apaixonou por Erwin Duarte, um jovem membro da organização, mas sem sucesso. Em seu livro de memórias, Daniel menciona sua paixão por outro companheiro em seu grupo revolucionário, sem oferecer detalhes sobre o caso.

Duarte, no entanto, recontou, confortavelmente, a história de sua amizade com Daniel, três décadas mais tarde. Em uma certa noite, os dois estavam dividindo um quarto, embora em

67 Carlos (pseudônimo), entrevista com o autor, Brasil, 17 de maio de 1995, gravação.

68 Haroldo Lima e Aldo Arantes, *História da ação popular da JUC ao PC do B* (São Paulo: Alfa-Ômega, 1984).

A censura de notícias, incluindo informações sobre a homossexualidade e o movimento internacional em desenvolvimento, foi particularmente dura entre 1969 e 1973, precisamente no momento em que a luta armada estava em seu apogeu.

rapidamente em seu livro de memórias, procurou Ângelo Pezzuti, seu melhor amigo na organização e líder no COLINA, por consolação. Nenhum dos outros cinco membros masculinos do grupo de luta armada que entrevistei sabia sobre a homossexualidade de Daniel quando estavam envolvidos na luta armada em Belo Horizonte, ou, pelo menos, não se lembram, hoje, se sabiam disso na época. No entanto, a única mulher que participou de uma unidade de combate da organização suspeitava da homossexualidade de Daniel, mas o assunto nunca surgiu entre eles. Daniel, como Carlos, líder estudantil e membro da Ação Popular, sentiu que tinha que guardar o segredo de seus desejos pessoais, embora ele tenha encontrado pelo menos um confidente que lhe ofereceu apoio. Daniel, mais tarde, e com cautela, encontraria outros.

Independentemente da empatia de Pezzuti, a decisão final de Daniel, como mencionado anteriormente, foi abstinência sexual. Na obra *Passagem para a Próxima Viagem*, ela lembra que era um “sacrifício” que ele estava disposto a enfrentar para ser um revolucionário. Ao relatar sobre o tempo em que estava em um treinamento de guerrilha, em 1970, no interior do Brasil, em Vale do Ribeira, Daniel escreveu: “Eu era feliz em Ribeira porque *não* me sentia reprimido. Sentia, como todos deviam sentir, que a ausência do sexo era uma necessidade da luta, assim como os desconfortos que sofriamos, a falta de comida, por exemplo”.

Em seu livro de memórias, Daniel contou este incidente a um ex-companheiro de combate para explicar seus próprios desejos reprimidos enquanto estava no movimento guerrilheiro. “Sabe, meu amigo, eu não era exatamente um militante homossexual. Era um homossexual exilado.”⁶⁹

camas separadas. Antes de adormecer, Daniel começou um monólogo longo e circunscrito que, eventualmente, insinuava sua paixão por Duarte, sem explicitamente indicar tal sentimento. Em um certo ponto, Duarte cortou o discurso de Daniel e perguntou-lhe diretamente: “Você tá querendo dizer o quê? Você tá apaixonado comigo?” Daniel confessou que era. E Duarte explicou que, embora ele não sentisse nenhuma atração por outros homens, isso não significava que eles não poderiam continuar sendo amigos.

Essa solução ainda pareceu causar a Daniel muita dor, e, como ele também mencionou



Daniel descreveu o exílio como interno, no qual ele fugia de suas próprias necessidades de sexo, amor e carinho.

Durante os quatro anos em que Daniel foi militante e, em seguida, um líder ao participar de três organizações diferentes da luta armada, conseguiu compartilhar seu segredo com pelo menos três militantes femininas, mas, como ele afirmou em seu livro de memórias, o *ethos* da esquerda havia criado um clima em que ele ainda sentia que sua homossexualidade era incompatível com a *práxis* revolucionária. Ele permaneceu abstinente por cinco anos.

Por que Daniel foi capaz de revelar seus desejos sexuais reprimidos para poucas pessoas apenas ao longo dos anos passados na luta armada? Por que João se recusava a revelar seus sentimentos mais profundos para outro companheiro que parecia disposto a falar sobre a questão? Por que o romance de Mário e Carlos na prisão levou-os ao ostracismo e até mesmo a um possível justicamento? Por que as estruturas ideológicas, que se preocupavam com a sexualidade através dos desvios dos pequenos burgueses e da homossexualidade como uma manifestação de decadência burguesa, eram tão poderosas para serem derrotadas? Em parte, a dinâmica da luta armada deixou pouco espaço para debates pessoais ou existenciais coletivos.

No início da década de 70, a maioria dos grupos ficou presa em um ciclo vicioso. As unidades clandestinas precisavam planejar assaltos a bancos e outras ações para obter fundos suficientes para refúgios seguros e para ficar um passo à frente da polícia. Em vez de acumular armas e recursos para realizarem atividades de guerrilha rural, que a esquerda radical concordava fortemente ser o meio estratégico para derrubar o regime, a maioria das organizações acabou se concentrando na sobrevivência diária. Dentro desta dinâmica de sobrevivência pela própria sobrevivência, a esquerda revolucionária tornou-se cada vez mais isolada na clandestinidade. Neste contexto, tentar levantar novas questões sobre os papéis de gênero e sexualidade parecia impossível.

Igualmente importante, os militantes de esquerda, no meio de grandes esforços para se manterem vivos, tinham pouco acesso, ou tempo, para elaborar ou absorver novas ideias sobre como enquadrar questões de sexualidade dentro dos discursos da esquerda. De certa forma, eles não tinham a linguagem, ou não podiam imaginar a possibilidade de enfrentar membros de suas organizações que haviam baseado suas atitudes homofóbicas sobre um quadro complexo de discursos profundamente enraizados sobre homossexualidade, comuns na esquerda e na sociedade brasileira como um todo.

Como mencionado anteriormente, poucos relatos sobre o “poder gay” chegaram à imprensa brasileira. A censura de notícias, incluindo informações sobre a homossexualidade e o movimento internacional em desenvolvimento, foi particularmente dura entre 1969 e 1973, precisamente no

momento em que a luta armada estava em seu apogeu. Herbert Daniel e outros esquerdistas revolucionários, com desejos homoeróticos, que se envolveram em batalhas contra a ditadura, simplesmente não tinham fácil acesso a essas ideias na década de 60.

Pelo contrário, o *ethos* da masculinidade revolucionária prevaleceu como a personificação da própria revolução. A luta armada de oposição ao regime exigiu extremo sacrifício pela causa, mas parecia oferecer um caminho para derrotar a ditadura e o início de uma reestruturação radical da sociedade brasileira.

Este foi, também, um meio de autorrealização para a juventude radical. A Revolução Brasileira pedia um “Novo Homem”, que ignorava preocupações pessoais e estava disposto a transformar-se para se tornar um autêntico revolucionário. A dinâmica interna das diferentes organizações exigia que aqueles que vinham da classe média, um setor social da maioria das organizações, precisavam provar seu valor como revolucionários autênticos, ao se transformar em encarnações humanas do ideal revolucionário. As pressões de grupos sociais, o desejo de pertencer ou de se ajustar e os modelos revolucionários disponíveis conspiravam para reforçar essa construção da masculinidade revolucionária.

REAVALIAÇÕES

Tudo isso iria mudar depois que o governo desestruturou com sucesso as organizações de luta armada. Na prisão, no exílio, ou totalmente afastado da atividade revolucionária e na clandestinidade, os militantes começaram a repensar seus passados e construir novos caminhos políticos e pessoais para o futuro.

Alípio Freire, um líder da organização maoísta Ala Vermelha, e seus companheiros presos em São Paulo, por exemplo, passaram por um longo processo de autocritica interna e concluíram que a luta armada tinha sido uma estratégia fracassada.⁷⁰ Da mesma forma, Carlos lembrou, quando estava na prisão: “nós tínhamos perdido a batalha e o essencial, agora, era pensar como sair da cadeia e encontrar uma outra forma de militância, entrar em contato com a sociedade, saber o que se passa em vez de ficar aqui cantando a internacional e fazendo o jogo de preso político.”⁷¹

70 Entrevista com Alípio Freire pelo autor, 27 de novembro de 2009, São Paulo, Brasil. Gravação digital. Freire publicou uma coleção de memórias sobre as experiências de prisão de revolucionários que documenta os debates e discussões que aconteceram na prisão. Alípio Freire, Izaías Almada, J. A. de Granville Ponce, *Tiradentes, um presídio da ditadura: memórias de presos políticos* (São Paulo: Scipione Cultural, 1997).

71 Carlos (pseudônimo), entrevista com o autor, Brasil, 22 de junho de 2004.

Da mesma forma, Espinosa começou uma reavaliação de suas atividades políticas no passado, enquanto cumpria pena por ser um líder de organização revolucionária, e percebeu que a estratégia de guerrilha não iria derrubar a ditadura. Quando foi libertado da prisão, ele voltou para sua cidade natal de classe operária, onde se envolveu no trabalho político e tornou-se jornalista.⁷²

A reavaliação de Carlos e Mário da prática política do passado forneceu também a estrutura para desafiar aqueles que seriam seus executores. Parecia que a relutância de Carlos em continuar escondendo sua vida pessoal enquanto estava na prisão também contribuiu para sua postura de ataque. Ele, de fato, virou o jogo sobre seus agressores, ao inverter estereótipos tradicionais sobre homossexualidade masculina e, ao mesmo tempo, reforçando e apelando para o ideal de masculinidade revolucionária, alegando ser mais macho do que seus agressores. O fato de não ter revelado informações, sob tortura, o colocou em uma posição superior àqueles que o condenaram. Ao desmasculinizar aqueles que falaram em justificação, ele neutralizou suas forças.

Daniel também começou a reavaliar seu envolvimento político do passado, embora sob circunstâncias bem diferentes. Depois de que, praticamente, todos os membros de sua organização tinham sido presos, ou ido para o exílio, Daniel permaneceu isolado em um apartamento fechado até que Cláudio Mesquita, um simpatizante da luta armada, ofereceu-lhe assistência. Enquanto estava escondido, os dois começaram um longo diálogo sobre questões pessoais e políticas, incluindo sua homossexualidade.⁷³ Em 1974, eles conseguiram passaportes falsos e fugiram do país.

Começaram um relacionamento, em 1975, e permaneceram no exílio europeu por sete anos. Em 1979, Daniel e Mesquita organizaram um debate sobre a homossexualidade em Paris, o centro dos exilados brasileiros na Europa, que criou uma nítida divisão entre várias centenas de ex-dirigentes e militantes do movimento revolucionário que viviam no exterior. Alguns revolucionários exilados recusaram-se a discutir a questão, argumentando que era uma questão pessoal e uma questão secundária que desviava a atenção do que deveria ter sido o foco principal: exigir anistia para todos os presos políticos e exilados.

A maioria desses esquerdistas também mantinha conceitos tradicionais sobre a homossexualidade. Outros defendiam uma discussão aberta sobre o tema entre a esquerda brasileira, e uma minoria crescente apoiava as ideias dos movimentos feminista e de gay e lésbicas.⁷⁴ Para esse

⁷² Roberto Espinosa, *Abraços que sufocam* (São Paulo: Viramundo, 2000).

⁷³ Herbert Daniel, *Meu Corpo daria um romance* (Rio de Janeiro: Codecri, 1982).

⁷⁴ Denise Rollemberg, *Exílio: Entre raízes e rades* (Rio de Janeiro: Record, 1999), 224-27; Jean Marc Van der Weid, entrevista pelo autor, 13 de agosto de 2010, Rio de Janeiro, Brasil; Gloria Ferreira, entrevista pelo autor, 10 de outubro de 2010, Rio de Janeiro, Brasil,

evento, Daniel escreveu um documento, intitulado “Homossexual: Defesa dos Interesses?,” que apresentou uma discussão teórica radical sobre a política da homossexualidade.⁷⁵

Os tempos haviam mudado no Brasil, bem como entre os exilados brasileiros que viviam na Europa. Em 1974, com a eliminação dos últimos remanescentes da luta armada, uma crise econômica e o surgimento de uma forte oposição política legal ao regime, Ernesto Geisel, o quarto presidente militar, iniciou um movimento em câmera lenta em direção à democracia. Mais uma vez, os estudantes tomaram as ruas, em 1977, para exigir o fim da ditadura militar. Políticos da oposição venceram as eleições de 1978, na maioria dos grandes centros urbanos. Ativistas de esquerda clamavam por uma lei de anistia, que foi aprovada em 1979, permitindo o retorno dos exilados políticos e a libertação da maioria dos presos políticos. Muitos deles se reintegraram na política durante o processo de democratização e tornaram-se líderes importantes da esquerda brasileira reorganizada.

Um ambiente politicamente mais aberto deu espaço para novos movimentos sociais. Organizações feministas, afro-brasileiras, e de gays e lésbicas se formaram. Em abril de 1978, um grupo de intelectuais começou a publicar o *Lampião da Esquina*, um jornal mensal que provocou um debate nacional sobre questões de gays e lésbicas. A revista também se promoveu como um veículo para defender as mulheres, os negros, os indígenas e o meio ambiente. E reportagens de capa do jornal traziam notícias do movimento das mulheres, do Movimento Negro Unificado e outros movimentos políticos e sociais.⁷⁶

Em 1979, um setor de esquerda surgiu dentro do movimento de gays e lésbicas, buscando um diálogo com a esquerda brasileira e com o movimento sindical sobre a homofobia e a discriminação.⁷⁷ Da mesma forma, as feministas e ativistas negros debatiam novas ideias sobre gênero e raça, dentro das várias novas organizações e publicações e, mais amplamente, entre grandes setores de oposição ao regime militar, uma vez que o país se moveu lentamente em direção a um regime democrático.⁷⁸

Muitos esquerdistas começaram a repensar as estratégias políticas e, em 1980, em coligação com sindicalistas e ativistas da Igreja, fundaram o Partido dos Trabalhadores. Na sua primeira convenção, em setembro de 1981, o líder dos trabalhadores, Luiz Inácio Lula da Silva, declarou:

gravação digital.

75 Herbert Daniel, “Homossexual: Defesa dos Interesses?,” republicado em *Gênero* (Niterói) 8, n° 2 (1° semestre 2008): 15-21.

76 Ver, por exemplo, *Lampião da Esquina*, n° 8 (janeiro de 1979); n° 11 (Abril de 1979); n° 15 (Agosto de 1979) e n° 30 (Novembro de 1980).

77 Green, “Desire and Militancy.”

78 Veja Alvarez, *Engendering Democracy in Brazil* e Michael George Hanchard, *Orpheus and Power: The Movimento Negro of Rio de Janeiro and São Paulo, 1945-1988* (Princeton: Princeton University Press, 1994).



“Não aceitaremos que, no PT, o homossexualismo seja tratado como doença e, muito menos, como caso de polícia.”⁷⁹ Embora não significasse que a esquerda brasileira tinha repensado por completo questões de gênero e sexualidade, isso marcou o início de uma mudança de atitudes em relação à homossexualidade, entre outras questões.⁸⁰

Alguns membros da geração politizada de 1968 não apoiaram facilmente estas novas ideias. Muitos esquerdistas ainda argumentavam que o feminismo dividia homens e mulheres. Outros insistiram que discutir o racismo, no Brasil, criava hostilidade entre brancos e negros, o que era estranho à cultura brasileira. Em debates públicos sobre a homossexualidade, alguns argumentavam que a luta pela igualdade de direitos para gays e lésbicas dividia a ampla oposição contra a ditadura militar.⁸¹

Um ex-revolucionário que retornou, através da Lei da Anistia de 1979, acabou inundado de controvérsias. Fernando Gabeira, que participou do sequestro do embaixador dos EUA em 1969, começou a conceder entrevistas apoiando ideias feministas, o movimento ambiental e o movimento gay emergente. Muitos de seus ex-companheiros logo o rejeitaram. Para eles, Gabeira não era mais uma parte da luta. Ele tinha “desbundado.” Para completar, ele usava uma tanga escandalosa na praia de Ipanema, e se espalhou, imediatamente, por toda a esquerda, o rumor que ele, provavelmente, era homossexual.

Embora os grupos de gays e lésbicas tenham se organizado por todo o país, o movimento permaneceu pequeno, concentrando-se mais na defesa pela crise da AIDS.

Gabeira lembrou dessa reação, em uma entrevista que concedeu ao *Lampião da Esquina*, logo depois de voltar do exílio. “Creio que, depois dessa entrevista, aumentaram os rumores a meu respeito. Alguns velhos amigos me cumprimentavam pela sinceridade e achavam até que meu depoimento poderia ajudá-los numa reavaliação de sua trajetória de machos. Outros, não acompanharam meu rito. Aceitavam-me como terrorista, não como homossexual.”⁸² O fato de que Gabeira não é realmente gay não parece importar

79 *Folha de São Paulo* (28 de setembro de 1981): 6

80 Para mais detalhes sobre esse processo, consulte a obra de Green, “Desire and Militancy.” Lesbians, Gays, and the Brazilian Workers’ Party.”

81 Dantas, “Negros, mulheres, homossexuais e índios nos debates da USP,” 9-10; Green, “Desire and Militancy,” 57-70.

82 Fernando Gabeira, *Entradas e Bandeiras* (Rio de Janeiro: Codecri, 1981), 99; “Fernando Gabeira fala, aqui e agora, diretamente dos anos 80,” *Lampião da Esquina* (Rio de Janeiro) 2, nº 18, Nov. 1979, p. 5-8.

muito àqueles que se sentiram desconfortáveis com as novas políticas e personalidade do ex-guerrilheiro.

Em 1981, Herbert Daniel, que reprimia sua homossexualidade ao participar da esquerda revolucionária, retornou do exílio europeu e tornou-se um escritor. Em 1986, ele se candidatou à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em uma plataforma de esquerda, que incluía uma forte defesa dos direitos de gays e lésbicas, com a expectativa de que ele seria eleito com o apoio de novos eleitores.⁸³

No entanto, ele foi derrotado. Embora os grupos de gays e lésbicas tenham se organizado por todo o país, o movimento permaneceu pequeno, concentrando-se mais na defesa pela crise da AIDS. O Partido dos Trabalhadores tinha formalmente afirmado ser contra a discriminação de gays e lésbicas, mas ativistas dentro do partido se sentiram frustrados com a falta de apoio concreto à sua causa.⁸⁴ Levaria mais uma década para uma segunda e mais forte onda de ativismo surgir para, por fim, construir alianças estratégicas com o Partido dos Trabalhadores e com outros setores de uma esquerda transformada em financiadora de campanhas nacionais contra a homofobia e a discriminação.

POSFÁCIO

Qualquer um que narra eventos que ocorreram há décadas atrás enfrenta uma série de questões teóricas e metodológicas relacionadas com a memória e história. Embora estas questões estejam fora do foco principal deste artigo, vale a pena apresentar uma memória alternativa da história de Carlos e Mário, sem tentar desvendar todas as razões, motivações e truques envolvidos nas diferentes versões do incidente.

Seria razoável questionar se Ivan Seixas se lembrou, com precisão, dos acontecimentos que ocorreram em sua cela há quarenta anos. Na época, ele tinha dezesseis anos, seu pai havia sido morto, sob tortura, e ele era um prisioneiro político intratável e teimoso.⁸⁵ Embora ele alegue que era tolerante em relação à homossexualidade entre seus companheiros esquerdistas, é bem provável que Seixas, que permanece politicamente ativo, tenha mudado suas atitudes pessoais sobre o erotismo do mesmo sexo, uma vez que a sociedade brasileira se tornou mais tolerante em

83 Liszt Vieira, entrevista com o autor, 28 de junho de 2006, Rio de Janeiro, Brasil.

84 Roberto de Oliveira Silva, entrevista com o autor, 19 de julho de 1997, São Paulo, Brasil, gravação em fita cassete. Naquela época, Silva era líder do Grupo de Gays Lésbicas do PT em São Paulo.

85 Ivan Seixas, entrevista com o autor, 13 nov. de 2002, São Paulo, Brasil. Até hoje, Seixas considera que a sua decisão de se juntar a seu pai no Movimento Revolucionário Tiradentes foi esforço nobre, apesar de que toda a sua família foi presa, seu pai foi morto durante o interrogatório e sua mãe forçada a ouvir a agonia da morte do marido da cela onde ela estava sendo detida.

relação à homossexualidade na década de 90. A partir daí, um movimento de massas mobilizou milhões nas ruas para exigir igualdade de direitos e o fim da discriminação.

Eu realizei duas entrevistas com Ivan Seixas sobre os acontecimentos que ocorreram na prisão de Tiradentes, em 1972. E uma breve entrevista que confirmou os detalhes de sua história com Alípio Freire, que também permanece politicamente ativo, e testemunhou o confronto, concordando com a versão de Seixas sobre os eventos.⁸⁶

Posteriormente, realizei uma longa entrevista com Freire para confirmar que um líder de outra organização política, preso na mesma cela com ele, naquela época, de fato ameaçou uma execução sumária. Se essa pessoa, de fato, levaria isso adiante, em 1972, ou se estava apenas agindo com falsa bravura, nós, provavelmente, nunca saberemos. O fato é que, no início de 1970, um grande segmento da esquerda brasileira manteve os conceitos tradicionais sobre a natureza reacionária e imoral do homossexualismo.

No entanto, eu estava ansioso para ouvir as memórias de Carlos sobre esses eventos, e finalmente consegui localizá-lo e realizar uma longa entrevista.⁸⁷ Sem contar, primeiro, a versão de Ivan Seixas sobre o passado, pedi-lhe para narrar o que ele se lembrava sobre quaisquer conflitos com os envolvidos no caso, enquanto estava na prisão. Durante a entrevista, Carlos admitiu que teve um caso com Mário e que tinha sido descoberto enquanto eles estavam cumprindo pena na prisão.

O relacionamento sexual e romântico com Mário tinha começado em 1967, quando ambos eram estudantes universitários. Logo após, Carlos juntou-se ao movimento revolucionário, mas mantiveram seu caso em segredo. Depois de Carlos deixar a prisão, exilou-se, casou-se, e deixou de ter relações sexuais com homens. “Até conhecer a minha mulher com quem estou legalmente casado, há vinte e cinco anos, Mário era o grande amor da minha vida” – afirmou.⁸⁸

De acordo com Carlos, quando ele chegou pela primeira vez na prisão de Tiradentes, os membros de outros grupos revolucionários o trataram bem. “Era uma tática deles, chamar pessoas que estavam chegando e eram de outros grupos para eles conhecerem. Mas, eles só chamavam pessoas que sabiam que não tinham fraquejado sob tortura. Eles sabiam do meu bom comportamento.” Como Ivan havia relatado em sua história, Carlos, de fato, não revelou

86 Entrevista por telefone com Alípio Freire pelo autor, 14 de junho de 2006, Brasil, anotações.

87 Carlos, entrevista, 22 de junho de 2004, Brasil.

88 Ibid.

nenhuma informação importante ao ser torturado durante os interrogatórios.⁸⁹ No entanto, ele, Mário, e outros membros de sua organização, que haviam sido presos, condenados e estavam cumprindo pena, começaram a questionar seus ideais revolucionários.

De acordo com Carlos, ele, Mário, e outros companheiros de seu grupo, se afastaram dos outros presos políticos.

“Você passa a ser mal visto, te taxam de estar largando a militância e depois você vira duas coisas muito claras, ou você vira bicha ou você vira policial e foi o que aconteceu conosco. Teve um cara que passou a puxar papo comigo, me perguntando o que eu achava da situação revolucionária e tal, por sorte, ou sei lá, eu não disse nada e depois fiquei sabendo que era uma armação, que qualquer coisa que eu falasse seria pretexto para ele e outros que estavam esperando me agredirem por ser contra revolucionário. A história é esta.”

Neste ponto, contei o episódio de Seixas. Carlos riu e exclamou “Que barato” ele comentou, indicado que tinha gostado deste conto. “Então, não aconteceu como Ivan me contou”, eu perguntei. “Acho que não”, ele respondeu. Quando eu insisti no assunto, ele continuou. “Não foi assim que aconteceu, mas pode ser a soma de uma série de histórias do nosso cotidiano, que foi comprido, e faz sentido, porque isso poderia ter certamente acontecido. [...] Eu devo ter falado isso para uma ou duas pessoas em particular. Mas, de eu ter entrado em uma cela e falado para todos, por certo que não fiz.”

Depois na entrevista, Carlos comentou: “na verdade, eu gostaria que tivesse acontecido isso. Seria muito maior o orgulho. O passado é totalmente subjetivo... um caleidoscópio... e foi assim que ficou na memória dele. Na verdade, eu gostaria que tivesse acontecido isso. Seria muito maior o orgulho [se fosse assim].”

⁸⁹ O fato de que Carlos não revelou informações sobre seus companheiros é confirmado por um comentário nos documentos da polícia política no Arquivo Público do Estado de São Paulo, de que ele tinha sido particularmente intransigente e não cooperativo ao ser interrogado, um comentário raro de ser encontrado em registros escritos. Documentos em posse da autora.



60ª CARAVANA DA ANISTIA, MANIFESTAÇÃO NAS RUAS, FORTALEZA/CE, 4 DE AGOSTO DE 2012.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



O LEGADO DE LELIO BASSO NA AMÉRICA DO SUL E SEUS ARQUIVOS DE ROMA:

AS PARTICULARIDADES HISTÓRICAS DAS TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS NOVOS DIREITOS¹

Alberto Filippi

Doutor em Filosofia, Universidade de Roma La Sapienza (Itália)

Professor da Universidade de Camerino (Itália) e Buenos Aires e Córdoba (Argentina)

Simbolicamente, com este VII Seminário, organizado pela Universidade Federal da Paraíba, Lelio Basso retorna ao Brasil. Nesses dias de novembro, completaram-se 34 anos da viagem feita por Lelio para presidir o “I Congresso Brasileiro pela Anistia”, realizado no período de 2 a 5 de novembro de 1978, na cidade de São Paulo, poucas semanas antes de sua morte em Roma, no dia 16 de dezembro.

O “I Congresso” foi organizado, entre outras pessoas, pelo Deputado Ulisses Guimarães, por Terezinha Zerbini (fundadora do Movimento Feminino pela Anistia), pelo cardeal Paulo Evaristo Arns, pelo jurista Hélio Bicudo (Comissão Justiça e Paz de São Paulo), por Hélio Silva (Associação Brasileira de Imprensa), por Eduardo Feabra e outros intelectuais e representantes da sociedade civil, que começava a exigir, publicamente, no Brasil, a lei da “Anistia Ampla, Geral e Irrestrita”, que foi promulgada em 28 de agosto de 1979. A delegação Europeia, juntamente com Lelio Basso, estava integrada por Etienne Bloch (Comitê de Solidariedade Brasil-França), Louis Joinet (ex-presidente do Sindicato Francês de Magistrados, membro da Associação

¹ Conferência proferida no VII Seminário Internacional de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), realizado com o apoio da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, em celebração ao anúncio da digitalização do fundo documental do Tribunal Russel II pelo Estado brasileiro.

Internacional de Juristas Democráticos de Bruxelas e da Pax Romana de Paris), André Jacques (Organização Internacional de apoio aos Refugiados do Mundo Inteiro), Jean Bernard Weber e Paul Guilly Hart (Suíça).

Porém, quais seriam os antecedentes da viagem de Basso? Brevemente, veremos o cenário político e o contexto internacional e americano dessa época para compreender o significado das lutas contra as ditaduras e as violações sistemáticas dos direitos na América do Sul, e poder entender, hoje – quase meio século depois – os textos conservados nos “seus arquivos” da Fondazione Basso em Roma: porque eles iluminam o presente da memória.

Efetivamente, estudar os documentos destes arquivos exige e implica em aprofundar-nos em nossas histórias, deixando evidentes os fatos e conjunturas que permitam valorizar as diversas formas como se aunaram a resistência popular com a reivindicação dos direitos que a ditadura negava a todos os brasileiros. Também permite analisar, em retrospectiva, e compreender, no nível “nacional” e “internacional”, as formas que foi assumindo a construção social, jurídico-política e institucional dos direitos, no meio de continuidades e rupturas, ao longo dos anos da elaboração da justiça de transição e do novo estado constitucional de direito, em cada um dos países sul-americanos que saíram das ditaduras.

1. BASSO, PRECURSOR DA JUSTIÇA TRANSICIONAL. ETAPAS E TEMAS DO SEU VÍNCULO COM A AMÉRICA LATINA

Para estudar as contribuições de Basso nos seus contextos americanos, é indispensável distinguir cinco momentos chaves das suas intervenções e as incisivas contribuições para os processos de democratização e para a justiça transicional daqueles anos, em que foi um precursor e promotor de “novos” direitos:

1. A “Anistia e as Liberdades Democráticas na Venezuela” (1965).
2. A “Transição jurídico-política rumo ao socialismo” na experiência do governo da Unidade Popular no Chile (1971-1973).

3. “Análise, denúncias e sentenças contra as Ditaduras da América do Sul” nas três Sessões do Tribunal Russell (1974-1975-1976).
4. A “Anistia Geral, Direta e Irrestrita” na democratização do Brasil (1978).
5. Dos direitos da “pessoa humana” aos direitos dos povos e a Carta de Argélia (1978), que estende para novos sujeitos e comunidades a titularidade dos direitos que já tinham sido reconhecidos como direitos humanos referidos (só) à “pessoa”.

Vamos tratar dos desenvolvimentos e extensões no reconhecimento dos novos direitos – da “terceira geração”, poderíamos dizer, continuando na cronologia das etapas indicadas por Norberto Bobbio – para grupos de pessoas ou comunidades, historicamente excluídos como sujeitos jurídicos, que sofreram condições excepcionais de negação dos direitos como “pessoas” que tinham sido objetos dos “desaparecimentos forçados”, direitos reconhecidos muitos anos depois por meio de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, do dia 20 de dezembro de 2006.²

Todos e cada um destes cinco momentos da relação de Basso com a América do Sul – como veremos – estão relacionados, além de sua ordem cronológica, com a visão primordial e essencial que Basso teve como “constituente” da Constituição italiana de 1947. E com sua militância prática e teórica na construção de uma alternativa jurídico-política radical e revolucionária frente ao fascismo, junto com as diferentes forças políticas como as socialistas, as católicas, comunistas e republicanas, que durante as lutas da Resistência tinham prefigurado a concepção democrática da futura Constituição.

Basso, então, teórico e prático do direito e do Estado constitucional (democrático e social) de direito, jurista socialista das transições democráticas e da justiça que *precede, acompanha e define* os processos transicionais, cujo primeiro laboratório foi a Itália que saía do nazi fascismo e, depois, a América Latina das terríveis décadas do final do século passado.

Àqueles que não viveram estes tempos da cultura política europeia com relação à América Latina se surpreende que, em torno de Basso, desde quando estava organizando sua mudança (nos meados dos anos sessenta) de Milão para Roma, assim como a fundação do Istituto per lo Studio della Società contemporânea, organizou um grupo interdisciplinar de análise da América Latina que, com a exceção da Fundação Einaudi, não tinha, então – e não teve por muito tempo – outra instituição à altura na Itália, entre os centros de estudos latino-americanos que não estivessem

² O famoso livro de Norberto Bobbio tem o nome de *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990, no qual publica novamente o seu pioneiro artigo sobre o tema, “La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo”, em AAVV, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Arti Grafiche Plinio Castello, Turin 1951, pp.53-70.

vinculados às universidades. De Celso Furtado até Miguel Angel Asturias, os irmãos Carlos e Ángel Rama, Rafael Alberti, Darcy Ribeiro, Arnaldo Córdoba, Alonso Aguilar; de Armando Córdoba aos irmãos José Agustín e Hector Silva Michelena, Manuel Antonio Garretón, André Gunder Frank, Norberto Lechner, Theotónio dos Santos, Juan Carlos Portantiero, Julio Cortázar, Darío Pavez Basso, Francisco Delich, (e muitos outros que agora não me lembro), foram passando pela via Della Dogana Vecchia, ou reuniam-se com Lelio em Roma, alimentando um diálogo e um conhecimento sobre a realidade latino-americana que foi excepcional no nível europeu, e fizeram de Basso um interlocutor privilegiado para as esquerdas latino-americanas desse irrepetível período, de utopias e fracassos das gerações entre os sessenta e os setenta.

Quase todos nós – em solidariedade com o exemplar esforço que Lelio estava fazendo para dar vida ao Issoco e instalá-lo na estupenda sede do centro, a poucos metros da Praça do Panteão – trabalhamos sempre *ad honorem* e, graças à ampla cultura política e jurídica, convivemos com quem vinha das mais diversas experiências acadêmicas e da militância, desde Franco Zannino até Sergio De Santis, Antonio Lettieri, Guido Calvi, Guglielmo Ragozzino, Rino Petralía, Umberto



KRUSCHEV INAUGURA O CONGRESSO MUNDIAL DA PAZ (JULHO DE 1962).
A FUNDO, LÉLIO BASSO, PRESIDENTE DA DELEGAÇÃO ITALIANA.

Di Giorgi, Giovanni Battista Zorzoli, desde Linda Bimbi até Ignazio Delogu, Roberto Magni, Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, e participantes convidados como Paolo Sylos Labini, Luigi Spaventa, Federico Caffé, Umberto Cerroni, Albert Hirschman, entre outros.

Aconteceu que, no ano de 1970, fui chamado para dar início aos estudos sobre a América Latina no Curso de Ciências Políticas que acabava de instituir-se na Universidade de Camerino, e como devia passar muitos dias longe de Roma, meu vínculo com o Issoco diminuiu, por motivos óbvios. No entanto, em muitas atividades, mantive uma estreita colaboração. É importante lembrar agora que, em plena harmonia com Basso – e no âmbito da primeira sessão do Tribunal Russell (em Roma, entre 30 de março e 6 de abril de 1974) – organizamos, na Universidade de Camerino, o primeiro congresso europeu sobre “A experiência político-institucional do Chile da Unidade Popular” (8-9 de maio) com o apoio da Facoltà di Giurisprudenza e do Istituto Giuridico, dirigidos pelos juristas Gino Labruna e Giorgio Gaja. Participaram muitas pessoas que também foram os protagonistas, ao mesmo tempo, da resistência à ditadura de Pinochet e do estabelecimento do começo da reflexão crítica sobre a esperada e lenta transição democrática no Chile: José Antonio Viera-Gallo, Bernardo Leighton, Jorge Arrate, Luigi Berlinguer, Umberto Cerroni, Gino Giugni, Luigi Ferrajoli e Guido Calvi.

Em termos gerais, e para concluir esta introdução, digamos que os grandes núcleos conceituais das contribuições de Basso podem se resumir (em evidente assimetria e a-sincronia às diferentes histórias de cada país da América do Sul) em três grandes questões temáticas.

Primeiro. O conhecimento específico dos mecanismos de funcionamento econômico, político e militar das ditaduras latino-americanas durante a fase de maior expansão e domínio do imperialismo dos Estados Unidos na América do Sul, nas condições internacionais de Coexistência Pacífica entre as duas grandes potências que tinham relegado o continente americano sob a influência direta de Washington. É o tema norteador em todas suas variantes específicas das diferentes Sessões dos Tribunais Russell sobre América Latina, isto é, sobre o Brasil, Argentina, Chile e Uruguai. Muitos dos documentos e textos compilados entre 1974 (Roma), 1975 (Bruxelas) e 1976 (Roma) são materiais de base e fontes da “justiça transicional” “em” e “de” cada um destes países, cuja atualidade deve ser rigorosamente valorizada, como estamos fazendo nos trabalhos deste VII Seminário da Universidade Federal da Paraíba sobre “Justiça de Transição”, organizado pelo colega Giuseppe Tosi e os seus colaboradores: direito à justiça, à memória e à verdade”; assim como acontece com iniciativas análogas, especialmente aqueles que tomará – esperamos – a “Comissão da Verdade” em colaboração com a “Comissão da Anistia”.

Segundo. Intervenção direta para fortalecer os processos de democratização, exigir a libertação dos presos políticos, o reconhecimento das liberdades democráticas e o respeito da legalidade nas instituições. É o caso da ativa participação de Lelio na “*Conferenza Europea per l’Amnistia dei detenuti politici e le libertà democratiche in Venezuela*” (Roma, junho de 1965) e no I Congresso Brasileiro pela Anistia, realizado em São Paulo. Em ambos os casos, por iniciativa de numerosas organizações sindicais e populares, da sociedade civil, de intelectuais e políticos da Venezuela, Brasil e Europa, exige-se a aplicação da Constituição da Venezuela (promulgada 16 de janeiro de 1961), desde então, ainda transgredida pela Lei de Comutação de Penas (que se tinha sancionado em fins de 1964), e da Constituição do Brasil de 1967 (que tinha sido ulteriormente pisoteada pelo nefasto Ato Institucional nº 5 do 13/XII/1968) e que dará origem – com todos os limites, mas também com a importância transicional que hoje se lhe reconhece – à Lei de Anistia de 1979³.

Nestes casos que Basso chamava de “*controrivoluzione*” na Venezuela e no Brasil, sua presença intelectual e política, com as denúncias da ilegalidade e da impunidade, marcou o processo de democratização jurídico-política nos inícios das práticas que agora denominamos, em suas diferentes etapas e conteúdos, como de elaboração e aplicação da *justiça transicional*.

3 Sobre as contradições entre “Anistia do Governo” e “Anistia do Povo”, remito aos ensaios de Danyelle Nilin Gonçalves, “Os múltiplos sentidos da anistia”, em *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, nro. 1, janeiro-junho 2009, e de Roberta Camineiro Baggio, “Anistia e reconhecimento: o processo de (des) integração social de transição política brasileira”, em *Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*, Comissão de Anistia, Centro de Estudos Latino-americanos da Universidade de Oxford, Brasília e Oxford, 2011.

Deve-se reconhecer que, nos anos em que viveu Basso, não se havia formulado de maneira explícita – em termos de história do direito e das instituições – a relação determinante entre “*justiça*” e “*transição*”, a respeito da *construção social e jurídico-política dos direitos* e da recuperação documental da memória como base da reparação e as obrigações do Estado. Fazia-se em relação a violações graves e sistemáticas dos direitos humanos nos territórios “nacionais” (e fora deles). Como bem lembra Glenda Mezarobba, na sua longa entrevista a Juan Méndez, presidente do International Center for Transitional Justice, as práticas sociais e institucionais que permitiram o reconhecimento dos direitos foram se difundindo e se consolidando, só nos últimos anos, ainda que – acrescento – suas raízes históricas remontem precisamente à resistência, denúncia e condenação dessas violações – como fizeram Basso e os juristas democráticos europeus e americanos – como bases precursoras e promotoras dessas “obrigações” dos Estados⁴.

Neste sentido, o trabalho de Basso e de todos os colegas, testemunhas, acusadores e relatores das sessões do Tribunal não foi possível sem a ação anônima e heróica dos primeiros autores da (defesa de) a democracia jurídica, isto é, dos advogados e juristas latino-americanos os que – para limitar-nos, neste caso, o Brasil – e como nos lembrava há pouco tempo atrás Dom Paulo Evaristo Arns, “naquela época de muitos temores, arriscaram suas próprias vidas e carreiras profissionais para se dedicarem a defender, na grande maioria dos casos gratuitamente, as vítimas da violência política”⁵.

Quero lembrar, aqui, com admiração e respeito, citando-as como exemplos dessa reconstrução da memória coletiva de que tanto precisamos para a compreensão de nossa história contemporânea: Dalmo Dallari, Luiz Eduardo Greenhalgh, Eny Moreira, Wilson Mirza, Hélio Bicudo, Sobral Pinto, Modesto da Silveira, Mário de Passos Simas, George Tavares, Marcello Alencar, Sigmaringa Seixas, Marcelo Cerqueira, Técio Lins e Silva e Heleno Cláudio Fragoso.

No caso da América dos anos 1960 e 1970, da Venezuela ao Brasil, do Chile à Argentina, tratava-se, eminentemente, de chamar em defesa dos direitos do homem e dos povos que, segundo Basso e seus colaboradores, deviam entender-se como reconhecidos e tutelados em continuidade com a já sublinhada concepção “constituinte” da “*pessoa humana*” como sujeito de direito dos indivíduos e dos “povos” (enquanto comunidades de múltiplas pessoas organizadas em sociedade). Entendidos, em resumo, como “pessoas-sujeitos” – de gênero, de culturas, de religiões, de etnias – precedentes e fundadores da legitimidade dos Estados, já que os direitos individuais são a base

4 A entrevista de Glenda Mezarobba a Juan Méndez foi publicada em *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, nro. 7, ano 4, pp. 169-175. As “obrigações”, tal como configurado desde a época de Basso até esta primeira década do século XXI, se podem sintetizar, sempre de acordo com a tipologia de Juan Méndez, em: a) investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos; b) revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e à toda sociedade; c) oferecer uma reparação adequada e as garantias de não repetição; d) afastar os criminosos dos órgãos estatais relacionados com o exercício da lei ou outras atividades públicas. Veja Glenda Mezarobba, “Do que se fala quando se diz justiça de transição?”, em Bethânia Assy, Carolina Melo, João Ricardo Dornelles e José Maria Gómez (organizadores), *Direitos Humanos: Justiça, Memória e Verdade*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 245-259.

5 Paulo Evaristo Arns, Prefácio a *Os advogados e a ditadura de 1964. A defesa dos perseguidos políticos no Brasil*, organizadores, Fernando Sá, Osvaldo Munteal e Paulo Emilio Martins, Editora Puc-Rio, Rio de Janeiro e editora Vozes, Petrópolis 2010.

de uma concepção, que permite conjugar a progressiva constitucionalização de tais direitos com sua expansão internacional durante e depois da imaginada “transição ao socialismo” que – segundo o paradoxo sublinhado por Ricardo Lagos – se transformou da “transição à democracia”:

Esta concepção de “pessoa” se entrelaçava e se potencializava em Basso com seu ideal socialista da emancipação das classes trabalhadoras, dos grupos subalternos e dos juridicamente mais fracos. Para o Chile de Allende, tal como Basso o tinha pensado para a Itália na reconstrução institucional depois da ditadura, tratava-se de valorizar o processo republicano de constitucionalização dos direitos e do vínculo estratégico entre soberania popular e democracia.⁶

Se, por um lado, os problemas políticos e teóricos da “justiça transicional” dos direitos estão centrados em gerar os processos de democratização para superar a repressão e os conflitos armados da época das ditaduras, pelo outro lado, a peculiar e grande contribuição de Basso, dirigente do socialismo europeu, foi pesquisar e refletir desde o ponto de vista jurídico-político sobre a “transição ao socialismo” na – ainda inédita, a nível mundial – experiência da “*via chilena ao socialismo*”. Isto é, compreendida “respeitando o princípio de legalidade e – como afirmava o Salvador Allende – a tradição republicana e democrática do Chile”. Legalidade “que foi imposta após uma luta de muitas gerações ante o absolutismo e a arbitrariedade no exercício do poder do Estado”⁷. Mas, sobre este ponto que tanto marcou o socialismo do século passado entre Europa e América Latina, voltarei mais adiante.

Em breve: sublinho que, entre 1965 e 1978, do começo ao final, a presença de Basso nos processos de democratização por uma “justiça de transição” na América Latina – e, para ampliar as bases sociais e culturais do consenso para uma nova hegemonia jurídico-política democrática, sendo que a sua contribuição foi feita a partir de sua grande experiência na constituinte italiana, como jurista democrático e europeu – resultou ser determinante.

Terceiro. Se observarmos atentamente estes “momentos bassianos” na lenta elaboração cultural dos direitos, a qual podemos denominar, depois de meio século, como a construção permanente dos sujeitos jurídicos (entre o início dos anos sessenta), que correspondem à Venezuela, país em que, em primeiro lugar, se pensou em dar começo e, logo, reconhecer que se devia abandonar a luta armada, e o final dos anos setenta, quando esse mesmo processo aconteceu na Argentina, podemos perceber não só o *desfase* e a *assincronia* entre os tempos das tentativas revolucionárias, como resposta ao terrorismo de Estado, e os golpes cívico-

6 Tema que continua sendo importante, sobre o qual Basso insistiu numa de suas obras de maior relevância teórico-política, e que também estava no centro de nossas conversações sobre as instituições na América Latina, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità nella costituzione en ella realtà italiana*, Feltrinelli, Milano 1958.

7 Salvador Allende, *Obras completas (1970-1973)*, Barcelona: Editorial Crítica, 1989, pp. 45 e 159.

militares, senão também como esses “momentos” foram as bases concretas, historicamente determinadas por suas condições específicas, do início dos processos de transição e de seus correspondentes “formas jurídico-políticas de justiça” em cada país⁸.

Estudar os documentos destes arquivos exige e implica em aprofundar-nos em nossas histórias, deixando evidentes os fatos e conjunturas que permitam valorizar as diversas formas como se aunaram a resistência popular com a reivindicação dos direitos que a ditadura negava a todos os brasileiros.

Tais “momentos” permitem fazer uma indispensável “periodização” e uma análise igualmente comparada dos anos em que Basso o fez nos processos históricos, políticos e institucionais em nossos países (por parte de latino-americanos e europeus), tal e como está recolhida e evidenciada nos documentos dos arquivos Basso, cuja leitura e entendimento atual seria impossível sem uma “paráfrase crítica” e uma contextualização histórica de seus conteúdos e relativas denotações e conotações próprias dessa época da história sul-americana, continental

e internacional. Contextualização que deve ser realizada, não só no que se refere às fontes documentais, que estão na Itália (ou na França, na Bélgica, na Suíça ou na Suécia) senão, e muito especialmente, “cruzando,” relacionando-os em seus contextos as fontes europeias com as do (neste caso) Brasil, para obter uma visão de conjunto que faça com que os textos sejam inteligíveis e torne compreensível a história comparada deste período histórico determinante e crucial.

Penso, por exemplo, nos arquivos do Dops (analisados meticulosamente, no estado da Paraíba, Lucía Guerra e suas colaboradoras), o Arquivo de Sebastião Curió Rodrigues de Moura, o Arquivo do Comissão de Direitos Humanos da Camora, o Arquivo Nacional (sede do centro de referência das lutas políticas no Brasil, desde 1964 até 1985) o Arquivo Edgard Leuenroth da Unicamp ou o Centro de Documentação e Memória da Unesp, etc.

Também considero que devemos reconhecer que, por muitas razões, ainda falta muito por investigar na recente história política institucional e cultural – do ponto de vista da “cultura dos direitos humanos” – de nossos países, especialmente se quisermos fazer uma história comparada das instituições visando a integração regional no Mercosul e na Unasur.

⁸ Assim como está documentado no recente, criterioso e clarificador ensaio de Marcelo D. Torelly em *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito. Perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*, Belo Horizonte: Editora Forum, 2012 e, mais no geral, os casos em nível internacional, editados por Naomi Roth-Arriaza e Javier Mariezcurrena, *Transitional Justice in the Twenty-first Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Servem, pois, estas reflexões como base para a memória e a crônica dos processos de democratização, considerando as múltiplas peculiaridades assimétricas e assíncronas da construção social dos direitos e da justiça nos diferentes países e situações que Basso conheceu mais de perto e com maior intensidade: Venezuela, Chile, Brasil.

Para isso, considero que seja muito útil comparar a periodização que vou sugerir mais adiante, com a que foi proposta por Ruti Teitel e Paige Arthur nos ensaios recolhidos e editados pelo Félix Reátegui, assim como as considerações gerais de Paulo Abrão e Marcelo Torelly no prefácio do livro *Justiça Transicional*: “Democratização e Direitos Humanos: compartilhando experiências da América Latina”⁹.

Só antecipo que minha proposta é fazer uma periodização, ainda inédita, para os estudos da história institucional na América Latina, a qual, no meu modo de ver, deve reconhecer o começo das transições democrático-constitucionais, no ano de 1958, com a queda do regime ditatorial do general Marcos Pérez Jiménez, defensor da geopolítica anticomunista – do começo da guerra fria (com a guerra da Coreia 1950-53) – condecorado pelo governo do presidente Eisenhower e elogiado, repetidas vezes, pelo Secretário de Estado, John Foster Dulles. Lembrem-se que, neste esquecido, porém especial, período, uma terceira parte das inversões dos Estados Unidos na América Latina, e a metade das utilidades das mesmas, estavam na Venezuela.

Este começo das transições democráticas, e da consequente constituição da Venezuela de 1961, será radicalmente eclipsado e esquecido pelas mudanças geopolíticas (e institucionais), geradas – como o veremos – com a revolução cubana e com a “Crise dos Mísseis” que os soviéticos trataram de instalar em Cuba, em 1962.

2. BASSO, JURISTA CONSTITUINTE E PROMOTOR DE NOVOS DIREITOS DA PESSOA E DOS POVOS

Mas, voltemos a Lelio Basso e às peculiaridades da sua formação filosófica e política como socialista e jurista na primeira metade do século XX europeu.

9 Félix Reátegui (editor), *Justiça transicional. Manual para a América Latina*, Brasília: Comissão de Anistia, 2011. Refiro-me aos artigos “Genealogia da justiça transicional” de Ruti Teitel, p. 135 (inicialmente publicado em *Harvard Human Rights Journal* v.16, pp.69-94, primavera 2003, Cambridge, MA); “Como as ‘transições’ reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição” de Paige Arthur (inicialmente publicado no *Human Quarterly*, nº31, pp.321-367, 2009, The John Hopkins University Press); e, mais no geral, “Perspectivas transicionais sobre anistias”, de Louis Mallinder, em *Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*, ob. cit.

Neste ponto, é necessária uma advertência ao leitor latino-americano. Enquanto, em italiano, a bibliografia sobre Basso e sua obra é muito extensa e diversificada, cronológica e tematicamente, em espanhol e em português, com exceção de alguns artigos meus, é inexistente. Talvez pelo fato de que as mesmas razões pelas quais tem havido uma deliberada ignorância sobre os conteúdos dos arquivos que Basso foi acumulando sobre Argentina, Brasil e América Latina no geral, e que só agora – acompanhados pelo imenso empenho nas relações com a América Latina, da Presidente da Fondazione Basso, a magistrada Elena Paciotti –, voltemos estudar e valorar retrospectivamente como bases documentais das transições democráticas¹⁰. Portanto, nesta oportunidade, vou insistir sobre alguns traços biográficos de Lelio que, partindo da Itália, nos introduz na compreensão de seus vínculos com a realidade latino-americana do século passado.

Então, quem era Lelio Basso? Lelio nasceu em 1903, na cidade ligure de Varazze, licenciou-se primeiro em direito pela universidade de Pavia, com uma tese sobre “O conceito de liberdade em Karl Marx” (em 1925). E, depois, em filosofia, analisando o pensamento do teólogo protestante Rudolph Otto, um dos protagonistas da escola neo-kantiana e de fenomenologia alemã (em 1931). Iniciando, assim, uma especial e permanente atenção à cultura cristã – do cristianismo democrático – que, junto com o marxismo, foi um das linhas condutoras do seu pensamento durante toda sua vida. Ainda muito novo, em 1933, Basso já colaborava com “Justiça e Liberdade”, depois de tê-lo feito com Piero Gobetti e de escrever para a revista *Rivoluzione Liberale*.¹¹

Desde a colaboração juvenil com as revistas do protestantismo italiano, ou o diálogo com o dirigente católico popular Giuseppe Dossetti nas colunas de *Cronache Sociali*, até sua última intervenção crítica como Senador no parlamento sobre a revisão da Concordata entre o Estado italiano e o Vaticano¹².

¹⁰ Cfr. A. Filippi, “Fuentes para el derecho: los Tribunales Russell sobre América Latina”, capítulo III do artigo “*Damnatio Memoriae y Humanitas del Derecho*”, em *Memoria y Derecho Penal*, número monográfico da revista *¿Más derecho?* (Pablo Eiroa e Juan M. Otero compiladores), Fabián di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008, pp. 67-74. Especificamente, com referência à Argentina, a parte documental que conserva a inestimável memória histórica das lutas pelo direito presente na Fundação Basso, está testemunhada em 504 textos recolhidos em 12 caixas com seus relativos anexos, para um total de 5500 páginas, que constituem o Fundo: Sezione internazionale - Diritti dei popoli, Sezione 340 Argentina (seu inventário foi realizado por Antonella Capitanio e Simona Luciani). Com relação ao Brasil, mais de 60 mil peças documentais estão conservadas no Fundo Tribunale Russell II (1972-1976), Sezione 342 Brasile do Fondo Diritti dei popoli (1964-1985), Sessioni del Tribunale permanente dei popoli relative al Brasile (1990, 1991, 1999), que correspondem ao projeto de digitalização de documentos denominado “O Brasil no Arquivo da Fundação Lelio e Lisli Basso - Issoco”, patrocinado pela Comissão da Anistia do Ministério da Justiça de Brasil.

Mas a respeito da importância de esta documentação, veja A. Filippi, “Derecho a la memoria para un derecho con memoria”, capítulo IV do artigo *Damnatio Memoriae y Humanitas del Derecho*, em *Memoria y Derecho Penal*, op.cit. pp. 74-80 e Emilio Crenzel, *La historia política del “Nunca Más”: la memoria de las desapariciones en la Argentina*, Siglo XXI editores, Buenos Aires 2008, pp. 27-51.

¹¹ Remeto à evocação do próprio Lelio Basso em “Introduzione” na *Le riviste di Piero Gobetti*, (a cargo de Lelio Basso e Luigi Anderlini) Feltrinelli, Milano 1961 e aos dados biográficos nos textos de Fausto Nitti, “I 60 anni di Basso” em *Mondo Nuovo*, N.38, Roma, 29 de dezembro de 1963, Antonio Saccà, “Ritratto di Lelio Basso, em *Il pensiero nazionale*, 16-31 gen. 1971, n. 2, pp. 14-15 y *Lelio Basso: teórico marxista e militante político*, a responsabilidade de Enzo Callotti, Oskar Negt e Franco Zannino, com escritos de Lelio Basso e uma bibliografia de Fiorella Ajmone, Franco Angeli editor, Milão 1979.

¹² Sobre esta “continuidade” no diálogo de Basso com os políticos de formação cristã, remeto aos textos recolhidos por Giuseppe Alberigo, Lelio Basso, *Scritti sul cristianesimo*, Casale Monferrato, Marietti editore, 1983, e o indicado respeito do concordato com o Vaticano, veja, nas suas intervenções específicas em, *Discorsi parlamentari*, Senato della Repubblica, Roma, 1988.

Dito de passagem, estes antecedentes ajudam a compreender a colaboração de Basso com os juristas cristãos e europeus católicos que denunciaram a ditadura do Brasil com o apoio de Dom Paulo Evaristo Arns, que, em 1972, tinha fundado “Justiça e Paz” de São Paulo e, depois, foi um dos autores do livro *Brasil Nunca Mais*; todas atividades que culminam no, já citado, “Primeiro Congresso Brasileiro pela Anistia”, do qual Basso foi um dos protagonistas¹³.

Depois de várias peripécias na clandestinidade, Basso reaparece em Milão, em 1943 – segundo o testemunho de seu amigo Norberto Bobbio – quando este último militava no Partito d’Azione e Basso acabava de fundar o “Movimento di Unitá Proletaria” que iria se fundir aos companheiros do “Centro interno” de Rodolfo Morandi de Milão no Partito Socialista di Unitá Proletaria. Não é à toa que eles se reuniram no dia 25 de julho, memorável para a Itália, durante as manifestações pela queda de Mussolini, decidida pelo Grande Conselho do partido fascista e por ocasião de um encontro numa sede clandestina do Partito d’Azione, no qual participam, além de Basso, Norberto Bobbio e representantes de outros partidos da Resistência: Giorgio Amendola, Stefano Jacini, Ferruccio Parri e Riccardo Lombardi, todos empenhados em discutir e redigir um documento comum sobre a nova conjuntura.

Durante os anos da luta contra a ditadura de Mussolini, foi forjando sua combativa personalidade de dirigente, como lembra Bobbio. Evocando essa jornada, memorável para ambos, é precisa e de evidente simpatia a descrição do líder socialista: “olhos vivazes, temperamento nervoso, homem de fé e de ação”. Bobbio compreendeu, – dessas primeiras impressões que se repetirão muitos anos depois – que “Basso era um dos que tinham maior autoridade na oposição ao fascismo, sendo, ademais, um orador eficaz que sempre tenho admirado e, também, um pouco invejado”¹⁴.

O certo é que as elaborações jurídico-políticas da Assembleia Constituinte de 1946 e 1947, da qual foi um dos principais protagonistas, representaram para Basso uma conquista fundamental para a configuração da democracia italiana. Concepção de democracia como síntese que implica o reconhecimento dos direitos sociais (reivindicados pela tradição do socialismo e do comunismo italianos), assim como dos direitos de liberdade (reivindicados pela tradição do liberalismo político), direitos de liberdade e igualdade próprios, em síntese, da “*pessoa humana*” como sujeito jurídico que provém da sistematização constitucional conseguida durante os trabalhos da célebre Comissão dos 75, (que terminou suas atividades em 12 de janeiro de 1947) e, especialmente, na Primeira parte, o célebre artigo 3, no qual as contribuições de Lelio Basso (junto com Palmiro

13 Para estudar aquela excepcional iniciativa, veja: Louis Joinet e Mario Stasi, *Mouvement International des intellectuels catholiques*, Paris, Pax Romana, 1977. Sobre a colaboração de Basso com os católicos durante os trabalhos do Tribunal Russell e da conferência internacional de juristas que ele organizou em maio de 1976 em Genebra, que estabeleceu as bases da Declaração Internacional dos Direitos dos Povos, todos esperamos as memórias específicas da maior colaboradora de Basso deste período, Linda Bimbi.

14 N. Bobbio, *Autobiografía*, Laterza editor, Bari-Roma 1997, pp.61 y 188. Sobre Basso e a resistencia remeto também aos testemunhos de Leo Valiani, Dario Venegoni, Cesare Mussatti, Giordano Azzi e Luciano Vaccari, disponíveis em *Lelio Basso*, Edizioni Punto Rosso, Milano 2012.

Togliatti e os legisladores comunistas, democrático-cristãos, liberais e republicanos) foram de transcendente relevância, conceito da “*pessoa humana*” que tornou-se um dos pilares da reconstrução democrática da Itália.

Para Basso e os constituintes católicos, entre os quais estavam os juristas Giorgio La Pira, Aldo Moro e Giuseppe Dossetti, haviam dedicado grande atenção ao tema da autonomia da pessoa como fundamento dos direitos e a qual, segundo a fórmula do próprio Bobbio, devia denominar-se a “*democracia integral*” (enquanto síntese do exercício efetivo dos “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais”). Por ser o mais novo dos juristas da Comissão constituinte (dos 75) Moro estabeleceu uma relação muito especial com seu colega mais velho, Basso que, por sua vez, soube apreciar seus recentes *Lezioni di filosofia del diritto tenute presso l’università di Bari. Il diritto 1944-45. Appunti sull’esperienza giuridica: lo Stato 1946-47*, nas quais a ideia fundamental era a busca de uma nova síntese que evitasse as graves falências do fascismo e do estalinismo e na qual a pessoa humana, em sua individualidade e na sociedade, fosse protagonista da nova constituição do Estado.¹⁵

Nestas posições dos constituintes, teve relevância a de Pietro Calamandrei (do Partito d’Azione), vinculado às teorias do jovem Bobbio, elaboradas nos seus anos na Universidade de Camerino, que partindo de Nicolai Hartmann tinha teorizado os conceitos – que antecipam os da futura sociologia jurídica – de “*pessoas sociais*” e de “*sociedade de pessoas*” em polémica com a concepção do Carl Schmitt¹⁶.

É importante transcrever, para o conhecimento dos estudantes brasileiros de direito e de ciências políticas, dois artigos com alguns dos princípios fundamentais da Constituição italiana (aprovada em 22 de dezembro de 1947), paradigma precursor na Europa, e, no Ocidente em geral, do Estado Constitucional (democrático e social) de Direito no século passado.

“Art.1. *Itália é uma República democrática baseada no trabalho. A soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição.* Art.3. *Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais e sociais. É competência da República eliminar os*

¹⁵ É importante, sobre este aspecto essencial, ler hoje as considerações que fez o Basso aos trinta anos da Costituzione italiana em *Stato e costituzione*, Atti del Convegno organizzato dall’ISSOCO e dal Comune di Alessandria, a cura di Franco Livorsi, Venezia, Marsilio, 1977, pp. 65-70, 86-94 e 124-133. Sobre a peculiaridade histórica do comunismo italiano desde *antes e depois* da constituição, veja o ensaio de Roberto Gualtieri, “Palmiro Togliatti, e la costruzione della Repubblica”, em *Togliatti nel suo tempo*, organizado por Roberto Gualtieri, Carlo Spagnuolo, Ermanno Taviani, Carocci editore, Roma 2007.

¹⁶ Os ensaios foram publicados em 1938, “La persona e società” en *Annali dell’Università di Camerino*, Camerino, vol. XII, (primeira parte) e “La persona nella sociologia contemporanea”, vol. XII (segunda parte), nas páginas 219-255 e 161-177 respectivamente. Acrescenta-se que a lição inaugural do curso de Bobbio no ano acadêmico 1945-46 (então na universidade de Padova) foi, de maneira significativa, intitulado “A pessoa e o Estado” Sobre a questão veja A. Filippi, “La filosofia politica de Norberto Bobbio”, em Francisco Javier Ansuátegui Roig e Alberto Iglesias Garzón (editores), *Norberto Bobbio. Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Universidade Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2011, p. 161-166. Sobre a convergente visão dos democratas-cristãos presentes na assembleia sobre a constituinte e a constituição italiana veja o recente estudo do Paolo Pombeni sobre *Giuseppe Dossetti. L’avventura di un riformatore cristiano*, il Mulino, Bologna 2013.

obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país."

Salvatore Senese – um dos maiores colaboradores italianos de Basso – havia percebido como essa concepção não só se reflete no citado artigo 3º da Constituição italiana, como no artigo 49 que deve se considerar intimamente vinculado com o artigo 1º: "a soberania popular pertence ao povo" entendido como um conjunto determinado e específico de pessoas que compõem a comunidade nacional e, no sentido jurídico-político mais universal, é referida às diversas "comunidades" dos povos constituídos pelas múltiplas identidades ético-culturais de pessoas, sujeitos, todos eles, de direitos."¹⁷

[...] permite analisar, em retrospectiva, e compreender, no nível "nacional" e "internacional", as formas que foi assumindo a construção social, jurídicopolítica e institucional dos direitos, no meio de continuidades e rupturas, ao longo dos anos da elaboração da justiça de transição e do novo estado constitucional de direito, em cada um dos países sul-americanos que saíram das ditaduras.

Nos termos jurídico-políticos de Basso, tratava-se de dar uma colocação de sujeitos jurídico-políticos "aos homens reais," cujos direitos preexistem antes de "um governo determinado"; direitos que merecem uma radical e substancial "reelaboração" para reconhecer seu caráter de sujeitos históricos "do novo, (escrevia, de maneira precursora, Basso no distante ano de 1975) *direito internacional*." "Ou seja, não são unicamente os Estados, como ocorre hoje em dia, os que podem esgrimir a arma do direito, também os povos, ou seja, os homens reais, devem ser sujeitos ou, ao menos destinatários, de normas jurídicas."¹⁸

Basso estava convencido de que, assim como havia sido possível e necessário conseguir o crescimento e a expansão dos direitos reconhecidos pela Constituição democrática de 1947 no contexto italiano de maneira análoga e o proposto futuro desenvolvimento das instituições

¹⁷ Salvatore Senese, "Lelio Basso e la formazione di un giurista democratico" em *Lelio Basso: la ricerca dell'utopia concreta*, op. cit., pp. 220-21.

¹⁸ Lelio Basso, "I diritti dell'uomo in un mondo in trasformazione" em *Il risveglio de i popoli. Lega internazionale per i diritti e la liberazione dei popoli*, citado com o título de "Le Radici" en AAVV. *Tribunale permanente dei popoli, Le sentenze, 1979-1991*, (a cargo de Gianni Tognoni), Nuova Cultura editrice e Bertani editore, Verona 1992, p.24.

jurídico-políticas de uma “*democracia real*”; esse primeiro movimento histórico europeu de emancipação devia corresponder, com o passar dos anos, também à extensão e à afirmação internacional dos direitos humanos e dos povos nos espaços geopolíticos do que, na época, se chamava “Terceiro Mundo”, especialmente a América Latina.

A primeira etapa dessa extensão conceitual e especial dos direitos fora da Itália iniciou-se, para Basso, com a mencionada Conferência de 1965, em Roma, promovida pelo “Comitê para a Anistia e a liberdade dos presos políticos na Venezuela”, presidida pelo senador Miguel Acosta Saignes, (e seus vice-presidentes José Vicente Rangel, Luis Miquilena e José Herrera Oropeza), cuja razão de ser explicarei a seguir. Onde havia sido relator, com um texto original e precursor da denúncia do imperialismo, do “despotismo econômico” dos oligopólios internacionais, como obstáculos ao exercício do que ele denominava como a “*democracia real*” na região. “A conferência – explicava Basso – apela a todos para que somem seus respectivos protestos, destacando que, na América Latina, como em todos os países e em todos os tempos com seus relativos sistemas políticos, o respeito aos direitos elementares e modernos do homem, contidos na Declaração Universal de 1948, é a condição primordial e essencial ao exercício da *democracia real*”¹⁹.

Observem que nesse inovador arrazoado de defesa dos direitos e da democracia na Venezuela encontra-se, *in nuce*, a concepção com que Basso contribuirá ao futuro Tribunal Russell sobre América Latina que culmina com a citada “Conferência Internacional da Argélia” (1978) na qual se aprova a “Declaração Universal dos Direitos dos Povos”, assim como a constituição, depois da morte de Lelio, dos denominados “Tribunais de opinião”, como foi o conhecido Tribunal Permanente dos Povos (Bolonha, junho 1979)²⁰.

Quando se pensa que essa experiência inicial de Basso para o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos na Venezuela teve o apoio de Jean Paul Sartre e do próprio Bertrand Russell, além de muitos outros intelectuais e políticos da cultura europeia e latino-americana, podemos entender que acabará sendo um precedente jurídico-político e organizativo muito importante para preparar no contexto da opinião pública internacional a futura gestação do Tribunal Russell instituído por Lelio

19 Mas veja-se o discurso integral de Lelio Basso, “La violazione delle libertà democratiche in Venezuela”, na *Conferenza Europea per l’amnistia dei detenuti politici e per le libertà democratiche in Venezuela*, Edizioni l’Almanacco, tipografia Faciotti, Roma 1966. Para uma reconstrução dessa importante “Conferência internacional”, veja meu testemunho no ensaio “Socialismo e democrazia in America Latina nell’esperienza intellettuale, politica e giuridica di Lelio Basso” em *Lelio Basso: la ricerca dell’utopia concreta*, sob responsabilidade de Andrea Mulas, Edup editor, Fondazione Basso, Roma 2006, no qual evoco alguns episódios da organização da conferência preparada por Manuel Caballero, Marco Negrón, e eu mesmo como representantes da Frente de Libertação Nacional da Venezuela na Europa, junto com os companheiros da Sezioni Esteri del Partito Comunista Italiano, Giuliano Pajetta, Dina Forti e Paolo Diodati e do Partito Socialista di Unità Proletaria fundado o ano anterior e presidido por Lelio Basso, assim como da Associação Internacional dos Juristas Democráticos, cujo secretário geral Joe Normand e seu colega italiano Bruno Andreozzi, o senador Umberto Terraccini (que tinha sido o presidente da Assembleia Constituinte Italiana de 1946) os quais deram-nos generoso e constante apoio junto com Claude Lanzmann e Simone de Beauvoir na França e Christopher Farley para as relações com Russell, assim como de Paul Rose que presidia o grupo dos deputados trabalhistas do parlamento britânico.

20 A conhecida expressão “Tribunais de opinião” foi sustentada, entre outros, por um dos mais apreciados colaboradores de Lelio no Tribunal Russell sobre América Latina, François Rigaux, como é revisto no seu artigo “Lelio Basso e i Tribunali d’opinione”, em *Il Veltro*, Roma, sep-dezembro 1999.

sobre América Latina (1974-1976)²¹, que são hoje, aqui na Universidade Federal da Paraíba, o objeto de nossa atenção e de solene homenagem a Basso, celebrando ademais o acordo, para digitalizar seus arquivos, entre o Ministério da Justiça do Brasil e a Fondazione Lelio e Lisli Basso em Roma.

“Fazemos um chamado – tinham escrito por sua vez os promotores venezuelanos da Conferência – a todos os povos do mundo, aos que participaram na jornada de 8 de junho em Roma e a todos os homens e mulheres de sensibilidade democrática, para que se redobrem os esforços para o êxito de nosso único objetivo: que na pátria de Simón Bolívar nenhum homem seja assassinado por suas ideias políticas e que não seja possível prendê-lo por defendê-las”²².



LISLI CARINI E LELIO BASSO EM FRENTE À UNIVERSIDADE LOMONSÓV, MOSCOU, DURANTE O CONGRESSO MUNDIAL DA PAZ (JULHO DE 1962).

Por sua parte, Basso concluía sua intervenção em Roma afirmando a convicção de que para chegar a um “governo democrático” capaz de “se apresentar como um modelo para os países latino-americanos”; a Venezuela devia, antes de mais nada, “eliminar as causas fundamentais que deixado o país na precariedade, tornando difícil a convivência entre os cidadãos. O primeiro passo para isso – insistia Lelio – deve ser a Anistia”²³.

De fato, e após muitas contradições, o “processo de pacificação” se iniciou durante a presidência de Raúl Leoni (1964-1969), começando por fazer efetiva a Lei de Comutação de Penas (1964), que permitiu que saíssem das cadeias numerosos presos políticos e preparou as condições para a legalização dos partidos de esquerda que tinham participado na luta armada (menos o grupo guerrilheiro de Douglas Bravo), e aplicar formas específicas de anistia – durante a presidência de Rafael Caldera (1969-1974). Anistia que, vários anos depois e em outro contexto jurídico, ia significar também para Brasil o começo institucional da transição democrática.

Mas depois da Venezuela façamos, de novo, uma breve referência à guerra do Vietnã e ao apoio que o povo vietnamita teve a partir da iniciativa dos dois filósofos Prêmios Nobel europeus: Russell e Sartre. E, pouco depois, Lelio Basso.

21 Para a documentação, reenvio a *Atti della prima sessione del Tribunale Russell. Cile, Bolivia, Uruguayo. Violazione dei diritti dell'uomo*, Marsilio editore, Venezia-Padova 1975 e Linda Bimbi (editor), *Tribunale Russell II. Brasile, violazione dei diritti dell'uomo*, Feltrinelli, Milão 1975. Mas vejam os esclarecedores ensaios sobre cada ponto das diversas sessões escritos por Linda Bimbi, Salvatore Senese, Elena Paciotti e Raniero La Valle em *Lelio Basso: la ricerca dell'utopia*, op.cit.

22 “Prefácio” do Comité Promotor (Roma, janeiro 1966) à publicação das atas da *Conferenza europea*, op.cit., p.8

23 L. Basso, “La violazione delle libertà democratiche in Venezuela”, op. cit., p. 33.

Para os jovens que não sabem, devo recordar que Bertrand Russell fundou o “Tribunal Internacional sobre os Crimes de Guerra”, junto com Jean Paul Sartre, em Londres, em novembro de 1966, no mesmo ano em que foi publicado pela editorial Allen and Unwin, o seu livro *Crimes de guerra no Vietnã*. O tribunal trabalhou em duas sessões no ano posterior, na Suécia e na Dinamarca, em Estocolmo (2-10 de maio 1967) e Copenhague (21-30 novembro do mesmo ano).

O coordenador das sessões foi o escritor iugoslavo e antigo combatente da Resistência europeia, Vladimir Dedijer e entre as 25 personalidades que o integravam devemos nos lembrar de Gunter Anders, Isaac Deutscher, Gisèle Halimi, James Baldwin, Simone de Beauvoir e três latino-americanos: o escritor argentino Julio Cortázar, o ex-presidente mexicano Lázaro Cárdenas e a presidente do Comitê Cubano de Solidariedade com Vietnã, Melba Hernández.

Russell tinha começado a idealizar este Tribunal desde abril de 1963 e logo, intensamente, com la Bertrand Russell Peace Foundation, começou a agir no final desse ano. No discurso de apresentação do Tribunal, Lorde Russell lembrava como ele tinha vivido um século dramático, que lhe ensinou que a luta pela justiça e o direito eram irrenunciáveis, desde sua juvenil participação no “caso Dreyfuss” e nas investigações dos crimes cometidos pelo rei Leopoldo no Congo. Sou capaz de relembrar – explicava aos membros do Tribunal presentes em Londres, entre os quais estava Lelio Basso – as muitas injustiças que conheceu nestes decênios, porém, na minha experiência não encontro nenhuma situação comparável com esta guerra (...). Não ocultarei a profunda paixão e admiração que sinto pelo povo do Vietnã. É por causa destes mesmos sentimentos que não posso renunciar ao meu dever de julgar o dano causado.

Nossa obrigação é descobrir e dizer tudo. Tenho a convicção de que não há maior tributo que buscar e divulgar a verdade, nascida de uma intensa e inexorável investigação. Que este tribunal – exclama Russell – não permita o crime do silêncio!”²⁴.

Por sua grande experiência teórica e prática no Direito Público e no Direito Penal, o jurista Basso teve grande relevância durante os trabalhos, até o ponto em que chegou a presidir a última sessão, após Sartre adoecer e não poder viajar a Copenhague. Basso, junto com Dedijer, representou, depois, a continuidade com o Tribunal Russell sobre América Latina, que Lelio começa a preparar – como sabemos – durante sua viagem a Santiago de Chile em outubro de 1971, convidado pelo presidente Allende para presidir o Simpósio internacional sobre “Transição ao socialismo e experiência chilena” cuja idealização e gestação tinha iniciado em maio desse mesmo ano – durante minha viagem ao Chile a convite do governo da Unidade Popular para comemorar em Santiago “o Primeiro 1º de Maio

²⁴ Bertrand Russell, “Propósitos e objetivos do Tribunal Internacional de Crimes de Guerra”, Anexo à *Autobiografía* (2009), Edhasa, Barcelona 2010, p.1007.

Socialista”, com Joan Garcés (assessor de Allende nas questões europeias), o jovem jurista José Antonio Viera-Gallo, vice-ministro de Justiça do governo da Unidade Popular e Manuel Antonio Garretón, decano do Centro de Estudos da Realidade Nacional da Universidade Católica do Chile.²⁵

3. IMPERIALISMO E “COEXISTÊNCIA PACÍFICA” NO CONTINENTE AMERICANO DEPOIS DA REVOLUÇÃO CUBANA. DAS DITADURAS ÀS DIFERENTES TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS

A América Latina com a qual se encontra Basso – e aqueles que dialogaram e trabalharam nesse período com ele – irá ser condicionada por uma rápida sequência de episódios e circunstâncias que marcaram os anos sessenta e setenta. Vejamos: A revolução cubana, que é a conclusão de uma luta armada e popular contra a podre ditadura do general Fulgencio Batista; a contraditória política dos presidentes Eisenhower e Kennedy sobre América Latina que culmina com a invasão da Baía dos Porcos em abril de 1961; as transformações da Guerra Fria e o surgimento de sua última variante, isto é, a “*coexistência pacífica*”; a crise dos mísseis postos por Krushev em Cuba, em outubro de 1962 e, a partir de 1964, aqui no Brasil, a catastrófica sucessão de golpes militares e as consequentes ditaduras que imporão um modelo econômico típico do capitalismo monopólico e das multinacionais nas economias sul-americanas, durante as presidências de Johnson (1964) e Nixon (entre 1971 e 1976).

Todos estes acontecimentos tiveram um profundo e duradouro impacto para a geração que, na América Latina e na Europa ocidental, começavam a militância política e, também marcaram os quase quinze anos das relações entre os sul-americanos e Basso.

A grande mudança veio por causa do nascente mito da revolução cubana e a tentativa de “repeti-la”, quando começou a surgir a frase que amavam repetir todos os revolucionários: “Se eles, os jovens do Granma e do Movimento de 26 de Julho, conseguiram, por que não, nós?”

²⁵ Sobre o começo das relações do Issoco e da Universidade de Camerino, com o governo de Unidade Popular e as universidades chilenas, o Cesó e Ceren, remeto a A.Filippi, “Alessandro Baratta e as relações da Universidade de Camerino e os juristas democráticos italianos guiados por Lelio Basso, com o Ministério de Justiça do Governo de Salvador Allende no testemunho de Alberto Filippi (com a correspondência entre Filippi, Luigi Ferrajoli e José Antonio Viera-Gallo)” em «Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal», número especial, *Homenaje a Alessandro Baratta*, sob coordenação de Stella Maris Martínez e Luis Niño, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pp. 13-28.

Na realidade, a Revolução Cubana, cujo objetivo principal e central foi a abolição do regime ditatorial de Batista, não tinha o propósito de introduzir no Caribe o modelo do socialismo e, muito menos, o soviético. Lembro-me muito bem, porque eu ouvi de perto, como jovem dirigente comunista, estudando na Faculdade de Direito, do discurso de Fidel Castro que se tornou célebre depois, na Aula Magna da Universidade Central da Venezuela, em Caracas, em 23 de Janeiro de 1959, na qual foi sua histórica primeira visita a um país sul-americano depois da entrada triunfal em Havana. Leiam-no, de novo, hoje, e verão a síntese do pensamento político de Fidel para Cuba e América Latina do Movimento 26 de Julho – que tinha conseguido o apoio de muitas das forças políticas progressistas de quase toda a América inclusive nos Estados Unidos –, e as metas que a Revolução Cubana tinha definido após a queda da ditadura, nenhuma referência a uma possível transição ao socialismo na ilha.²⁶

Como o sabemos, nos meses posteriores esse panorama mudou radicalmente e a oposição aberta e encoberta da CIA e dos EEUU aos irmãos Castro, considerados como “*longa manus*” da expansão soviética no Caribe (a 90 milhas do Litoral da Flórida), foi crescendo até a invasão da “Baía dos Porcos” que termina com a dramática Crises dos Mísseis de outubro de 1962. A



LÉLIO BASSO NO ENCERRAMENTO DO 1º CONGRESSO BRASILEIRO PELA ANISTIA (SÃO PAULO, NOVEMBRO DE 1978).

solução negociada da crise, ponto alto da “Guerra Fria”, sancionou definitivamente a divisão e a “coexistência pacífica” bipolar militar e ideológica do mundo ocidental, concedendo o “hemisfério americano” à crescente dominação de Washington.

Impõe-se, aqui, uma breve reflexão sobre a conjuntura internacional desse período nas vivências que teve, junto com a intervenção pública de Basso poucas semanas antes em Moscou que me

impactou por sua lucidez contracorrente. Certo é que as enormes dificuldades para que fosse realidade uma “segunda Cuba” (na Venezuela) respeito à política mundial, podem-se observar com crescente estupor poucas semanas antes, durante minha primeira viagem à União Soviética em ocasião do “Congresso Mundial para o Desarme geral e a Paz”, realizada em Moscou (9-14

²⁶ A esse respeito, devem lembrar-se as (esquecidas) primeiras visões e interpretações da revolução cubana *antes* da invasão da Baía dos Porcos e da proclamação (1 de maio de 1961) da vinculação da “Cuba socialista” ao Pacto de Varsóvia. Uma visão de conjunto no capítulo segundo de meu estudo, *Il mito del Che. Storia e ideologia dell’utopia guevariana*, Einaudi, Torino 2007 e, para Brasil, Jean Rodrigues Sales, *A luta armada contra a ditadura militar. A esquerda brasileira e a influencia da revolução cubana*, Editorial da fundação Perseu Abrão, São Paulo 2007, (especialmente o primeiro capítulo, “A constelação da esquerda brasileira nos anos 1960 e 1970”) assim como a segunda edição ampliada de Marcelo Ridenti, *O fantasma da revolução brasileira*, Unesp, São Paulo, 2005. Sobre a influência da revolução cubana no Brasil desses anos (antes e depois da crise dos mísseis), leia o panorama histórico e as fundamentais entrevistas autobiográficas recolhidas em: *68 a geração que queria mudar o mundo: relatos*, edição de Eliete Ferrer, apresentação de Paulo Abrão, Comissão da Anistia do Ministério da Justiça, Brasília 2011

de julho 1962). A ruptura entre Mao e Kruscev e a precariedade das alianças possíveis entre os “socialismos reais” do Ocidente e Oriente para que “uma” (segunda) revolução avançara na América Latina pareciam-me evidentes em quase todas minhas conversas com os europeus. Porque, ainda que eu formasse parte da delegação venezuelana, conduzida por Carlos Augusto León, participei em várias sessões de trabalho com outros delegados como Danilo Dolci, Ilja Ehrenburg, Joyce Lussu, Velio Spano, Pablo Neruda, os brasileiros Lucio Costa e o filósofo Joao Cruz Costa da delegação presidida por Alvaro Lins – a segunda maior com 174 delegados, depois da USA com 190 participantes – até Juan Marinello e Carlo Levi que animaram as discussões na subcomissão de cultura do Congresso. Bertrand Russell enviou, como representante do “Comitê dos Cem” e seu representante pessoal, Christopher Farley.²⁷

Enorme impressão causou-me, quando ainda era estudante de filosofia da universidade de Roma La Sapienza, conhecer Jean Paul Sartre – e assistir às prodigiosas manobras de sua inteligência sedutora – cujo “eurocentrismo” me resultou tão surpreendente como sua imaginação, ainda fascinada pelos seus encontros com Fidel e Che Guevara em Havana (em 1960), o que nos parecia convencido de que se iam gerar, por efeito expansivo da ação libertadora dos cubanos, múltiplas revoluções armadas “*sem ideologia*” na América, reequilibrando a passividade europeia, pela inevitável realidade e consequência do ser Europa (as *duas* Europas, a do Este e a Ocidental) o epicentro da “coexistência pacífica”.

Mais ponderada e “internacionalista” nas suas análises a intervenção (na assembleia plenária em 10 de julho) do presidente da delegação italiana, Lelio Basso, então membro da Diretoria do Partido Socialista Italiano (presente em Moscou junto com sua esposa, Lisli Carini do Comitê Italiano por il Disarmo Atomico), que tinha uma afinada percepção crítica da contradição histórica do passado e do presente de “Ocidente”, que lhe “tinha dado ao mundo tesouros de cultura e prodígios da ciência e a técnica, como a “Magna Carta” e a “Declaração dos Direitos” de 1789, que tinha dado ao mundo Robespierre e Garibaldi, Lincoln e Marx, mas também tinha dado o colonialismo, o imperialismo, o racismo, as maiores calamidades dos tempos modernos. Estas duas faces da história – concluía Basso – se tinham mesclado nesta chamada civilização ocidental”. Qual destas vertentes prevaleceria frente à disjuntiva “*entre a arma da razão e a razão das armas?*” e conseguir que “possamos destruir a bomba (atômica) antes que a bomba destrua a humanidade.”²⁸

27 O Congresso sobre o qual pairava a ausência da República Popular da China foi aberto por Nikita Kruscev, inaugurando o novo palácio dos Congressos de Kremlin. Com mais de mil participantes do mundo todo tinha sido convocado por dezenas de organizações entre as quais, o “Comitê dos Cem”, que Bertrand Russell tinha fundado em 1961 (com a fusão dos ativistas da “Campanha para o Desarme Nuclear” e do “Comitê de Ação Direta”) que teve seu lançamento com o célebre discurso de Trafalgar Square, em 29 de outubro desse ano, de Bertrand Russell Peace Foundation, a Federação Sindical Mundial, a Comunidade Europeia de Escritores, a Federação Democrática Internacional das Mulheres, a Conferência dos Cristãos pela Paz.

28 Lelio Basso, “Il pensiero della delegazione italiana nel discorso dell’onorevole Lelio Basso”, *Il Congresso Mondiale per il Disarmo Generale e la Pace*, Seti, Roma, agosto 1962, pags. 12,10,11.

A “disjuntiva” alcançou seu ápice, à beira da tragédia, com a crise dos mísseis soviéticos em Cuba poucas semanas depois. Nesses dias, Basso escreve preocupadas e agudas reflexões sobre o momento crucial que está vivendo, o internacionalismo proletário ante o desafio da solução pacífica dos conflitos entre os dois polos da hegemonia militar mundial. Considera evidente que a revolução com a situação que tinha determinado “não poderia exportar com as armas” e que “só o exemplo que a revolução cubana oferece aos povos da América Latina” pode superar os vínculos “impostos pela política (soviética) de Estado”, para conseguir, quando e onde as condições permitam, a condição preliminar de uma possível (nova) revolução: “*a formação de uma consciência socialista nos povos da América Latina*”²⁹

Parecia ser completamente diferente o contexto nacional e internacional da guerra de libertação vietnamita no âmbito da “*coexistência pacífica*” na Ásia, e apesar da ruptura entre a URSS e a China de Mao Tse Tung, ruptura que se acelerou em junho de 1960, durante os trabalhos do Congresso do Partido Comunista da Romênia em Bucareste.

Resultado: enquanto o Vietnã, no centro dos interesses asiáticos, tanto da URSS quanto da China de Mao Tse Tung, teve o apoio militar, econômico e diplomático de Moscou e Pequim (apesar das

Para estudar as contribuições de Basso nos seus contextos americanos, é indispensável distinguir cinco momentos chaves das suas intervenções e as incisivas contribuições para os processos de democratização e para a justiça transicional daqueles anos, em que foi um precursor e promotor de “novos” direitos [...]

dissidências e oposições segundo as diferentes etapas da guerra combatida com o comando de Ho Chi Minh, o líder que Basso mais admirou), a América Latina, no entanto, na divisão bipolar dos interesses hegemônicos, era a grande área da dominação norte-americana. Esta diferença, substancial, entre guerra de libertação do Vietnã e as tentativas guerrilheiras sul-americanas, foi um dos motivos condutores das primeiras conversações que teve com Basso, junto com Manuel Caballero, preparando a conferência sobre a Venezuela.³⁰

De fato: o paradoxo, tão reiterado como surpreendente, é que nesses meses e nos seguintes – e ignorando toda a contundente realidade dessas complexas relações internacionais – em vários lugares haviam iniciado ações

29 Lelio Basso, “Appunti sulla crisi cubana”, *Problemi del Socialismo*, septiembre-octubre, Roma 1962, pp.960-969 (o itálico é meu).

30 A arrazoada opinião de Basso pode ser apreciada com um retorno a leitura de seu artigo “Originalità dell’esperienza rivoluzionaria di Ho Chi Minh”, *Problemi del Socialismo*, Roma, septiembre-octubre 1969, n° 42, pp.867-894.

guerrilheiras, inspiradas na aplicação da teoria do “foco guerrilheiro” na famosa formulação, mecânica e dogmática, que fizera nos seus artigos e ensaios Régis Debray.

Os três momentos mais dramáticos e simbólicos da “bipolaridade” geopolítico-militar foram as mortes do comandante Ernesto Guevara em 1967, de Carlos Marighella em 1969 e o golpe contra o governo de Unidade Popular com o trágico suicídio do presidente Salvador Allende, no Chile em 1973. Quero citar aqui um documento, entre os tantos que revelaram os arquivos da URSS nos últimos anos, que confirma a linha de prudência que Moscou manteve a respeito da intervenção da CIA contra a Unidade Popular, dos meses da campanha eleitoral de 1970, que levou ao governo Allende. Segundo o testemunho do então presidente da KGB, Jurij Andropov, em um memorando reservado de 1972: “América Latina é uma área geográfica de particular interesse para os Estados Unidos. Eles não são permitidos intervir na Hungria e na Checoslováquia, como nós devemos considerar estes feitos e considerar nossa política latino americana, dentro do critério da prudência”. A conjuntura política latino-americana ficou fortemente determinada pela solução que teve a crise que se tinha produzido com a presença dos mísseis soviéticos em Cuba.

De fato, enquanto Krushev supunha que sua instalação para defender a revolução cubana constituía a máxima expansão de sua influência na América Latina, ao contrário, os resultados da solução da crise – efetivada, eis o paradoxo, sem o conhecimento e a aprovação de Fidel e do comandante Guevara – obteve um efeito imprevisível e oposto. A política de Coexistência Pacífica obrigaria aos soviéticos a reconhecerem a inevitável presença hegemônica dos EUA no continente latino-americano, como sabemos melhor agora, tantos anos depois, ao termos acesso aos arquivos soviéticos, consultáveis depois dos anos de interdição, e aos arquivos do Departamento de Estado³¹.

Como dizemos: os primeiros a experimentar, na América do Sul, a prática da “ação guerrilheira” (começando no campo, depois nas cidades) foram os dirigentes do Partido Comunista da Venezuela e do Movimento de Esquerda Revolucionária (MIR) junto com outras formações políticas reunidas na Frente de Libertação Nacional da Venezuela. Depois de quase quatro anos de tentativas, as mais diversas e até combinadas, de luta guerrilheira e de ações insurrecionais militares e civis (como as de Puerto Cabello e Carúpano em 1962) uma parte dessa mesma liderança política venezuelana propôs uma revisão crítica da “linha da luta armada” indicando a necessidade de um “Recuo Tático” e a volta à luta sindical e de massas em nível nacional.

31 E que tenho levado em conta para a redação das “vozes”: “Crise dos mísseis em Cuba”; “Guerriglia in America Latina negli anni Sessanta”, “Partidos Comunistas em América Latina”, “Unidade Popular”, do *Dizionario del comunismo nel XX secolo*, a cura di Silvio Pons e Robert Service, Torino, Einaudi, [2006-2007] (trad. ingl: *A dictionary of XX century communism*, edited by Silvio Pons and Robert Service; translated by Mark Epstein and Charles Townsend, Princeton – Oxford, Princeton University press, 2010). Remeto a estes textos (ainda desconhecidos pelo leitor brasileiro) e à bibliografia recente ali indicada para entendermos as dimensões e efeitos específicos que a “coexistência pacífica” como variante da “guerra fria” teve na América Latina no período que estamos considerando.

Recuperando, com todo o necessário realismo, a dimensão jurídico-política do combate para a democracia, do direito a ter direitos, começando pelos direitos sociais e políticos.

Que a repressão militar na Venezuela começasse a se generalizar e ter sucesso já haviam evidências, em todo o país, e uma mudança radical na iniciativa política parecia necessária e urgente. Estamos em 1965: a primeira tomada de posição a nível dessa revisão crítica da frente de luta armada (que tinha sido ratificado pelo latino-americano e pelo III Congresso do PCV em março de 1961) com a indicação de um “Recuo Tático” foi precisamente a referida “Conferenza europeia per l’amnistia dei detenuti politici e la libertà democratiche in Venezuela,” que foi preparada na Europa, para realizar-se em Roma, sob a base de um intenso diálogo político entre os dirigentes venezuelanos (da Frente de Libertação Nacional) e do Partido Comunista Italiano, como Umberto Terracini (que tinha sido o presidente da Assembleia Constituinte italiana de 1946) e, como sabemos, com o presidente do Partido Socialista da Unidade Proletária, Lelio Basso e do que era Secretario geral Tullio Vecchiotti, desde sua fundação em 1964.

A Conferência teve uma de suas razões – e méritos – ao reconhecer e propor uma mudança de linha na defesa da (violada) constituição venezuelana de 1961, a partir da denúncia documentada não só do imperialismo e das políticas reacionárias e repressivas, das torturas e das desapareições, senão que propõe a defesa das liberdades democráticas e o exercício dos direitos fundamentais enquanto considerados como a continuação substancial do processo de “Transição democrática”, iniciado com a queda da ditadura do general Perez Jiménez em janeiro de 1958.

Em outros termos, podemos dizer que a Conferência romana antecipava com suas reflexões – que pretendiam encobrir o enorme déficit de iniciativa política na qual se encontravam os dispersos grupos “foquistas” armados – algumas das conclusões que adotaria o VIII Plenário do Partido Comunista da Venezuela, em abril de 1967, ao considerar necessário abandonar a luta guerrilheira e redefinir o alcance e a perspectiva das lutas populares e estudantis, da ação democrática e também, jurídico-política, na sociedade civil e nas instituições para a chegada ao governo do país.

Anos depois, Pompeyo Márquez (um dos máximos dirigentes do partido) reconhecia não só a transcendência da “mudança de perspectiva” implícita nas deliberações da Conferência de Roma, mas, sobretudo, os erros que haviam cometido ao ceder ao desvio militarista da “*guerrilha foquista*”. Escrevia Márquez, ao se referir ao começo dos anos ‘60: “Nós tínhamos um movimento amplo [que tinha derrotado a ditadura militar do general Pérez Jiménez em janeiro de 1958], com um movimento de respeito pela Constituição [de 1968, da qual os legisladores comunistas venezuelanos também tinham sido promotores e apoiadores], as liberdades democráticas contra a repressão, por uma mudança de tipo progressista. Então, depois de vários fracassos consecutivos [na luta armada], em lugar de analisar as derrotas [como dirá o VIII Pleno], nos

equivocamos ao transformar esse movimento pela legalidade democrática num movimento de Libertação Nacional. E em uma declaração chegou-se [ao cúmulo de] declarar a guerra aos Estados Unidos”. Para acrescentar, ironicamente, “estando nós [o nível mais elevado da diretiva comunista desde 2 de outubro de 1963] presos nos porões do Quartel San Carlos [de Caracas] ainda discutindo, quando nos reuníamos no pátio do Quartel, se estávamos ou não derrotados”³².

Documentação e memória da resistência, dessa maneira tornavam-se a continuação das lutas, mas no terreno novo dos direitos, assentando as bases e as raízes próprias de uma possível transição, da guerrilha até a luta pela democracia institucional. Nisto, de maneira essencial, radica a enorme relevância da Conferência sobre Venezuela e do Tribunal Russell sobre a América Latina, a terceira etapa latino-americana da militância do jurista socialista Basso.

Efetivamente, muitos dos que organizamos e participamos nessa conferência de 1965 – de maneira análoga àqueles que a nível sul-americano fizeram-no uma década mais tarde no Tribunal Russell, estávamos cientes de que apelar à defesa das liberdades democráticas, reivindicar e exigir o respeito da legalidade constitucional, não só significava denunciar a natureza ilegítima da repressão do Estado, mas também analisar as diferentes dinâmicas do imperialismo e de seus aliados locais e reconhecer no exercício da democracia o começo mesmo da transição, em direção a um Estado capaz de exercer a justiça reparadora, o começo à construção de uma “hegemonia democrática”.

Trata-se de um momento histórico nesses anos sessenta e setenta, o qual, em contextos diferentes e com diferentes velocidades na sua realização, corresponde à entrada na história das novas formas de reivindicações populares e de resistência. Lutas desde a invocação da prática do direito, com o qual aparecem e se afirmam “novos sujeitos” dos direitos, ou como os protagonistas das consignas revolucionárias veiculam a diferente forma de luta e de oposição às ditaduras, validando e produzindo recursos jurídicos, denúncias, *habeas corpus*, no contexto local, nacional e, algo totalmente inovador, no contexto do direito internacional.

Nesse sentido, a produção jurídico-política do Tribunal Russell de Basso sobre a América Latina (Brasil, Argentina, Chile e Uruguai), não só resulta ser, como já tenho mencionado várias vezes, “fonte do direito” e por isso mesmo, podemos de fato considerá-lo como o começo da transição jurídico-política democrática em Brasil e nos nossos países.

É por estas razões que o conhecimento atualizado dos documentos que estão nos arquivos de Basso (e, diria, em todos os arquivos europeus que conservam memória da história sul-americana do século XX) são indispensáveis para a conservação da memória coletiva, enquanto

bases documentais “nacionais” e “internacionais” de nossas respectivas histórias durante a última parte do século XX, e do conhecimento integral de nosso passado; essencial – não canso de repetir – para afrontar as posteriores transformações – nesta centúria que começa – para a consolidação democrática e a constitucionalização dos direitos sociais e individuais. Se, como dizia Primo Levi, o horror é o esquecimento, os arquivos são a fonte permanente da reparação porque são a busca da verdade. As vítimas, e seus seres queridos, entendem que o “Nunca Mais” poderá ser uma ruptura e uma muralha que, a renovada presença protetora de um imperativo categórico, se for conservado, estudado, divulgado *em e desde* os arquivos.³³



ALBERTO FILIPPI, COMPONDO A DELEGAÇÃO VENEZUELANA O CONGRESSO MUNDIAL DA PAZ (JULHO DE 1962), PRESIDIDA POR CARLOS AUGUSTO LEÓN.

Sobre este ponto nevrálgico, da recomposição dos arquivos, neste caso desde a Fondazione em Roma a Brasil, é importante poder aplicar não só os critérios de homologação técnica das fontes documentais, mas também proceder, com metodologias específicas, à compilação dos relativos inventários e índices temáticos (e por autores, organizações, partidos, lugares de Brasil, Sul-américa e Europa, etc.) Mas, sobretudo, considero indispensável

realizar (diria para cada um dos documentos ou grupos deles) a “*paráfrase crítica*” que – entrecruzando os diferentes documentos – explique-os e coloque em seus respectivos contextos históricos, culturais, políticos e os correspondentes léxicos da época. Como, por exemplo, podemos entender as conexões “internacionais” dos planos Cóndor senão for articulando, “unificando” o conhecimento dos documentos “nacionais” de cada um de nossos arquivos? A esta última tarefa devemos dedicar-nos – especialmente, quem não tem muitos anos para trabalhar neste empreendimento coletivo, que pode garantir a transmissão geracional das experiências diretas que tivemos desse passado latino-americano e europeu do tempo de Basso – para conservá-la e legá-la à memória futura³⁴.

33 Sobre este assunto que propõe as tarefas ainda pendentes, remeto aos artigos de Ludmila da Silva Cotela, “O mundo dos arquivos”, e Félix Reátegui, “As vítimas recordam. Notas sobre a prática social da memória”, ambos em *Justiça de Transição. Manual para América Latina*, ob. cit.; de Claudia Perrone-Moisés, “O arquivo como promessa” em Bethania Assy, Carolina Melo *et al* (organizadores) *Direitos Humanos: Justiça, Memória e Verdade*, op.cit, pp.71-84, e para Argentina de Alejandro Kaufman, *La pregunta por lo acontecido*, La Cebra, Buenos Aires 2012.

34 Neste sentido, penso que seria de notável utilidade a realização de entrevistas com quem ainda pode lembrar, reconstruindo-se a memória daquelas conjunturas (contextuais aos documentos) entre Itália, Europa e América Latina. Penso – e cito alguns, sem ordem específica – em Linda Bimbi, Lucia Zannino, Guido Calvi, Luigi Berlinguer, Joan Garcés, Salvatore Senese, Louis Joinet, Luigi Ferrajoli, Manuel Antonio Garretón, Renato Sandri, José Antonio Viera Gallo, Carlos González Garland, Theotonio dos Santos, Elvio Bicudo, Sueli Bellato, Livio Zanotti, Rodolfo Mattarollo, Armando Córdoba, Jorge Arrate, Raniero La Valle, Vania Bambirra, Sergio De Santis e outras personalidades que os protagonistas daqueles anos poderão sugerir para obter-se uma visão de conjunto (latino-americana e europeia) que complete e integre a documentação sobre este período histórico que vivemos dentro e fora de Brasil ou Argentina.

4. BASSO, CRÍTICO DOS “SOCIALISMOS REAIS” E OS ENSINAMENTOS DO SÉCULO XX

Com respeito ao outro grande tema que caracterizou os debates que foram cruciais do pensamento jurídico e político do século passado, sobre os denominados “*socialismos reais*”, Basso reconhece que os socialismos até então realizados – não esqueçam que Basso morreu dez anos antes da queda do muro de Berlim e da derrocada do sistema soviético – não corresponderam aos conceitos e às hipóteses contidas no pensamento de Marx, e tampouco de Rosa Luxemburg, a inspiradora principal de Lelio durante todos os anos que teve diálogo com ele e cujos escritos (assim como os de Basso sobre a genial e combativa dirigente alemã) os socialistas argentinos José Aricó e Jorge Tula fizeram conhecer na América Latina³⁵.

As discussões e os seminários organizados na Itália e no Chile pelo Issoco e a muito especial atenção de Basso sobre estes temas – englobados na vastíssima formulação de “transição democrática ao socialismo” –, com juristas de diferentes culturas e especializações italianos, chilenos, europeus e latino-americanos, foram muitos e geraram uma notável quantidade de textos e documentos que em alguma futura década deste século dever-se-ão estudar de novo e – esperamos – praticar, toda vez que se queira ir construindo na sociedade e nas instituições um socialismo capaz de ser politicamente a síntese ativa do reconhecimento dos direitos sociais (defendidos pela tradição socialista) e dos direitos de liberdade (que provêm da tradição liberal-democrática).³⁶

Acrescente-se o fato de que Basso, em várias declarações públicas, considerou “a invasão” soviética da Checoslováquia de 1968 como uma violação dos direitos à autodeterminação dos povos, assim como do direito internacional. Violação dos direitos que, por outra parte, encontrou “seu ponto mais trágico na América Latina – denunciava Basso – na trágica experiência chilena, que

35 De Basso deve-se ler a fundamental introdução aos escritos de Rosa Luxemburg, *Scritti Politici*, editados por Editori Riuniti, Roma 1967 y seja dito de passagem que não é coincidência que tanto Aricó quanto Juan Carlos Portantiero e Jorge Tula têm contribuído para o conhecimento na América Hispânica tanto de Luxemburg, Gramsci e Basso como de Bobbio. Mais cf. Juan Carlos Portantiero “Tradición liberal y tradición socialista: sobre el liberalismo de Norberto Bobbio” en *La ciudad futura*, N 57, Buenos Aires 2004, A. Filippi, “Repensar a Gramsci después de los derrumbes comunistas, a setenta años de su muerte”, en Id. *De Mariátegui a Bobbio. Ensayos sobre socialismo y democracia*, Minerva, Lima 2005, pp.183-206 e “A presença de Bobbio no Brasil” de Celso Lafer, *A presença de Bobbio. America Espanhola, Brasil, Península Iberica*, editora Unesp, São Paulo, 2005, pp.123-160.

36 Textos sobre a imaginada transição chilena ao socialismo parcialmente recolhidos en *L'esperienza cilena. Il dibattito sulla transizione*, Il Saggiatore, Milano 1974 e “Seminario Internacional Estado y Derecho en un periodo de transformación”, em *Cuadernos de la Realidad Nacional*, Ceren, Universidade Católica do Chile, Santiago N°16, 1973.



foi uma tentativa original de realizar pela via democrática o socialismo brutalmente interrompido pelo bárbaro golpe dos militares, apoiado pela democracia cristã de Eduardo Frei Montalva e por toda a reação local sob a direção do imperialismo norte-americano.”³⁷

Trata-se de um momento histórico nesses anos sessenta e setenta, no qual, em contextos diferentes e com diferentes velocidades na sua realização, corresponde a entrada na história das novas formas de reivindicações populares e de resistência. Lutas desde a invocação da prática do direito, com o qual aparecem e se afirmam “novos sujeitos” dos direitos, ou como os protagonistas das consignas revolucionárias, veiculam a diferente forma de luta e de oposição às ditaduras, validando e produzindo recursos jurídicos, denúncias, *habeas corpus*, no contexto local, nacional e, algo totalmente inovador, no contexto do direito internacional.

Basso, a partir da perspectiva da revisão crítica do estalinismo – crítica que ele havia começado a exercer, inclusive antes das denúncias de Nikita Krushev (em 1956 no XX Congresso do Partido Comunista da URSS), em ruptura com o Partido Socialista Italiano e para a elaboração do que ele chamava “*a via pacífica ao socialismo italiano*”–, trabalhou para a fundação do Partido Socialista de Unidade Proletária que presidiu desde 1965, até sua definitiva ruptura com os soviéticos em 1968, em solidariedade aberta com o projeto de “*socialismo dal volto umano*” de Alexander Dubcek, deposto com a intervenção militar dos países do pacto de Varsóvia.³⁸

A “*questão tchecoslovaca*” e a repressão imposta por Moscou aos intelectuais e militantes do socialismo em Praga provocaram a forte denúncia do cofundador do Tribunal Russell, Jean Paul Sartre que, no ano seguinte à invasão, escreveu a introdução ao volume de Antonin Liehm e publicava os testemunhos dos protagonistas do que se chamaria a “Primavera de Praga”, entre os quais estavam o

37 Lelio Basso, Introdução aos ensaios recolhidos no volume *Socialismo y revolución*, (edição espanhola de José Aricó e Jorge Tula), Siglo XXI editores, Buenos Aires 1983, p.23.

38 Posturas críticas de Basso explicadas em seu *Da Stalin a Krusciev*, edizioni Avanti, Milano 1962. Mas leia sobre este assunto os próprios comentários de Basso em “Checoslovachia: una sconfitta per el movimento operario”, en *Problemi del Socialismo*, nº 32-33, julho-agosto 1968 e sua entrevista a *Mondo Operaio*, “Il PSI negli anni del frontismo”, julho-agosto 1977, Roma.

filósofo Karel Kosik e o escritor Václav Havel, cuja *débâcle* com a invasão dos tanques levou Sartre a desqualificar os dirigentes soviéticos, utilizando o estigma pejorativo “*da coisa socialista*”, negação evidente do socialismo como ideia e como “*práxis da liberdade*”³⁹.

Na América Latina, também teve notáveis repercussões na discussão entre forças da esquerda, como foi o caso da Venezuela aonde a maioria dos dirigentes do Partido Comunista, encabeçados por Gustavo Machado, Pompeyo Márquez e Teodoro Petkoff, radicalizaram a oposição à política internacional e latino-americana da URSS e começaram o processo de fundação de uma força política “*nacional e anti-imperialista*”, com o nome de Movimento ao Socialismo. O texto chave da polêmica contra os soviéticos foi o ensaio de Teodoro Petkoff, *Checoslováquia: o socialismo como problema*, publicado pela editorial Domingo Fuentes, em Caracas (1969), que foi atacado, com indignado desprezo, nada menos que pelo secretário geral del Pcus, Leonid Brézhnev. Ensaio sobre o que debatemos em Roma poucos meses depois, ressaltando os valiosos juízos de Teodoro num encontro com Basso e, também, com Emo Egoli (do Partido Socialista Italiano e profundo conhecedor da política Checoslovaca) e com Renato Sandri, responsável pela América Latina, na Sezione Esteri do Partido Comunista Italiano.

Os problemas jurídicos e políticos da qual tinha sido a utopia institucional da transição ao socialismo no Chile – a última do século que tinha começado com a revolução bolchevique – estavam presentes na interpretação que Basso fazia da própria constituição italiana, que não só representava uma profunda ruptura com o regime mussoliniano e com a monarquia, senão que, em virtude do que ele denomina “os elementos de contradição”, a constituição fazia possível o avanço para uma sociedade futura mais democrática e socialista. Escreve Lelio, aos trinta anos da constituição italiana: “Meu conceito do marxismo que recentemente tive a oportunidade de desenvolver em vários ensaios sobre a concepção marxista do Estado, partia da ideia de que a sociedade burguesa, por ser uma sociedade contraditória, reflete estas contradições também no Estado, que não é, por conseguinte, um bloco compacto de poder a serviço da classe dominante, senão um lugar de enfrentamento e luta na qual é concebível também uma participação antagonista da classe trabalhadora. Isso significava que, se ainda não tínhamos nenhuma possibilidade de elaborar uma Constituição socialista, não devíamos nos limitar a fazer uma Constituição burguesa, senão que tínhamos possibilidades de incluir elementos de contradição, inclusive dentro do sistema constitucional”⁴⁰.

Só quero acrescentar, para o conhecimento de vocês, um dado emblemático e (ainda) desconhecido.

39 A introdução de Sartre se intitulava: *Le socialisme qui venait du froid*, compilação de Antonin Liehm, publicado pela Gallimard, Paris 1970, *Trois generations. Entretiens sur le phenomene cultural tchécoslovaque*, re-publicado por Sarte em vol. IX de *Situations*, Gallimard.

40 Lelio Basso, “Il contributo dei socialisti”, en *Rinascita*, N° 5, fevereiro 1978, pp.21-22, agora em Mariuccia. Salvati y Chiara. Giorgi, *Lelio Basso. Scritti scelti. Frammenti di un percorso politico e intellettuale (1903-1978)*, Roma: Carocci, 2003, p. 214.

É que todas as elaborações sobre a transição, nas quais trabalharam Allende e seus colaboradores mais próximos, concluíram com um projeto de reforma da Constituição chilena para um “*Estado Democrático e Soberano*”, que o presidente tinha pensado submeter, juntamente com a pergunta sobre a “validade” de sua permanência na presidência, a “plebiscito constitucional” para o dia 11 de setembro de 1973. Sabendo da “proposta plebiscitária” de Allende, os militares “anteciparam” o golpe para o mesmo dia em que estava prevista a consulta popular⁴¹.

Mas, em geral, vale a pena lembrar o diálogo que Basso manteve, em torno destas questões referentes à crítica jurídico-política aos “socialismos reais”, com seu colega, o senador Norberto Bobbio. Quero citar, aqui, em reconhecimento e em homenagem à estima intelectual que os uniram, alguns parágrafos das últimas duas cartas (até hoje inéditas, não só no Brasil como também na Itália), através das quais Bobbio e Basso se corresponderam, poucas semanas antes da morte inesperada de Lelio, que confia, ao amigo, o sentido de sua longa vida militante.

A questão de fundo era a falta de uma “teoria do Estado” e de sua possível, como suposta, extinção no pensamento de Marx. Bobbio escreve a Basso (em 8 de junho de 1978) agradecendo as “respostas que lhe havia dado a respeito das dúvidas acerca da extinção do Estado. Limito-me a dizer que as respostas como as que havia dado seriam mais convincentes se não fosse as que encontramos frente ao socialismo real, isto é, um Estado no qual, por um lado, não realizou o processo de extinção e no qual a falta de uma teoria do estado de transição terminou considerando como boas soluções aberrantes, como é o caso do partido único, etc. [...] Acho, em conclusão, que não se pode ignorar o que aconteceu, na medida em que as revoluções socialistas se revelaram portadoras de doutrinas e práticas despóticas. A “crise” do marxismo do que tanto se fala – comentava Bobbio – não é a invenção caprichosa de alguns obstinados ideólogos “burgueses” ou “reacionários”, mas a consequência de um estado de coisas muito diferentes do que se supunha nas previsões dos marxistas de todas as tendências [...]”

Em 27 de junho, Lelio lhe respondia reconhecendo que “não é suficiente atribuir-se o nome de “socialismo real” para ser verdadeiramente socialistas e, sobretudo, marxistas. Em um livro que estou trabalhando há anos – confessava Basso – [publicado postumamente em 1979, com o título: *Socialismo e rivoluzione*] trato de demonstrar que Marx não teve verdadeiros continuadores, pelo menos no marxismo oficial, ou seja, a socialdemocracia alemã e do bolchevismo soviético. O leninismo é uma coisa profundamente distinta e, especialmente,

41 Sobre as “Bases para a reforma da Constituição política do Estado” e o texto do projeto final que ia levar à consulta dos chilenos, remeto ao testemunho direto e à documentação recopilada pelo seu colaborador, o politólogo espanhol Joan Garcés, em livros que resultaram ser imprescindíveis: *El Estado y los problemas tácticos en el gobierno Allende*, Barcelona-Madrid: Siglo XXI de España, 1974, y *Democracia e controrivoluzione in Chile. Un’analisi del governo di Allende fino al colpo di Stato*, Milán: Il Saggiatore, 1977 e o prólogo à edição de *Obras escogidas* de Salvador Allende, editada pelo Centro de Estudios Políticos Latino-americanos Simón Bolívar e pela Fundação Presidente Allende, Santiago de Chile 1992. Mas, sobre a impossibilidade da transição chilena para o socialismo veja o testemunho de um protagonista de primeira hora, Ricardo Lagos, *Así lo vivimos. La vía chilena a la democracia*, Taurus, Madrid 2012.

em suas aplicações sucessivas, tem muito pouco que ver com o marxismo com a exceção de que se apropriaram do nome [...]. Dito isto – insistia Basso – estou de acordo contigo no sentido de que o que se tinha chamado de “marxismo” está em uma grande crise, posto que se tem revelado um fracasso total, mas não considero que se deva chegar à conclusão que propõem os “nouveaux philosophes” (que me parecem diletantes superficiais) e muitos outros, de que se deva considerar também em crise o pensamento de Marx. Ao contrário, creio que só na atualidade se dão as condições para poder entender e tirar, ao mesmo tempo, as devidas consequências práticas. Este foi o objetivo de minha vida de militante – sintetizava o socialista Basso –, se bem que nisto, como em outras tantas coisas, sofri derrotas, que não me desanimaram, de tal sorte que entendo continuar esta batalha.”

O que, de maneira tão súbita, resultou ser a última carta de Lelio a seu amigo terminava desejando-lhe a Bobbio êxito em sua candidatura a presidente da República, que se havia lançado nesses dias.⁴²

Repito: para Basso, a centralidade da tutela dos direitos humanos, incluindo os que atualmente denominamos como fundamentais, como as bases da democracia constitucional, formal e substancial tanto no contexto italiano como no europeu. Neste sentido, o direito internacional e a luta pela paz entre estados estavam intimamente vinculados ao crescimento do pacifismo da “sociedade civil” em nível regional e mundial, como haviam demonstrado não só a luta contra a guerra do Vietnã senão também contra a guerra do Golfo Pérsico (1990) ou a invasão do Iraque (2003) que, por sorte, Basso não chegou a ver.⁴³

Em suma: todas estas questões foram centrais para Basso, e estiveram, por múltiplas razões, focadas na relação entre lutas populares, direito e democracia que foram – e ainda mais em nossos dias – é fundamental para a concepção das políticas do reformismo progressista na América do Sul marca o vínculo jurídico-político entre socialismo e democracia – e sobretudo – para que o futuro não repita, neste ponto crucial, os erros do passado. Da posição, que define neste começo de século a luta pela liberdade e a igualdade em uma democracia própria do Estado constitucional e social de direito, as lições do pensamento de Basso são de persistente atualidade.

42 Ambas as cartas foram transcritas do arquivo Bobbio que é mantido no Centro de Estudos Piero Gobetti, em Turim. Agradeço aos arquivistas, a Piero Polito e família Bobbio por sua generosa assistência fornecida para mencionar aqui. Sobre a longa amizade intelectual entre os dois, remeto a meu artigo “Lelio Basso y Norberto Bobbio: una relación muy especial en la cultura jurídica italiana”, en *Jueces para la democracia*, nro. 68, Madrid, julho de 2010, pp. 34-44.

43 Sobre a conexão entre imperialismo, a guerra e a paz, assim como sobre a razão e função irrenunciáveis do direito remito ao ensaio de Pablo Eiroa, *Políticas del castigo y derecho internacional: Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2009 e Sabino Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino 2009. Não posso deixar de evocar para vocês a figura de outro jurista socialista da melhor tradição da cultura democrática italiana e um dos padres da Tribunal Penal Internacional (fundada em 1998 com o Statuto di Roma e que entrou em vigência exatos 10 anos, em 2002), Giuliano Vassalli, e seus ensaios recolhidos na *La Giustizia Internazionale*, Giuffrè editore, Milão 1995.

5. POLÍTICA, HISTÓRIA E HISTORIOGRAFIA DOS DIREITOS NUMA PERSPECTIVA COMPARADA

Para concluir as reflexões aqui mostradas, volto ao ponto central da experiência bassiana referida à construção política e à constitucionalização jurídica dos direitos. E, especificamente na América do Sul, às diferentes dinâmicas das transições democráticas que tem relevância para nossos estudos de direito constitucional comparado e, mais em geral, de historiografia dos direitos e da justiça transicionais. E faço referindo-me às três intervenções que Basso fez no já citado “Convegno” realizado por ocasião dos trinta anos da Constituição italiana. Lelio insistia em sublinhar a peculiaridade da constituição de 47, isto é, sua descontinuidade e ruptura radical em referência ao passado europeu. A respeito da francesa de 1946 (que substancialmente retomava a de 1871), e da alemã de 1949, baseada em Weimar (1919), que na realidade (e por ser provisória, à espera de uma futura unificação das duas Alemãs) se denominou (só) como “lei fundamental”, *Grundgesetz*.



LÉLIO BASSO COMO RELATOR PRINCIPAL DA CONFERÊNCIA EUROPEIA PARA A ANISTIA DOS PRESOS POLÍTICOS E A LIBERDADE DEMOCRÁTICA NA VENEZUELA (ROMA, JULHO DE 1965).

A grande novidade da italiana, no entanto, é que tinha ido construindo-se nas lutas cotidianas contra o regime fascista, gerando e verificando ideias de justiça, liberdade e democracia como valores comuns e irrenunciáveis das culturas políticas e jurídicas que fizeram a *Resistenza*.

A experiência histórica concreta foi o fermento popular e intelectual da arquitetura constitucional e, como tal, virava um paradigma que, por sua vez, constituía um projeto jurídico e político aberto ao futuro, e a sua progressiva realização no tempo. “Projeto”, acrescento, que tinha sido possível – e continua sendo – estudar como um dos primeiros – para não dizer o *primeiro* – das transições democráticas ocidentais. Com essa consciência jurídico-política “constituente” Basso pôde – e nós podemos – entender, comparar, analisar nossas experiências jurídico-políticas transicionais. Experiências, as quais – em diálogo e reconhecimento a Basso, poucos meses depois de que nos deixara – fazia um balanço no capítulo final do primeiro volume de minha obra sobre a configuração institucional da América Latina. Ali, sustentava a convicção de que nos

encontrávamos nesse então frente à necessidade de fazer uma dupla luta jurídico-política: contra as ditaduras e contra o capitalismo dos monopólios multinacionais, luta que se impunha como indivisível; combatida, ao mesmo tempo contra o “*despotismo político*” e contra o “*despotismo econômico*”. A democracia constitucional, formal e substancial, era a via obrigatória para superar ambas as formas de despotismo, em tempos e modos que desconhecíamos.⁴⁴

Nesse sentido, Basso deixou um legado imprescindível, cujo valor é perdurar-lo, porque é “*método*” de trabalho para enfrentar as mudanças, as transformações jurídico-políticas de nosso presente histórico.

Ponto culminante do itinerário conceitual, ao qual depois se somaram, com o passar dos anos, as teorizações de Basso e dos intelectuais e juristas colaboradores de Basso ou àqueles que colaboraram com a Fondazione a partir dos anos oitenta ou os que compartilharam a “*vocação constituinte*” em nível internacional de Basso, foi a mencionada “*Declaração universal dos direitos dos povos*” (de 4 de julho de 1976) cuja atualidade, três décadas depois, continua sendo surpreendente porque conseguiu que muitos destes direitos – e sua consequente jurisdição – fossem vertidos tanto nas deliberações da Assembleia das Nações Unidas quanto nas instituições de direito público internacional e nos tratados regionais. Quero recordar aos senhores, especificamente, alguns grupos de tais direitos coletados na Declaração de 1978: o direito a autodeterminação e a existência dos povos; os direitos econômico-sociais; o direito à cultura; o direito ao meio ambiente e aos recursos naturais; o direito das minorias “*às suas próprias identidades, tradições, línguas e patrimônios culturais*”⁴⁵

Desta perspectiva, já antiga e de longa duração para o futuro, as previsões de Basso vigoram extraordinárias e acertadas. Bastaria, neste sentido, citar as recentes Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2010) para observar, finalmente, o reconhecimento de “*novos direitos*” de antigos sujeitos. É dizer: “*as nações e povos indígenas originários camponeses, e as comunidades interculturais e afro bolivianas*” que constituem – como afirmam os artigos 3 e 1 da Constituição boliviana – o “*Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário*” da Bolívia.

Novos direitos – esboçados por Basso – em seu estudo interdisciplinar estão afirmados nas pesquisas que aprofundam os temas da ecologia política e os conceitos do “*bom-viver*”

44 A.Filippi, *Teoria e storia del sottosviluppo latinoamericano*, dos vols, Facoltà di Giurisprudenza, Jovene editore, Nápoles 1981, vol. 1, especialmente o cap. “*Economia e istituzioni latinoamericane*”, pp274-75. O texto que Basso citou em sua intervenção crítica o ensaio de John Strachey, *Il Capitalismo contemporaneo*, Milano, Feltrinelli 1957, em AAVV, *Conquiste democratiche e capitalismo contemporaneo*, Feltrinelli, Milano 1957. A conexão entre a variações mundiais do capitalismo e o subdesenvolvimento foi analisada, debatendo com Lelio, Franco Zannino e Antonio Lettieri, de vários pontos de vista no número especial da revista *Problemi del Socialismo* do que foi o curador junto com Saverio Tutino, América Latina: imperialismo e sottosviluppo, (ano X, maio-agosto 1971, nn.46-47); número especial precedido por meus artigos, “*Un modelo storico-strutturale del Sottosviluppo*”, em *Problemi del Socialismo*, ano XI, n° 42, 1969, e: “*América Latina: il dibattito sul capitalismo dipendente*”, em *Mondo Operaio*, n° 12, 1973, n° 13, 1974.

45 Direitos explicitados e resenhados em toda sua complexidade pelo próprio Basso, “*I diritti dell'uomo in un mondo in trasformazione*”, em *Tribunale Permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979-1991* (a cargo de Gianni Tognoni), op.cit. p.23

(*sumak kawsay*, na quéchua), o pleno viver, enquanto ética da natureza, da convivência “comunitária” não só entre pessoas, mas como um bem para todo “vidente” em sua múltipla biodiversidade, que nas culturas andinas e nos povos originários da América, foi objeto de um conhecimento milenar. Temas centrais do que se denomina como o “neo-constitucionalismo” latino-americano.



MANIFESTO DE PICASSO PELA CONFERENCIA MUNDIAL DA PAZ
MOSCOU, 9 A 14 DE JULHO DE 1962.

Quero terminar, citando as conclusões que Basso tirou das experiências dos Tribunais Russell e os Tribunais Permanentes dos povos concebidos como etapas sucessivas, e historicamente necessárias, na construção dos direitos, da democracia e da paz. “O final do século XVIII viu a proclamação dos direitos do homem, que o século XIX recolheu e desenvolveu. Antes que se conclua o século XX nós – defendia Lelio – auspiciamos uma “carta fundamental” dos direitos dos povos que o século XXI deverá desenvolver plenamente e efetivar. Só quando as desigualdades e os privilégios sejam eliminados, os homens encontrarão sua dignidade pisoteada e o mundo achará a paz.”⁴⁶

No entanto, não entraremos plenamente neste século XXI, se não saldamos criticamente, partindo da reflexão histórica, individual e coletiva, nossas dívidas com o passado. Trata-se de reconhecer que as denúncias do Terrorismo de Estado

marcaram o começo da apelação ao direito e ao exercício da memória no tempo, e à justiça como eixos da luta democrática, porque se dava assim no início, como vemos, à transição jurídico-político democrática, na qual ainda estamos imersos e comprometidos.⁴⁷

46 Lelio Basso, “I diritti dell’uomo in un mondo in trasformazione” (1975) Id. *Il risveglio dei popoli...* en op.cit., p.26.

47 Transição cujo eixo principal é precisamente que conheçamos a “justiça de transição”, em uma perspectiva comparada, latino-americana e brasileira como bem o entendem, Paulo Abrão e Marcelo Torelly no prefácio do volume organizado por Félix Reátegui, *Justiça de Transição, Manual para América Latina*, op. Cit. Comissão de Anistia, Ministério de Justiça, Brasília 2011.

Como vocês sabem, ao nível do direito interno e do direito internacional dos direitos humanos, mudaram-se durante as cinco décadas posteriores à ação de Basso – e interpretando também o seu legado –, uma relevante comunidade de direitos que descendem, direta e indiretamente, do reconhecimento por parte das pessoas/vítimas ou da sociedade/vitimizada de sua necessária reparação, rompendo a impunidade constitutiva dos sistemas ditatoriais. Refiro-me ao direito à justiça (dentro ou fora do próprio país); ao direito à verdade (através do conhecimento dos fatos históricos e de suas denúncias feitas então ou as posteriores); ao direito à reparação/compensação (desde os ressarcimentos econômicos até os simbólicos por parte da comunidade); ao direito às reformas jurídico-políticas de leis, normas e regulamentos que tenham permitido o exercício da tortura, das desapareições, etc.⁴⁸

Em síntese: estamos vivendo – ainda neste começo do século XXI – as fases cruciais de um longo período de transição, que gerou uma justiça “historicamente determinada” durante a qual os processos de democratização de extensão e consolidação da hegemonia democrática, vão incluindo aos “novos” sujeitos, os que no período foram excluídos, reprimidos ou eliminados pela repressão ditatorial. Em todas estas etapas de luta pelo direito em tantos anos, cuja impressionante documentação conhecemos, nesses dias, na “Caravana da Anistia”, organizada aqui na Universidade Federal da Paraíba pelo Ministro de Justiça, foi sendo construída a democracia em nossos países. Porque, como as “Caravanas” o demonstram, temos o direito de saber e, em contrapartida, temos o dever de lembrar.

Com estas considerações em torno da originalíssima personalidade de Basso tratei de evocar para os jovens aqui presentes – mas também para os latino-americanos em geral – o contexto histórico, europeu e americano, assim como a visão jurídico-política precursora que permitiu que se fizessem escutar, em Roma e em Bruxelas, os testemunhos e a documentação, dolorosa e valiosíssima, dos crimes das ditaduras e os de lesa humanidade; documentação que, após 40 anos, regressa – graças à Comissão da Anistia do Ministério da Justiça, a Paulo Abrão e Marcelo Torelly – dos arquivos de Roma ao Brasil, ao seu lugar de origem, para romper o silêncio, integrar-se à memória da resistência e da dignidade do povo brasileiro.

Obrigado pela sua atenção e por ter sido convidado a participar desta jornada que honra a cultura jurídica democrática brasileira e italiana.

Universidade Federal da Paraíba, novembro de 2012

Buenos Aires, Calle Libertad, janeiro 2013

⁴⁸ Formas inovadoras e reparadoras dos derechos que podem observar-se, dentro e fora de Sul-América, lendo os trabalhos compilados por Pablo de Greiff, *The Handbook of reparations*, Nueva York, Oxford, 2006 e de Luisa Malliner, “Perspectivas transnacionales sobre anistias”, em *A Anistia na era de responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*, Comissão de Anistia, Ministério da Justiça (Brasil) y Centro de Estudios Latino-americanos, Universidade de Oxford (Reino Unido) 2011, pp. 470-505.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



HERNANDO URIBE

Dedijer Vladimir

Basso Lelio

Riga...

2	ENGLISH
4	FRANCAIS
	ESPANOL



ix Francois

Casalis Georges

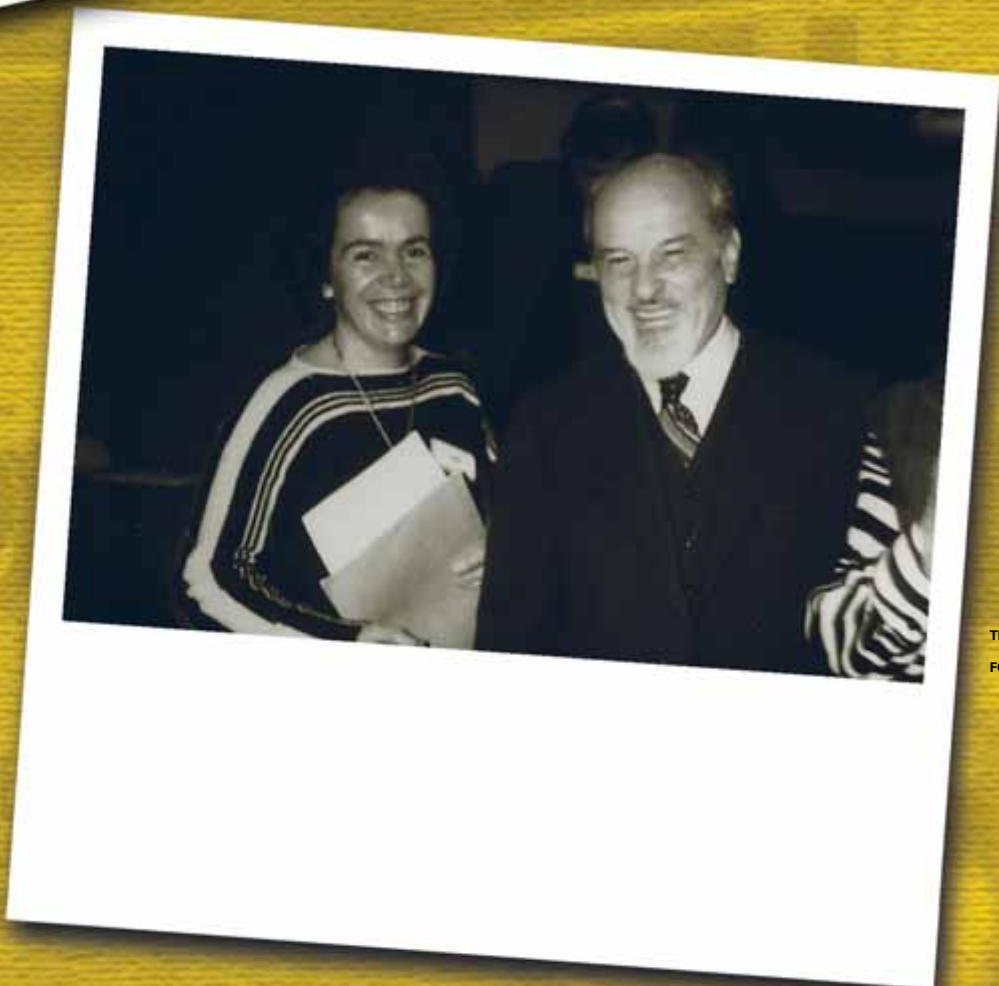
JAMES PETRAS

Omar A

TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.

DOSSIÊ:

10 ANOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL



“[...] A PUNIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELOS CHAMADOS *CORE CRIMES* HÁ DE SER FEITA PRIMORDIALMENTE PELOS ESTADOS NACIONAIS, POIS, CASO CONTRÁRIO, FICARÁ ABERTO O CAMINHO PARA A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL. CABEM, PORTANTO, AOS ESTADOS NACIONAIS O EXERCÍCIO DE SEUS PODERES PUNITIVOS NO ÂMBITO DE SUAS RESPECTIVAS JURISDIÇÕES, UMA VEZ RECONHECIDA A PRÁTICA DE UMA CONDOTA QUE SE AMOLDE À DEFINIÇÃO DE GENOCÍDIO, DE CRIME CONTRA A HUMANIDADE, DE CRIME DE GUERRA OU DE AGRESSÃO.”

ORGANIZADOR:
MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI



INTRODUÇÃO: QUEM TEM MEDO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL?

Marcos Zilli

Professor da Faculdade de Direito da USP

Juiz de Direito

*Civilization asks whether law is so laggard
as to be utterly helpless to deal with crimes of this magnitude
by criminals of this order of importance.*

(Robert Jackson, Tribunal Militar de Nuremberg)

...as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo bem estar possível para a maioria.

(Beccaria, Dos delitos e das penas)

1. O PODER PUNITIVO INTERNACIONAL

A referência ao que se convencionou denominar de poder punitivo internacional nos remete, de pronto, à ideia de um sistema punitivo estruturado em escala internacional e que, portanto, extravasa os limites dos Estados nacionais. Como se sabe, a experiência não é recente. Ao contrário, a Justiça Penal Internacional submeteu-se a um longo processo histórico de construção durante o qual muitas resistências foram desconstruídas. Das experiências dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, ao final da I Guerra Mundial, passando pelos Tribunais *Ad-hoc* da

Ex-Iugoslávia e de Ruanda, na década de noventa do século passado, chega-se, no limiar do século, ao Estatuto de Roma (ER). E, com ele, à sedimentação de um sistema punitivo internacional¹.

Nessa perspectiva, o Tribunal Penal Internacional (TPI) consolida o compromisso histórico assumido pelo homem que emerge do pós-guerra e que é representado pelo ideal de construção de uma ordem capaz de tutelar, pela perspectiva punitiva, os bens jurídicos mais valiosos para a humanidade². Como anota Steiner, este movimento expressa uma conscientização de que “a segurança da humanidade, em certa medida, depende da existência de uma ordem internacional dotada de um sistema punitivo, como corolário dessa própria ordem legal internacional”³.

Nessa perspectiva, a responsabilidade penal individual em escala internacional carrega em si a superação de dois importantes dogmas. O primeiro deles é dado pelo abandono do mito do monopólio das jurisdições nacionais em matéria penal, o que, diga-se, durante séculos, foi um dos mais importantes postulados do Estado Moderno⁴. O segundo envolve o rompimento da barreira de que apenas os Estados é que poderiam ser responsabilizados na arena internacional. Para a superação destes dogmas, a comunidade internacional teve que reconhecer a inviabilidade de um projeto punitivo calcado, exclusivamente, nos poderes nacionais. O ideal de responsabilidade internacional, até então centrado na figura do Estado como principal agente, cede espaço para o entendimento que enxerga no caráter repressivo individual internacional a resposta mais eficaz a ser imposta aos autores das mais graves violações à dignidade humana⁵.

1 Para alguns autores, o movimento de consolidação da Justiça Penal Internacional verificado ao longo do século XX é, em realidade, a renovação de princípios que já se manifestavam na Antiguidade Clássica, ainda que, naqueles tempos, em uma dimensão mais limitada e circunscrita à realidade das Cidades-Estado. Nesse sentido, ver: VABRES, Henri Donnedieu de. *Les principes modernes du droit penal international*. Paris: Panthéon-Assas, 2004, p. 403.

2 ZILLI, Marcos. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 53-54.

3 Tribunal Penal Internacional. A proteção dos direitos humanos no século XXI. *Revista do Advogado*, ano XXII, n. 67, agos., 2002, p. 73.

4 Não há consenso doutrinário na conceituação de Estado e tampouco quanto à fixação temporal de seu surgimento. Como se sabe, são encontradas diversas referências ao termo que, por sua vez, expressam diferentes ideias. Fala-se, portanto, em “Cidade-Estado”, “Estado liberal”, “Estado de Polícia”, “Estado Social” e “Estado de Direito”. Para Bobbio, a expressão está intimamente vinculada à obra de Maquiavel. Mas, ao expor o conceito, o mesmo autor observa que, dependendo das premissas que sejam adotadas, seria possível reconhecer a existência de Estado já nas chamadas cidades-Estado da Antiguidade, assim como também seria possível reconhecer a presença do Estado na sociedade medieval. Contudo, se fosse levada em consideração a existência de um aparato administrativo central, o Estado seria produto da modernidade. (*Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. 7. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 65-73). Martin van Creveld, aliás, questiona a utilidade do critério da centralização do poder como elemento característico de Estado já que tal estaria presente em algumas civilizações antigas. E, no seu entender, mesmo os sistemas centralizados que se propagaram pelo continente europeu durante os séculos XIV e XVII estavam marcados pela pessoalidade, não representando, portanto, um “Estado na forma de entidade abstrata” (*Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 177). De qualquer modo, não constitui escopo do presente trabalho um estudo aprofundado do conceito de Estado, até mesmo porque, o que se pretende é examinar as concepções que conferiram estrutura ao Estado Moderno, em especial o Estado-nação, avaliando-as com os novos valores contemporâneos. O conceito de Estado Moderno, por sua vez, se refere àquele que emerge na Europa a partir do século XVI e que está associado a uma ordem impessoal, privilegiada e constitucional e com capacidade de administrar e controlar um dado território, bem como a população que ali se encontra. Nesse sentido: HELD, David. The development of the modern state. In: HALL, Stuart; GIEBEN, Bram (ed.) *Formations of modernity*. Cambridge: Polity, 2003, p. 73.

5 Antonio Blanc Altemir esclarece que a concepção clássica do direito internacional enxergava na reparação do dano causado por um Estado a forma mais coerente de se restabelecer a harmonia internacional. Tal entendimento tomava por base um regime único de responsabilidade internacional e que não era variável a despeito da modificação da natureza do descumprimento da obrigação. As guerras mundiais, que tão pesadamente marcaram o homem da primeira metade do Século XX, contribuíram para o fortalecimento de posturas doutrinárias partidárias de uma responsabilidade do indivíduo. Nesse sentido, a experiência do Tribunal Militar de Nuremberg, sobretudo por conta da dinâmica de punição dos principais artífices das atrocidades cometidas, é um marco representativo na caminhada rumo à sedimentação da responsabilidade individual penal internacional. Posteriormente, foi ela expressamente reconhecida pelos trabalhos

A principal diferença entre o poder punitivo internacional e os poderes punitivos nacionais é dada por uma maior dose de abstracionismo que ainda se mantém no primeiro quando comparado com os últimos. É que o exercício do poder punitivo no plano nacional, além de ser palpável e perceptível, expressa a força soberana do Estado, reforçando os elos de autoridade, de subordinação e até mesmo de sujeição a que todos nacionais estão submetidos. No plano internacional, não há a figura do Estado como uma entidade superior e agregadora de todo o poder. O que se tem, na verdade, é a reunião da vontade de vários Estados que, para tanto, cedem parcela de seus poderes e de suas iniciativas em prol de um órgão jurisdicional. Este, em tese, ou ao menos em um plano ideal e desejável da universalidade, deveria a todos representar.

Nesse ponto, Kai Ambos observa que a comunidade internacional encontra-se em um estágio onde o Estado Moderno se encontrava quando começou a se formar, ou seja, em uma etapa de consolidação do monopólio de seu poder na área do Direito Penal Internacional⁶. A grande diferença, contudo, é que no processo de formação do poder punitivo internacional, foi a convergência de valores comuns, compartilhados pela maioria dos povos, que alimentou a vontade de tutelá-los⁷. Não há, portanto, a figura do Estado, ou ao menos daquele Estado tradicional e clássico que se apresenta a partir da modernidade. Quando muito, poder-se-ia traçar um paralelo entre o Estado tradicional com a chamada comunidade internacional. A equiparação, contudo, é muito frágil diante da falta de vários pontos de contato. De qualquer modo, independentemente da ausência de uma entidade internacional superior e catalizadora de todo o poder, o que há de extremamente importante é o consenso quanto à existência de um núcleo rígido sobre o qual se constrói a ideia de dignidade humana. Por sua vez, a afirmação de tais valores em documentos internacionais guarda a simbologia do reconhecimento de um padrão ético universal a ser perseguido e respeitado. Dessa forma, a proteção de tais valores contra os ataques maciços e reiterados passa a ser uma exigência em escala igualmente universal, fato que restou assentado no preâmbulo do ER⁸.

desenvolvidos pela Comissão de Direito Internacional, criada pela Resolução 177 (II) aprovada por ocasião da 123ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas celebrada no dia 21 de novembro de 1947. (*La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, p. 6-17).

6 “The international community today finds itself where the nation-state stood when it came into existence: with the building-up and consolidation of a monopoly of power in the area of international criminal law, on the basis of which a *ius puniendi* can be founded.” (On the rationale of punishment at the domestic and international level. In: HENZELIN, Marc; ROTH, Robert (ed.). *Le droit penal à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris, Genève, Bruxelles : L.G.D.J, Georg, Bruylant, 2002, p. 309).

7 É conhecida a polêmica nutrida entre relativistas e universalistas. Os primeiros opõem-se à noção de delimitação de valores universais porquanto expressivos de uma dominação política, cultural e social que levaria ao aniquilamento das próprias diferenças e diversidades. Por outro lado, os universalistas reconhecem um núcleo rígido de valores comuns a todos os povos, independentes das diversidades e particularidades culturais e sociais. Não é possível falar-se em uma ordem penal verdadeiramente internacional sem que se adote como premissa a existência de um campo de valores, bens e interesses comuns a todos os povos, de modo que a linha adotada pelo presente trabalho aproxima-se de concepções universalistas que, por sua vez, podem se harmonizar com a preservação das diversas identidades culturais e sociais. Para um estudo mais aprofundado sobre o embate entre relativistas e universalistas, ver: PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167-173; LUCAS, Javier de. Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural). *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. Madrid, ano II, n. 3, p. 259-312, maio/dez., 1994.

8 “Os Estados-partes no presente Estatuto. Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante; Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade...”



O poder punitivo internacional, que se cristalizou com o TPI, atende um interesse retributivo, o que é bastante evidente. Aliás, o desejo de se combater a impunidade⁹ foi, por muito tempo, o tom do roteiro histórico que prevaleceu na construção da Justiça Penal Internacional. Esta é uma autocrítica importante e que permite explicar – o que não se confunde com a aceitação – de muitas vicissitudes que marcaram os julgamentos dos Tribunais Militares do pós-guerra e, também, em certa medida, dos Tribunais *Ad-hoc*.

De fato, o olhar sobre aqueles processos provoca certo incômodo quando são postas em destaque as garantias do juiz natural, da estrita legalidade penal e da ampla defesa. Muito se avançou, é certo, com o TPI. Mas, ainda que o anseio seja punitivo, a sua finalidade não pode se esgotar em tal dimensão¹⁰. Para Kai Ambos, a punição no Direito Penal Internacional está alimentada, sobretudo, pelo ideal da prevenção geral positiva, o que implica dizer na tentativa de se coibir a reiteração de outras práticas criminosas¹¹. Ou seja, desempenha o TPI o papel fomentador da consolidação da ordem penal internacional e de seus valores. Nessa perspectiva, conclui o autor, assim como o direito penal nacional, o Direito Penal Internacional também persegue um estado de convivência pacífico só que em um plano para além dos limites dos Estados nacionais e, exclusivamente, no caso de graves violações de direitos humanos diante dos riscos que estas provocam à paz e à segurança internacional¹².

2. REALISMO AO MUNDO DE ALICE: O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

A necessidade de composição de interesses e visões antagônicas levou à adoção de um modelo de consenso de justiça penal internacional, o qual se traduz em diversas disposições do ER¹³.

9 Como assinalado também pelo preâmbulo do ER: “..Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes..”

10 AMBOS, Kai. On the rationale..., op. cit., p. 318. No entanto, o próprio autor lembra que a jurisprudência dos Tribunais *Ad-hoc* invoca, com regularidade, a finalidade retributiva como central à ideia de punição internacional (Idem, ibidem, n. 61).

11 “Yet the purpose of punishment by international criminal law order – most likely in the effect of a positive general prevention in the sense of making a contribution to the establishment and consolidation of an international (criminal) law order of common values. This prospective order may in the long term make the commission of international crimes more difficult by the establishment of an enforceable system of criminal sanctions...” (On the rationale..., op. cit., p. 320-321).

12 (Idem, p. 323-324).

13 O ER foi o documento final aprovado durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, realizada entre os dias 15 de junho a 17 de julho de 1998. Obteve 120 votos favoráveis, com 21 abstenções e 7 votos contrários, a saber: Estados Unidos, Israel, China, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia. Após o longo hiato temporal da guerra fria, o projeto de estabelecimento de um tribunal penal internacional permanente retomou a agenda internacional em 1989, após a apresentação de proposta por parte da delegação de TrinidadTobago em sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. No início da década

De fato, a afirmação do poder punitivo internacional não veio acompanhada do reconhecimento de sua superioridade frente aos poderes nacionais, o que se mostraria ideal em uma justiça verdadeiramente internacional. Ocorre que modelo ideal seria pouco factível no atual estágio. Afinal, dificilmente os Estados estariam dispostos a renunciar parte de sua soberania. Por outro lado, nenhum órgão internacional teria condições de assumir as causas penais que envolvessem todos os crimes internacionais praticados. Logo, imposições pragmáticas levaram à formatação de uma estrutura judiciária internacional que ainda é dependente, em parte, da atuação dos poderes punitivos nacionais. Quando estes fracassam no desempenho de suas atividades originais é que surge a possibilidade de atuação do TPI.

Embora a adesão à ordem penal internacional não seja obrigatória, quando esta se materializa, os Estados assumem o compromisso com os valores e os princípios acolhidos pelo ER. Devem, portanto, adequar os seus sistemas jurídicos de modo a viabilizar a persecução dos responsáveis pelos crimes do direito internacional: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão. Além disso, ficam obrigados a por em prática todas as medidas persecutórias, uma vez afirmada a jurisdição nacional. A omissão ou a atuação ineficaz provocada pela ausência de vontade política, ou mesmo pela incapacidade das autoridades nacionais, abre o caminho para a atuação da jurisdição do TPI¹⁴. Daí, falar-se no princípio da complementaridade.

Na verdade, este complexo sistema tem por objetivo incentivar os Estados a perseguirem e punirem os agentes responsáveis pelos crimes que mais gravemente ferem a consciência universal. O que se pretende é sedimentar a cultura de que determinados bens jurídicos assumem uma relevância universal e que, portanto, exigem uma tutela penal. Esta, por sua vez, se realiza em duas frentes: a nacional e a internacional.

O fato é que a movimentação da jurisdição nacional não é impeditiva da atuação do TPI, já que este atua sempre que se reconhecer a impossibilidade ou a insuficiência da atividade nacional. Um dos exemplos é dado pelas persecuções fraudulentas e que ocorrem no caso de investigações ou de processos judiciais conduzidos sem observância da independência ou mesmo da imparcialidade das autoridades neles envolvidas. Em outras palavras, representam uma mera encenação que encobre a real intenção que é a de sacralizar a impunidade.

de 1990, a Comissão de Direito Internacional elaborou um projeto de um estatuto. A Assembleia Geral estabeleceu, então, um comitê, com a participação de todos os Estados membros, a quem foi incumbida a tarefa de apresentar emendas ao projeto e que se reuniu entre 1996 e 1998. Dos trabalhos, resultou o projeto final que foi apresentado por ocasião da Conferência de Roma. Nesse sentido, ver: CASSESSE, Antonio. *International criminal law*. New York: Oxford, 2003, p. 340-343; AMBOS, Kai. Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional. *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. ano 9, n. 13, agos., 1997, p. 53-68; JESCHECK, Hans-Heinrich. El Tribunal Penal Internacional. *Revista Penal*. n. 8, 2001, p. 53-59; OSUNA, Ana Salado. El estatuto de Roma de la corte penal internacional y los derechos humanos. In: SALCEDO, Juan Antonio Carrillo (Coord.). *La criminalización de la barbarie: la corte penal internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 269-300 e STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal..., op. cit., p. 73-74.

A validade do exercício jurisdicional do TPI fica dependente, portanto, de uma ponderação que, por sua vez, exige uma relativa dose de subjetivismo por parte dos atores da Justiça Penal Internacional. Quando há inatividade por parte das autoridades nacionais, a questão é fácil de resolver, já que a ponderação é tomada em face da simples constatação da omissão.

Neste ponto, as experiências acumuladas na primeira década de efetivo exercício acenam para uma concentração de casos no continente africano.

Situação bem mais delicada é aquela em que houve – ou quando ainda há – atividade persecutória desenvolvida no plano interno. Neste caso, os riscos de duplas persecuções penais são mais evidentes. Em um plano ideal, esta situação somente seria admissível quando as medidas persecutórias, a cargo das autoridades nacionais com competência originária, fossem, a toda evidência, fraudulentas. Trata-se, portanto, de um arremedo de Justiça, vale dizer, uma Justiça que não está comprometida com os

seus atributos mais essenciais e que são a independência e a imparcialidade. A fraude, nessas situações extremas, desqualifica as medidas eventualmente tomadas no campo doméstico, aproximando-as do plano da inexistência jurídica.

Este mecanismo da complementaridade é um claro aceno em favor da eficiência persecutória. Afinal, instiga os Estados a se movimentarem em direção à construção de um aparato punitivo interno que dê conta da persecução de todos os responsáveis pelos crimes internacionais. Pois, em caso contrário, o TPI assumirá o protagonismo persecutório. O grande risco é que haja um comprometimento das liberdades fundamentais. A complementaridade, embora operativa na perspectiva da relação do poder punitivo internacional/Estados/TPI, é delicada – para dizer o mínimo – quando se insere nesta mesma equação a dimensão da dignidade do suspeito ou do acusado.

De qualquer modo, o estabelecimento do TPI representa um significativo avanço em direção à sedimentação dos valores do devido processo na arena internacional. Afinal, não se trata de uma jurisdição temporária ou retroativa. Com efeito, além de ser permanente¹⁵, alcança os fatos criminosos executados após o início da vigência do ER em cada um dos Estados que, voluntariamente, aderirem ao novo sistema jurídico internacional¹⁶.

15 Art. 1º do ER.

16 Conforme preceitua o art. 11 do Estatuto de Roma, a saber: “1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto. 2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do n. 3 do artigo 12º.” Ademais, a partir daí tem-se que, qualquer alteração feita nos arts. 5, 6, 7 e 8, que tratam justamente das figuras penais, somente terá efeitos para os Estados-partes que tiverem aceitado as alterações. E isto acontece somente após um ano contado do depósito dos instrumentos de ratificação ou de aceitação (art. 121.5).

Essa solução atende a um clamor que pode ser percebido desde os tempos dos Tribunais Militares do pós-guerra. Mas, ainda dentro da perspectiva do consenso que alimentou a elaboração do ER, restou prevista a possibilidade de recusa temporária da jurisdição do TPI no caso de crimes de guerra¹⁷, além da possibilidade de abandono da ordem penal internacional por qualquer Estado¹⁸. Afinal, a jurisdição penal internacional foi consensualmente construída e, dessa forma, ainda fica sujeita aos humores políticos dos Estados.

Em grande medida, o TPI atende ao projeto político que emerge do pós-guerra, coerente com o qua se expressa no movimento de expansão internacional dos direitos humanos e na instituição de mecanismos de controle e de fiscalização internacionais. A desejada Justiça Penal Internacional é um projeto que se encontra, em grande parte, concretizado. Houve, ao longo desta trajetória, grandes concessões ao pragmatismo. A plena efetividade deste sistema fica, ainda, dependente da boa vontade dos Estados nacionais. Mas continuam existindo perigos neste projeto. Afinal, importantes potências permanecem alheias à ordem penal internacional¹⁹.

Há, ainda, o risco de que o TPI se restrinja aos casos vinculados a Estados desprovidos de suficiente força política internacional, já que estes estariam mais suscetíveis às pressões da comunidade mundial. Neste ponto, as experiências acumuladas na primeira década de efetivo exercício acenam para uma concentração de casos no continente africano. Este, talvez, seja o grande desafio que se projeta para os próximos anos: a afirmação da vocação verdadeiramente universal da Justiça Penal Internacional.

3. PELA AUTONOMIA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

O emprego da expressão “Direito Penal Internacional” não é livre de controvérsias. Com efeito, nos tempos em que a Justiça Penal Internacional representava não mais do que um mero projeto de alguns idealistas, reinava certo consenso doutrinário quanto à dualidade conceitual entre o chamado Direito Penal Internacional e o direito internacional penal.

17 Art. 124 do ER.

18 Art. 127 do ER. Neste caso, a retirada, contudo, produzirá efeitos um ano após a recepção da notificação feita pelo então Estado-parte. Outra possibilidade de retirada está prevista pelo art. 121.6 do ER e ocorre justamente quando houver alteração dos arts. 5,6,7 e 8, acatada por sete oitavos dos Estados-partes. Nessa hipótese, o Estado que não tiver aceitado poderá retirar-se do sistema com efeitos imediatos.

19 É o caso, por exemplo, dos E.U.A., da China, da Índia, da Turquia e de Israel.

Para os adeptos de tal divisão, o Direito Penal internacional compreenderia normas e princípios reguladores do conflito espacial de leis penais, da extradição e da eficácia da sentença penal estrangeira²⁰. Enquanto o direito internacional penal se ocuparia do direito penal de abrangência internacional, ou seja, da proteção penal do direito internacional. Compreendendo, dessa forma, uma extensão do próprio direito internacional público²¹.

A questão, contudo, assumiu uma nova dimensão em razão do desenvolvimento da ordem penal internacional e da autonomia científica e principiológica que este ramo do direito vem ganhando nas últimas décadas. De fato, o direito punitivo de abrangência internacional é hoje uma realidade que impõe uma reflexão mais detida acerca do uso adequado da terminologia tradicional e que foi estruturada com base em uma realidade diversa da atual. Como se sabe, a jurisdição penal internacional, permanente e obrigatória, é hoje fato consumado, o que, note-se, era impensável até as duas últimas décadas do século passado.

De qualquer modo, ainda que hoje se reconheçam presentes dois campos punitivos (o nacional e o internacional), a premissa que os fundamenta é a mesma, vale dizer, a definição de comportamentos ilícitos e a delimitação das sanções correspondentes aos responsáveis por aqueles atos. Esta é, reconheça-se, a essência do direito penal. É sobre esta base comum que se acrescenta a dimensão espacial: nacional ou internacional.

Portanto, a formalização desse direito por fontes internas ou internacionais não lhe retira o que é de sua essência, não importa qual seja a tutela dos bens jurídicos mais relevantes para uma comunidade (interna ou internacional) mediante a perspectiva de punição dos responsáveis pelas ameaças ou lesões àqueles mesmos bens jurídicos. Logo, quer seja em uma dimensão nacional, quer seja em uma dimensão internacional, está-se diante da responsabilidade penal do indivíduo.

20 Esta é a conceituação dada por Donnedieu de Vabres: "Le droit penal international est la science qui détermine la compétence des juridictions pénales de l'Etat vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles – lois de fond et lois de forme – par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers." (*Les principes...*, op. cit., p. 3). No mesmo sentido, indicava Stefan Glaser: "D'autres encore ont employé la notion du droit pénal international dans un sens plus large, pour définir ainsi la science qui détermine la compétence des juridictions pénales de l'Etat vis-à-vis des juridictions étrangères, l'application de ses lois criminelles – lois de fond et lois de forme – par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers. (...) Pourtant, on se servait le plus souvent du terme 'droit pénal international' pour indiquer et pour déterminer seulement les règles juridiques du droit national concernant l'application des lois pénales dans l'espace." (*Introduction à l'étude du droit international pénal*. Paris : Recueil Sirey, 1959, p. 5). Em sentido análogo, apontava Vespasien Pella: "...el Derecho penal internacional no se relaciona más que con individuos considerados como sujetos de infracciones. No se refiere a las infracciones cometidas por los Estados. No se ocupa más que de los delitos cometidos en el interior de los Estados, que en general no influyen en las relaciones pacíficas entre éstos. Su objeto es indicar la ley penal aplicable, determinar los efectos extraterritoriales de las leyes represivas, de los diferentes Estados, y de fijar, como se ha dicho, las reglas de la colaboración de las autoridades de diferentes países a los efectos del ejercicio de la represión, conforme a una de estas leyes." (*La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho penal de porvenir*. Madrid: Aguilar, 1931, p. 218). Para uma análise aprofundada sobre toda a discussão terminológica, ver Alicia Gil Gil (*Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 23-27).

21 VABRES, Donnedieu de. *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*. 3. ed., Paris: Recueil Sirey, 1947, p. 7 e GLASER, Stefan. *Introduction...*, op. cit., p. 7.

Aliás, a interdependência entre o sistema punitivo internacional e o nacional é íntima. Afinal, uma conduta ilícita que atinja toda a comunidade internacional também atingirá, necessariamente, os interesses de cada um dos Estados nacionais que compõem aquele sistema. Dessa forma, um ilícito penal internacional deveria ser também um ilícito penal no plano nacional, embora o inverso não seja verdadeiro.

Realmente, a punição dos responsáveis pelos chamados *core crimes* há de ser feita primordialmente pelos Estados nacionais, pois, caso contrário, ficará aberto o caminho para a atuação da jurisdição internacional. Cabem, portanto, aos Estados nacionais o exercício de seus poderes punitivos no âmbito de suas respectivas jurisdições, uma vez reconhecida a prática de uma conduta que se amolde à definição de genocídio, de crime contra a humanidade, de crime de guerra ou de agressão. Assim, percebe-se que toda vez em que os Estados falham no desempenho de seus papéis surge a perspectiva de atuação do poder punitivo internacional.

Logo, aquelas tradicionais distinções entre o Direito Internacional Penal e direito penal internacional exigem uma nova reflexão. Aliás, já não se mostrava adequado compreender, sob a qualificação internacional, normas que regulavam a aplicação do direito penal interno²².

De fato, quando o Estado incorpora, em seu ordenamento, regras que preveem a aplicação de sua lei penal e do exercício de sua jurisdição para atos cometidos no estrangeiro, trata-se do âmbito de um direito interno. A aplicação internacional não lhe retira a força originária, ou, em outras palavras, o foco de interesse originário, que é o do Estado nacional. É o mesmo raciocínio

22 Conforme já apontavam inúmeros autores. Com efeito, preceitua Luis Jiménez de Asúa: “Creemos impropio, en efecto, llamar Derecho penal internacional al estudio de las cuestiones suscitadas por los conflictos entre leyes nacionales de distintos Estados y por las relativas posibilidades de extraterritorialidad de algunos de sus preceptos.” (*Tratado de derecho penal*. T. II. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 624). Concordando com as observações expostas por Asúa pontuou Javier Saenz de Pipaon y Mengs: “Por nuestra parte creemos que no cabe duda de que, como apunta Jiménez de Asúa, lo que con esas críticas se pretende denunciar es el claro divorcio entre epígrafe y contenido. Efectivamente, las normas a las que se hace referencia no se pueden considerar en modo alguno como Derecho penal sustantivo, pero sí son, desde luego, normas penales adjetivas, con lo cual habremos de buscar el divorcio denunciado en otra dimensiones: hasta qué punto las mencionadas disposiciones competenciales tienen el carácter de normas internacionales?”. (*Delincuencia política internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Universidad Complutense, 1973, p. 46-47). No mesmo sentido: GIL GIL, Alicia. *Derecho...*, op. cit., p. 23-24. Heleno Claudio Fragoso (*Lições de direito penal. A nova parte geral*. 17a ed., rev. Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2006) por sua vez, acentua: “tal designação é imprópria. Essas normas pertencem ao direito público interno, não perdendo tal caráter pelo fato de algumas de suas disposições envolverem o compromisso internacional do Estado, de punir determinados crimes independentemente do lugar em que foram praticados, ou pelo fato da aplicação da lei penal sofrer certas limitações que derivam do Direito Internacional. Um Direito Penal Internacional só poderia ser aquele que estabelecesse preceitos e sanções destinados às diversas nações, projetando-se, assim, no campo do Direito das Gentes. Esse Direito Penal internacional está em curso de longa e laboriosa elaboração histórica.” (p. 131). Aníbal Bruno, por sua vez, também manifestou sua restrição ao uso da expressão “Direito Penal Internacional” para compreender normas que seriam de direito interno. O autor chega a mencionar que a expressão seria mais adequada para fazer referência ao direito penal aplicável aos Estados na arena internacional o que, no seu entender, seria hipótese remota diante da ausência de um organismo internacional que tivesse tal incumbência. Com efeito: “Aplica-se, em geral, a este capítulo do Direito punitivo a denominação de Direito Penal internacional, denominação, entretanto, que só se pode admitir com reservas, seja embora evidente, na matéria, a influência do Direito das gentes. Trata-se aqui de Direito público interno de um país, ainda que em relação com o Direito estrangeiro. Não seria, mesmo, apropriada essa expressão, em contrário à opinião de Von Liszt, para designar as normas formuladas por certos órgãos de caráter internacional ou medidas resultantes de tratados ou acordos entre Estados autônomos para prevenção e repressão de fatos que interessam aos Estados signatários, como as referentes ao tráfico de mulheres ou à segurança das grandes vias de comunicação, que, embora tenham por origem atos de Direito internacional, se tornam Direito Penal interno, consagradas em leis próprias de cada país. Com propriedade só se aplica essa denominação a Estados por fatos contrários ao Direito das gentes. Mas isso implicaria a existência de uma organização jurídica internacional, com autoridade e poderes para impor e executar medidas de caráter verdadeiramente penal contra os Estados transgressores, submetidos, então, à aquele poder comum, uma nobre aspiração, em suma, mas de realização naturalmente remota. Nesse sentido, porém, parece encaminhar-se o Direito das gentes, apesar das resistências a superar, e para esse verdadeiro Direito Penal Internacional deverá reservada a denominação que lhe cabe.” (*Direito penal. Parte geral*. 2 ed., T. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 216, n. 1).

que se aplica quando o Estado regulamenta os mecanismos de cooperação penal internacional, tais como a extradição ou mesmo a homologação de sentença estrangeira. Ainda que, para tanto, tenha firmado acordos internacionais ou bilaterais de cooperação.

O que se quer ressaltar é o fato de que as normas jurídicas previstas nos ordenamentos internos a respeito de extraterritorialidade da lei penal e da competência nacional das autoridades judiciárias – e aquelas outras relacionadas com o detalhamento dos mecanismos e dos procedimentos de cooperação internacional – são, em realidade, produto do exercício da soberania estatal, que não só estabelece critérios para a aplicação espacial de seu próprio ordenamento, mas também para o reconhecimento da validade interna do direito estrangeiro. Dessa forma, tanto sob a perspectiva formal quanto material, estas são normas de direito interno. E isto, convenhamos, limita consideravelmente a aceção internacional que se lhes queira emprestar²³.

Tal característica fica mais evidente quando este grupo de normas é confrontado com aquele outro que tipifica os crimes internacionais e que estabelece os mecanismos e instrumentos de persecução internacional. Aqui, a dimensão internacional assume um real sentido, quer seja pela fonte de onde provém este direito, quer seja pelo âmbito espacial de aplicação. O Direito Penal Internacional é, portanto, este ramo do direito para o qual as tradicionais ramificações – penal e internacional – confluem. É, enfim, um direito punitivo de abrangência internacional²⁴.

Nesse passo, ao enfrentar detidamente a questão conceitual, Alicia Gil Gil conclui que a expressão Direito Penal Internacional deveria ser reservada para designar todas as normas e princípios de caráter exclusivamente material (direito penal substantivo) provenientes de fontes

23 Para Alicia Gil Gil, a relação da expressão “Direito Penal Internacional” para com as normas que fixam a extraterritorialidade da lei penal e os mecanismos de cooperação internacional vem sustentada tão somente pelo uso contínuo que, de certo modo, consagrou a associação entre aquela terminologia com este sentido. Não se trata, portanto, de hipótese em que há coerência lógica entre a expressão e o seu conteúdo. Neste sentido: “Una delimitación exacta del contenido puede alcanzarse con mayor acierto determinando, en primer lugar, la materia que queda excluida de su objeto. Así, quedan descartados como contenido del Derecho Penal Internacional en sentido material los temas relativos a competencia jurisdiccional, aplicabilidad de la Ley penal en el espacio, entreayuda judicial e reconocimiento de sentencias extranjeras por tratarse de temas de naturaleza procesal y de Derecho interno. Para todos ellos sería más apropiado buscar otra denominación, pues la única razón para seguir comprendiéndolos en el Derecho Penal Internacional es la de que el uso parece haber consagrado dicho nombre.” (*Derecho...*, op. cit., p. 27).

24 Neste sentido, leciona Kai Ambos (*La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Tradução de Ezequiel Malarino. Montivideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 34-35): “Por derecho penal internacional (Völkerstrafrecht) se entiende, tradicionalmente, el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como derecho internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional).” Em outra obra, tomando por base a lição de Triffterer, observa o mesmo autor: “El derecho penal internacional (muchos hablan también de un derecho penal internacional material) busca establecer esa responsabilidad y especificar sus requisitos; por tal razón, en la literatura científica se entiende por derecho penal internacional la totalidad de las normas de derecho internacional público que regulan las consecuencias de carácter penal. A la vez, el derecho penal internacional vincula los conceptos de aplicabilidad universal de las normas (derecho internacional público), con los conceptos de responsabilidad individual (derecho penal), de manera que la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional público). Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del ECPI no sólo consolidan al derecho penal internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional, sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal.” (*Impunidad y derecho penal internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 49). Há de ser destacada, ainda, a lição de GIL GIL, Alicia. *Derecho...*, op. cit., p. 27-52 que, assumindo como válida a expressão Direito Penal Internacional, delimita o seu conteúdo com base na precisão do bem jurídico protegido de abrangência internacional.

internacionais. Seria, portanto, aquele ramo do direito punitivo dedicado à tutela dos bens jurídicos mais relevantes no plano internacional. Projeta-se, portanto, para as mais graves agressões aos bens jurídicos internacionais²⁵.

Concordando parcialmente com tal conceituação, Pastor entende que a limitação do Direito Penal Internacional exclusivamente à dimensão material seria por demais restritiva. O autor propõe, então, um sentido amplo do Direito Penal Internacional, o qual englobaria várias ramificações, dentre as quais, as normas relativas à aplicação extraterritorial da lei penal. Por sua vez, inserto neste sentido amplo, encontraríamos o Direito Penal Internacional em sentido estrito, este sim, relacionado com as normas punitivas e processuais relacionadas com o verdadeiro poder punitivo internacional²⁶.

A inclusão dos aspectos processuais é, de fato, importante. Realça a estreita conexão que interliga o direito penal e o processual, sem que tal vinculação implique subordinação deste para com o primeiro. Aliás, como bem lembra Pastor, não é possível conhecer-se um, sem o estudo do outro²⁷. A única restrição que há de ser feita em suas conclusões envolve os riscos de se manter a confusão entre as expressões “Direito Penal Internacional” e “direito internacional penal”, a qual remete-se a longa data.

Há, portanto, que se descartar, como foi feito por Alicia Gil Gil, o emprego da última terminologia, adotando-se, por vez, a expressão Direito Penal Internacional para designar um sistema jurídico penal internacional. Representado por um conjunto de princípios e regras – positivadas e/ou consuetudinárias – descritivo das infrações penais internacionais e impositivo das respectivas

25 “Una definición del Derecho penal internacional substantivo debe partir de la idea de que su función es, como la del Derecho penal interno, la protección de bienes jurídicos. Pero esta afirmación es insuficiente para definir el derecho penal, pues la protección de bienes jurídicos es una función que sumen todos los sectores del ordenamiento. El Derecho penal protege, de los bienes jurídicos cuya suma constituye el orden social creado y protegido por el Derecho, aquellos bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión; por ello el Derecho penal tiene un carácter fragmentario. Del mismo modo, el Derecho penal internacional protege, de los bienes vitales que constituyen el orden internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves.” (*Derecho...*, op. cit., p. 27-28). Não se trata de questão nova. Adotando a expressão Direito Penal Internacional como expressiva da ordem penal internacional acentuava Vespasien Pella (La codification du droit penal international. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, t. XXIII, 1952, p. 347): “De ce qui précède il résulte qu’on pourrait considérer le droit pénal international nouveau comme la discipline juridique qui, en vue de la défense de l’ordre international, détermine les crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité, prévoit les sanctions et fixe les conditions de la responsabilité des individus, des Etats et des autres personnes juridiques.” É esta a ideia também preconizada por Ripollés (Criminalidad de guerra. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. t. VI, Barcelona: Francisco Seix, 1954, p. 3), para quem: “El derecho penal internacional digno de tal nombre, el que hoy se propugna por doquier, pretende mucho más que eso, queriendo ser la expresión de una voluntad jurídica de la comunidad internacional, y, como tal, definir la norma, aplicarla y hasta ejecutar la sanción con independencia absoluta del querer de cada Estado individual.”

26 “Con derecho penal internacional en sentido estricto (...) se designa al conjunto de todas las normas internacionales que establecen un sistema de delitos y penas, con parte general y especial, por un lado, y, por el otro, un sistema de procedimientos y cuerpos judiciales para comprobar los delitos y eventualmente aplicar las penas. Esta noción comprende también las normas complementarias de ambos sistemas, material y procesal, necesarias para su funcionamiento, tales como el derecho diplomático, el disciplinario, el de ejecución penal y el de cooperación judicial. Se trata de un verdadero poder penal internacional (*El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 31). Mais adiante complementa o autor: “...lo penal es entendido en sentido genérico como comprensivo de lo sustantivo, lo procesal, la organización judicial y las reglas accesorias. En realidad se trata de un derecho penal internacional material, un derecho de ejecución penal internacional, de un derecho penal procesal internacional y de un derecho de la organización judicial penal internacional...” (Idem, p. 31-32).

27 *El poder...*, op. cit., p. 32.

sanções em escala individual em nível internacional, este sistema é independente, em princípio, da nacionalidade do agente, bem como do local da consumação²⁸.

A tendência é que a operatividade do sistema punitivo internacional leve à construção de uma comunidade científica capaz de identificar este espaço que, ao mesmo tempo em que é independente, é, também, ponto de convergência de vários ramos jurídicos.

Envolve tal ramo, igualmente, um conjunto de princípios e de regras que tratam especificamente dos instrumentos e dos mecanismos jurisdicionais de aplicação do direito punitivo internacional, assim como da execução das sanções penais impostas. É, portanto, uma concepção abrangente que não menospreza o papel, nem a autonomia científica do processo penal internacional.

Descartada, portanto, a manutenção daquela dualidade terminológica e conceitual – “Direito Penal Internacional/direito internacional penal” – a noção que hoje se constrói do Direito Penal Internacional deve traduzir uma nova

realidade que não mais pode ficar limitada às clássicas ramificações do direito. Os conceitos construídos para operarem exclusivamente nos tradicionais espaços do direito penal ou do direito internacional não são totalmente aplicáveis.

A inserção do indivíduo como verdadeiro ator na arena internacional não pode ser feita à luz de todos os princípios que, até então, tinham sido erigidos em uma perspectiva calcada exclusivamente no Estado como o único protagonista internacional. Da mesma forma, o direito penal, construído com base no projeto político do Estado Moderno, não encontra integral aplicabilidade em um contexto onde o espaço internacional exige uma reformatação do conceito clássico de soberania.

28 *Derecho...*, op. cit., p. 27-52. Entretanto, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 16-17 apresenta um conceito dúplice, por assim dizer, de Direito Penal Internacional que englobaria, tanto os aspectos relativos à aplicação do Direito Penal Interno, quanto as normas definidoras dos crimes internacionais. Com efeito, afirma: “O Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas. O Direito Penal Internacional estabelece, também, as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional”. Entendemos, contudo, que uma definição de tal magnitude incorre no risco de englobar, sob o mesmo manto, componentes diversos, decorrentes de fontes distintas. Com efeito, são de nítido caráter interno aquelas normas que regulam a aplicação do direito nacional no âmbito do território de um Estado ou, em casos excepcionais, fora dele, ou mesmo que estabeleçam os procedimentos pelos quais o Estado nacional vai reconhecer e aplicar uma decisão estrangeira. Provém, portanto, de uma fonte legislativa nacional. Diferente, todavia, são as normas que provêm de um consenso internacional e que fixam uma ordem jurídica supranacional autônoma e independente daquelas estabelecidas por cada Estado, os quais, ainda, sequer podem estabelecer mecanismos internos para evitar a sua aplicação, uma vez com ela comprometidos.

O que se quer afirmar é que o Direito Penal Internacional (direito punitivo de abrangência internacional) goza de certa autonomia científica. Autonomia que não pode ser reduzida aos tradicionais campos metodológicos do direito, sob pena de uma análise míope e por todo comprometedora de sua exata compreensão.

Há, portanto, um campo relativamente novo, cuja edificação toma emprestado aspectos relevantes do direito penal tradicional, do direito internacional e, também, dos direitos humanos. A busca incessante por inseri-lo nos campos tradicionais do conhecimento jurídico revela um grave equívoco metodológico. A tendência é que a operatividade do sistema punitivo internacional leve à construção de uma comunidade científica capaz de identificar este espaço que, ao mesmo tempo em que é independente, é, também, ponto de convergência de vários ramos jurídicos.

4. O DIREITO PENAL INTERNACIONAL: ENTRE JACKSON E BECCARIA

4.1 POR UM PADRÃO ÉTICO UNIVERSAL

Ainda que informada pela necessidade de assegurar uma maior eficiência na persecução de crimes internacionais, a expansão do poder punitivo, agora em uma dimensão internacional, suscita inúmeras inquietações quanto aos limites deste expansionismo e, também, quanto aos mecanismos de contenção das arbitrariedades. Afinal, como lembra Pastor, a cultura penal e processual penal haurida do Iluminismo é extremamente zelosa da defesa do espaço individual da liberdade contra a tendência, sempre presente, dos excessos do poder punitivo²⁹.

O movimento de expansão do poder punitivo não é recente, nem tampouco está restrito aos chamados crimes internacionais, muito embora, com relação a estes, os mecanismos de instituição sejam mais evidentes. Afinal, ao lado da territorialidade – expressão máxima do vigor da concepção clássica de soberania – já admitiam os Estados, há muito tempo, a projeção internacional do poder punitivo nacional, no âmbito do que se denominou de extraterritorialidade da lei penal. Em grande parte, as hipóteses justificadoras da extraterritorialidade são alimentadas

²⁹ “Esta comprensión universal de lo penal, basada en la tradición liberal e ilustrada, supone – de modo indiscutible y a la luz de una evolución de más de dos siglos – que el derecho punitivo debe ser visto sistemáticamente con desconfianza, con cuidado con temor, con reserva, pues es un mecanismo jurídico violento y desafortunado, demasiado inclinado a facilitar el abuso y la arbitrariedad de quienes lo aplican”. (*El poder...*, op. cit., p. 23).

pela necessidade de afirmação soberana dos Estados que se mostram desejosos de assegurar a força e a efetividade de seu direito para “além-mar”³⁰.

Ocorre que o desenvolvimento do Direito Penal Internacional a partir da segunda metade do século passado trouxe uma nova energia à extraterritorialidade penal, especificamente no campo da justiça universal³¹. O reconhecimento da existência de um grupo de crimes que afetam, grave e seriamente, a consciência universal impulsionou alguns Estados a aprimorarem os instrumentos da justiça penal universal³². Os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão passaram a ser uma espécie de crimes sem fronteiras, no sentido de estarem sujeitos à atuação da jurisdição de vários Estados.

De qualquer modo, esta maior expansão dos poderes punitivos nacionais, somada à estruturação de um órgão jurisdicional internacional, deve vir necessariamente acompanhada de um incremento dos mecanismos de tutela da liberdade jurídica. E é justamente nesse aspecto que o direito internacional dos direitos humanos desempenha importante papel. Afinal, traduz ele um padrão ético universal incidente sobre o exercício do poder punitivo. É, a bem da verdade, a projeção da continuidade do projeto de controle do exercício do poder, o qual guarda as suas raízes históricas no Iluminismo e na reação ao Antigo Regime.

Como se sabe, o projeto político de controle do poder punitivo se encontra enraizado na cultura jurídica ocidental. Não perdeu ele a sua força, nem tampouco a importância, ao longo dos séculos. Tanto é verdade, que o movimento de consagração dos direitos e das garantias judiciais, desencadeado com a Revolução Francesa, alçou voos mais ambiciosos a partir da segunda metade do século passado e que coincidem com a assunção daqueles direitos e garantias ao patamar mais elevado dos direitos internacionais dos direitos humanos.

30 Justifica-se a expansão do poder punitivo nacional o desejo de proteção dos próprios nacionais (nacionalidade passiva) e, também, de outros bens jurídicos relevantes e reputados, pelos Estados nacionais, como dignos de proteção, independentemente do local da prática delituosa (princípio da proteção ou defesa). É, ainda, uma decorrência natural do projeto político da modernidade o desejo dos Estados nacionais de fazerem valer a força de sua autoridade frente a todos os nacionais, ainda que estes se encontrem fora dos limites do território. É a chamada nacionalidade ativa. Há situações outras, no entanto, em que a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos extrapola o campo de interesse exclusivo de um único Estado. E isso se dá, ou porque há uma conjugação de interesses de vários Estados na punição dos agentes responsáveis por determinados crimes que guardam uma abrangência internacional, ou porque houve um consenso internacional quanto à necessidade de se punir determinados crimes e cuja prática afeta, gravemente, a segurança mundial. Vem, daí, a noção de princípio da justiça penal universal.

31 Tome-se como exemplo a Convenção de Genebra para Melhoria das Condições dos Feridos e dos Enfermos das Forças Armadas em Campanha, firmada em 1949. Além de incorporar o princípio da justiça penal universal, impôs aos Estados o dever de promoverem investigações relacionadas com aquelas práticas, com a conseqüente punição de todos os responsáveis, independentemente das nacionalidades envolvidas.

32 No campo legislativo, uma das experiências mais controvertidas relativas ao princípio da justiça penal universal foi protagonizada pela legislação belga que, até o ano de 2003, incorporou a forma mais ampla daquele princípio. Com efeito, ao modificar, em 1999, a Lei de repressão das infrações às Convenções de Genebra que havia sido editada em 1993, a Bélgica passou a admitir a possibilidade de processamento de todos os responsáveis pela prática de crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade, independentemente da nacionalidade dos autores e das vítimas ou mesmo do local de execução das condutas (MACHADO, Maira Rocha. *A internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 93-96).

Vistos em sua amplitude, os movimentos de construção da ordem penal internacional e de consagração internacional dos direitos humanos trilharam caminhos próprios, muito embora a raiz ideológica de ambos seja coincidente, qual seja com a proteção da dignidade humana. Ou seja, para além do movimento de reação da humanidade a uma intolerável impunidade frente às condutas mais repulsivas à consciência mundial e das exigências de um sistema punitivo forte e eficiente, estabeleceu-se outro movimento o qual se caracterizou pela edificação de uma moral universal e pela construção de um sistema de controle e de fiscalização do respeito à dignidade humana.

Logo, se a ordem penal internacional consagra um ponto de convergência punitiva universal, o direito internacional dos direitos humanos também traduz um ponto mínimo de respeitabilidade das liberdades, o qual também é reconhecido universalmente. Aliás, muitas das disposições previstas pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos coincidem com aquelas estabelecidas nos documentos internacionais. O fato que reforça a tese quanto à existência de um padrão ético mínimo universal de controle do poder punitivo. Por certo, não foram outras as razões que levaram à afirmação do direito internacional dos direitos humanos como parâmetro exegético do ER³³.

4.2 O TPI E O DEVIDO PROCESSO

Como se sabe, o ER é documento de conteúdo amplo, que agrega disposições de caráter administrativo do próprio Tribunal, normas principiológicas do regime punitivo aplicáveis aos crimes internacionais e, também, regras de formatação do devido processo penal internacional. Mas, para além do ER, há, ainda, um substrato normativo que o complementa.

No caso dos Elementos do Crime, por exemplo, encontramos um conjunto de disposições que conferem maior especificidade às figuras penais, o que, em certa medida, indica o desejo de se evitar modelos penais abertos. Por sua vez, o Regulamento de Procedimentos e de Provas confere um norte procedimental mais preciso, atendendo, assim, às expectativas das partes processuais que estão em confronto, minimizando, dessa forma, as surpresas e as mudanças repentinas de rota.

Há, contudo, alguns claros que exigem maior atenção. O primeiro deles envolve o recurso ao costume como fonte integradora do Direito Penal Internacional. Não se pretende, aqui, afirmar a incompatibilidade entre o direito costumeiro e o direito penal, até mesmo porque há sistemas jurídicos que, historicamente, estão fundados na prevalência do direito costumeiro sem que isto

implique prejuízo para as liberdades fundamentais. No entanto, o processo histórico de construção do Direito Penal Internacional indica uma paulatina redução da importância do costume e de sua substituição pelo direito positivado. É evidente que este novo quadro confere maiores certeza e definição quanto aos limites do direito punitivo.

O recurso ao costume, é certo, não está totalmente proscrito do regime punitivo internacional. Afinal, poderá ser útil na identificação dos princípios e normas de direito internacional (art. 21.1.b) e, também, dos princípios gerais do direito (art. 21.1.c). O problema reside nos processos de identificação do que possa ser qualificado como costume, o que exigirá atenção e cautela redobradas do julgador.

De fato, o costume supõe uma prática que seja sentida e cumprida como norma vinculante por toda a comunidade. No entanto, as incertezas que podem pairar sobre a qualificação de uma prática como um verdadeiro costume e as graves consequências jurídicas emergentes aconselham que tal recurso fique restrito ao campo da absoluta excepcionalidade. Até mesmo porque, como antes mencionado, o movimento é de paulatina redução da importância do costume na ordem penal internacional.

Outro ponto igualmente importante – e que merecerá a devida atenção nos próximos anos – envolve o resguardo da igualdade processual. É evidente que uma composição equilibrada de forças se mostra muito difícil de ser concretizada em uma jurisdição internacional onde, à toda evidência, gozam os órgãos de persecução de recursos e de instrumentos substancialmente mais eficazes para a obtenção e para a produção de provas. Tanto é verdade, que os Estados-partes estão obrigados a prestar qualquer tipo de cooperação para o TPI e em suas diferentes fases de persecução³⁴. O desequilíbrio de forças é, portanto, manifesto e se mostra muito mais intenso do que nas jurisdições nacionais.

É óbvio que uma igualdade material é de todo inatingível no processo penal internacional. Isto, contudo, não impede – e, jamais deve impedir –, a criação de mecanismos e de instrumentos que atenuem as desigualdades, levando-as para um patamar mais tolerável. E é justamente neste ponto que o papel das autoridades judiciárias será decisivo. Ou seja, não se espera do juiz penal internacional uma posição passiva e inerte que é relativamente comum ao *adversary system*³⁵.

34 Art. 86 do ER.

35 O *adversary system* deve ser compreendido como um modelo de gestão processual em que as partes (acusador e acusado) detêm o controle sobre a condução da marcha processual e, especialmente, da atividade probatória. O juiz, nesse caso, assumiria uma postura passiva. A passividade é vista como uma condição para o resguardo da própria imparcialidade. Em outras palavras, para este sistema, qualquer intervenção ou iniciativa do juiz seria recebida com desconfiança. Para um exame mais detalhado sobre as características que cercam o *adversary system*, ver: LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed., St. Paul: West, 1992, p. 36 e STRIER, Franklin. *Reconstructing justice: an agenda for trial reform*. Chicago: University of Chicago, 1996, p. 30-31).

Ao contrário, em um processo no qual o ideal de paridade de armas não é tão evidente e onde o regime punitivo que orbita ao redor do acusado é extremamente severo, caberá ao juiz reestabelecer o equilíbrio processual sempre que a balança pender excessivamente para um dos lados. Na prática, isso implica reconhecer uma maior sensibilidade do julgador para com as questões que tocam o exercício da ampla defesa. Esta não constitui mera formalidade. Deve ser eficaz, vale dizer, suficientemente capaz de influenciar a formação da convicção do julgador.

A dimensão do devido processo perante o TPI não se esgota na previsão abstrata de direitos e de garantias em prol do acusado. Vai mais além. Toca diretamente o exercício efetivo de direitos e de poderes em grau e em dimensão suficientemente capazes de fazerem frente à força do órgão acusador. Isso, sem dúvida, exigirá do julgador internacional uma maior sensibilidade, além da superação de antigos dogmas do processo penal internacional, os quais distanciavam o juiz do duelo processual. O juiz, inevitavelmente, deverá ser mais ativo. O que não implica qualquer confusão com os modelos inquisitórios.

Em realidade, essa aproximação passa por um olhar mais detido em favor dos direitos e das garantias do justo processo que toquem diretamente os interesses da defesa. Não haverá, neste aspecto, qualquer prejuízo ao resguardo da imparcialidade. O alinhamento prévio do julgador em favor de alguma das teses processuais ou de alguma das partes – o que, evidentemente, compromete o atributo da imparcialidade – não se confunde com o papel de fiscalizador dos direitos e garantias do justo processo. Aliás, a trajetória do Direito Penal Internacional indica uma busca contínua em prol dos ditames do justo processo. Os avanços conquistados não estão restritos ao fortalecimento do poder punitivo. Mas, também, abrangem a consolidação da legitimidade deste mesmo poder. Esta é, portanto, uma obra em prol de todos. Vida longa ao Direito Penal Internacional!

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALTEMIR, Antonio Blanc. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 6-17.

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Tradução de Ezequiel Malarino. Montivideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

———; On the rationale of punishment at the domestic and international level. In: HENZELIN, Marc; ROTH, Robert (ed.). *Le droit penal à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris, Genève, Bruxelles : L.G.D.J., Georg, Bruylant, 2002.

—; Impunidade y derecho penal internacional. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

—; Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un Código Penal Internacional. Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. ano 9, n. 13, agos., 1997, p. 53-68.

ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de derecho penal. T. II. Buenos Aires: Losada, 1950.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política. 7. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRUNO, Aníbal. Direito penal. Parte geral. 2 ed., T. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CASSESE, Antonio. International criminal law. New York: Oxford, 2003.

CREVELD, Martin Van. Ascensão e declínio do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de direito penal. A nova parte geral. 17a ed., rev. Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIL, Alicia Gil. Derecho penal internacional. Madrid: Tecnos, 1999.

GLASER, Stefan. Introduction a l'étude du droit international pénal. Paris : Recueil Sirey, 1959.

HELD, David. The development of the modern state. In. HALL, Stuart; GIEBEN, Bram (ed.) Formations of modernity. Cambridge: Polity, 2003, p. 72-125.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. El Tribunal Penal Internacional. Revista Penal. n. 8, 2001, p. 53-59.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. Criminal procedure. 2. ed., St. Paul: West, 1992.

LUCAS, Javier de. Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural). Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas. Madrid, ano II, n. 3, p. 259-312, maio/dez., 1994.

MACHADO, Maíra Rocha. A internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Editora 34, 2004.

MENGS, Javier Saenz de Pipaon. Delincuencia política internacional. Especial consideracion del delito de genocídio. Madrid: Universidad Complutense, 1973.

OSUNA, Ana Salado. El estatuto de Roma de la corte penal internacional y los derechos humanos. In. SALCEDO, Juan Antonio Carrillo (Coord). La criminalización de la barbarie: la corte penal internacional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 269-300.

PASTOR, Daniel. El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma. Barcelona: Atelier, 2006.

PELLA, Vespasien. La codification du droit penal international. Revue Générale de Droit International Public, Paris, t. XXIII, p. 345-459, 1952.

——; La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho penal de porvenir. Madrid: Aguilar, 1931.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167-173;

STEINER, Sylvia. Tribunal penal internacional. A proteção dos direitos humanos no século XXI. Revista do Advogado, ano XXII, n. 67, agos., 2002.

STRIER, Franklin. Reconstructing justice: an agenda for trial reform. Chicago: University of Chicago, 1996.

QUINTANO, Antonio Ripollés. Criminalidad de guerra. Nueva Enciclopedia Jurídica. t. VI, Barcelona: Francisco Seix, 1954.

VABRES, Donnedieu de. VABRES, Henri Donnedieu de. Les principes modernes du droit penal international. Paris: Panthéon-Assas, 2004.

——; Traité de droit criminel et de législation pénale comparée. 3. ed., Paris: Recueil Sirey, 1947.

ZILLI, Marcos. *A caverna e as sombras*. Boletim do IBCCrim, , ano 17, n. 201, agosto, 2009, p. 4-5.



—;A prova ilícita e o tribunal penal internacional: regras de admissibilidade. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha; MONTECONRADO, Fabíola Girão. Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Tomo II. Montivideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 393-423.

INTRODUÇÃO: QUEM TEM MEDO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL?

MARCOS ZILLI

Professor Doutor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor em Direito Processual pela mesma Universidade. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Professor do Curso de Pós-graduação Interdisciplinar Humanidades, Direitos e outras Legitimidades da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional promovido pela Fundação Konrad Adenauer. Membro do *Diversitas*, Núcleo de Estudos das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos da Universidade de São Paulo (USP). Membro do *Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição* (Idejust). Membro do Grupo de Pesquisa *Conflitos armados na era contemporânea* vinculado ao *Diversitas* (USP). Membro do *Forum for International Criminal and Humanitarian Law* (FICHL). Coordenador Editorial da Coleção Fórum de Direitos Humanos. Juiz de Direito no Estado de São Paulo, desde 1991.

TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.





TRIBUNAL RUSSO

ON REPRESSION IN LATIN AMERICA

BRUSSELS JAN 17-19 1975



AL RUSSELLE
ON REPRESSION IN LATIN AMERICA
JAN 17-19 1975



O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO

Flavia Piovesan

Professora da Faculdade de Direito da PUC-SP

Procuradora do Estado de São Paulo

Daniela Ribeiro Ikawa

Professora de Direitos Humanos – Columbia University (Estados Unidos)

1. INTRODUÇÃO

Em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, foi ineditamente aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional¹, por cento e vinte votos favoráveis, sete votos contrários² e vinte e uma abstenções. Em 01 de julho de 2002, o Estatuto de Roma entrou em vigor³. Até 4 de dezembro de 2011, cento e vinte Estados já haviam ratificado o Estatuto de Roma⁴.

Qual é a importância do Tribunal Penal Internacional? Qual é a sua competência? De que forma se relaciona com os Tribunais locais? Como interage com o Direito Brasileiro? De que modo tem contribuído para a proteção dos direitos humanos e para o combate à impunidade dos mais graves crimes internacionais?

1 Em 16 de dezembro de 1996, a Assembleia Geral da ONU, em sua resolução 51/207, decidiu que a conferência diplomática dos plenipotenciários para a criação do Tribunal Penal Internacional deveria ser realizada em 1998, ano em que se completava o cinquentenário da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Comitê Preparatório reuniu-se seis vezes, durante os anos de 1996 a 1998, para preparar o anteprojeto de estatuto da Conferência Diplomática das Nações Unidas, visando ao estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional.

2 Os votos contrários foram da China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia.

3 Em 11 de abril de 2002, 66 Estados já haviam ratificado o Estatuto, ultrapassando as sessenta ratificações necessárias para a sua entrada em vigor, nos termos do art. 126 do Estatuto de Roma. O Brasil ratificou o Estatuto em 20 de junho de 2002.

4 Do universo dos Estados-partes, 34 são Estados da África e do Oriente Médio; 17 da Ásia; 42 da Europa; 27 das Américas. Ainda, Cote d'Ivoire, Uganda e Palestina aceitaram a jurisdição do TPI para crimes específicos sem ratificarem o Estatuto de Roma (artigo 12. 3, Estatuto). Schabas aponta a possibilidade de Cuba aceitar a jurisdição do TPI apenas no que toca a Guantanamo. Schabas, William A., *The International Criminal Court and Non-Party States* (December 1, 2010). Windsor Yearbook of Access to Justice, Vol. 28, No. 1, p. 1, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1817780>.

Inicialmente, será examinado o processo histórico que propiciou a adoção do Tribunal Penal Internacional, avaliando-se sua estrutura e jurisdição. Em um segundo momento, a análise focará o chamado princípio da complementaridade, mediante o estudo da relação entre a jurisdição do Tribunal Penal Internacional e os tribunais locais. Também será destacada a relação entre o Tribunal Penal Internacional e o Conselho de Segurança da ONU.

A partir da análise dos delineamentos do Tribunal Penal Internacional, transita-se ao Direito Brasileiro, com ênfase no modo pelo qual o Tribunal interage com a Constituição Brasileira de 1988. Serão apreciadas quatro temáticas, que têm suscitado intensa controvérsia jurídica: a pena de prisão perpétua; a imunidade de Chefes de Estado; a entrega de nacionais; e a reserva legal.

Por fim, ao longo do artigo, será desenvolvida uma reflexão a respeito do Tribunal Penal Internacional, seu significado e simbologia, e a questão da universalidade nesses 10 anos de enfoque no continente africano.

2. PRECEDENTES HISTÓRICOS

A ideia de um Tribunal Penal Internacional não é recente. O primeiro tribunal internacional foi estabelecido provavelmente ainda em 1474, em Breisach, Alemanha, para julgar Peter Von Hagenbach, por haver permitido que suas tropas esturassem e matassem civis, saqueando suas propriedades⁵. Séculos depois, na década de 1860, um dos fundadores do movimento da Cruz Vermelha, Gustav Monnier, propunha a elaboração de um Estatuto para um Tribunal Penal Internacional, sem, contudo, encontrar grande receptividade⁶.

Algumas tentativas de formação de um Tribunal Penal Internacional surgiram após a Primeira Guerra Mundial, motivadas pelas violações às leis e aos costumes internacionais, então cometidas. O apego a uma teoria rígida de soberania, centralizada na figura do Estado, e a não aceitação pelos países vencidos de uma jurisdição de cunho pessoal, pautada na nacionalidade do acusado, fizeram com que os tribunais não fossem instituídos. Pode-se destacar três tentativas de criação, relativas, respectivamente, ao Tratado de Sèvres, ao Tratado de Versailles e à Convenção contra o Terrorismo.

A primeira, teve início com proposta da Comissão para a Responsabilização dos Autores da Guerra e para a Execução de Penas por Violações a Leis e Costumes de Guerra (Commission on

5 Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. *Indiana International and Comparative Law Review*, n. 1 (1991), p. 1-2.

6 Christopher Keith Hall. The First Proposal for a Permanent International Criminal Court. *International Review of the Red Cross*, n. 322 (1998), citado em William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 2.

the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Customs of War)⁷. Constituída em 1919, a Comissão defendeu a criação de um “tribunal superior” competente para julgar todos os indivíduos inimigos que houvessem violado as “leis e os costumes de guerra e as leis da humanidade”.

A Comissão pretendia, precipuamente, que os responsáveis pelo massacre de 600.000 armênios na Turquia fossem responsabilizados. Os Estados Unidos se opuseram ao tribunal, alegando a inexistência de lei internacional positiva prevendo tais crimes e a violação ao princípio da soberania, visto que se permitiria a responsabilização de Chefes de Estado. O conseqüente tratado de Sèvres⁸, que serviria de base ao tribunal, não foi ratificado pela Turquia, sendo substituído, em 1927, pelo Tratado de Lausanne,⁹ que concedeu anistia geral aos oficiais turcos¹⁰.

A segunda tentativa remonta, ainda, a 1919, quando o Tratado de Versalhes previu a constituição de um “tribunal especial” para julgar o Kaiser Wilhelm II, assim como soldados alemães acusados de crimes de guerra. O tribunal, contudo, não se efetivou, seja porque Wilhem II fugiu para a Holanda, país que não concordou em entregá-lo, seja porque a Alemanha nunca aceitou os termos do tratado¹¹.

A terceira tentativa refere-se à adoção pela Liga das Nações, em 1937, de uma Convenção contra o Terrorismo, cujo protocolo continha um Estatuto para um Tribunal Criminal Internacional. Como apenas a Índia ratificou a Convenção, o tribunal nunca foi instituído¹².

A magnitude das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, marcadas por uma lógica de descartabilidade dos seres humanos¹³, instigou os aliados, todavia, a constituírem dois tribunais penais internacionais: em Nuremberg e em Tóquio. O Acordo de Londres, que criou o Tribunal Militar Internacional em Nuremberg, foi assinado pelos quatro poderes aliados

7 A Comissão foi estabelecida no plenário da sessão da Conferência Preliminar para a Paz em 1919. UN Secretary General, Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction, p. 7, UN Doc. A/CN.4/7/Rev.1, UN Sales n. V.8 (1949), citada em Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. **Indiana International and Comparative Law Review**, n. 1 (1991), nota 20.

8 The Treaty of Peace Between the Allied Powers and Turkey, 10 de agosto de 1920, Am. J. Int'l. L. n. 15, p.179. Citado em Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. **Indiana International and Comparative Law Review**, n. 1 (1991), nota 9.

9 Treaty of Peace between the Allied Powers and Turkey, 24 de julho de 1923, L. N. T. S., n. 28, p. 11. Citado em Leila Sadat Wexler. The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal. **Cornell International Law Journal**, 1996, nota 10.

10 Leila Sadat Wexler. The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal. **Cornell International Law Journal**, 1996, p. 669-670. Ver ainda Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. **Indiana International and Comparative Law Review**, n. 1 (1991), p. 2-3.

11 William A. Schabas. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 3-4; Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. **Indiana International and Comparative Law Review**, n. 1 (1991), p. 2; Leila Sadat Wexler. The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal. **Cornell International Law Journal**, 1996, p. 670.

12 Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. **Indiana International and Comparative Law Review**, n. 1 (1991), p. 4.

13 Flávia Piovesan. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

– Estados Unidos, Reino Unido, França e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – em 8 de agosto de 1945.

Esse Tribunal, voltado à responsabilização criminal de indivíduos, tinha jurisdição para processar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (art. 6), alcançando até mesmo indivíduos anteriormente respaldados por imunidades, como os Chefes de Estado (art. 8)¹⁴. O Tribunal de Nuremberg foi criticado por ter sido constituído após o cometimento dos crimes, por ter aplicado, retroativamente, leis penais. E por ter se caracterizado como um “tribunal dos vencedores”; voltado à retribuição.

De fato, segundo William Schabas, o Tribunal se recusou a condenar soldados americanos e ingleses em *France v. Goering et al.* por crimes de guerra, onde as provas da acusação se assemelhavam àquelas acolhidas para soldados não aliados¹⁵. A Carta do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente, adotada em 19 de janeiro de 1946¹⁶, seguiu regras semelhantes às de Nuremberg¹⁷, tendo sofrido, conseqüentemente, as mesmas críticas. Ilustrativamente, reafirmou-se também aqui a característica de “tribunal dos vencedores”, especialmente ao serem desconsiderados os bombardeios de Hiroshima e de Nagasaki na análise dos crimes perpetrados durante a guerra¹⁸.

Cabe ressaltar, contudo, que o Tribunal de Tóquio teve uma composição mais diversificada que o de Nuremberg¹⁹, aproximando-se mais da regra de imparcialidade, tangente à distribuição geograficamente equitativa de seus membros, prevalecente em vários Comitês, Comissões e Tribunais internacionais da atualidade²⁰. Para Cherif Bassiouni, a ausência de precedentes relativos às violações cometidas durante a primeira guerra e a recusa em se processar soldados aliados enfraqueceram a legalidade dos processos, tanto em Nuremberg quanto em Tóquio²¹.

14 Leila Sadat Wexler. The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal. *Cornell International Law Journal*, 1996, p. 674.

15 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 6.

16 Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. *Indiana International and Comparative Law Review*, n. 1 (1991), nota 16.

17 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 7.

18 Onuma Yasuaki. Beyond Victors' Justice. *Japan Echo*, Vol. XI, special Issue, 1984, p. 63.

19 Dos 11 juizes, apenas 3, contudo, provinham de países asiáticos. Onuma Yasuaki. Beyond Victors' Justice. *Japan Echo*, Vol. XI, special Issue, 1984, p. 64.

20 Após os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os aliados estabeleceram tribunais criminais na Alemanha, onde julgaram mais de 20.000 indivíduos. (Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. *Indiana International and Comparative Law Review*, n. 1 (1991), p. 5). Ainda, Estados europeus anteriormente ocupados pelas tropas nazistas estabeleceram “tribunais nacionais” ou “cortes populares”, formadas principalmente por jurados leigos, onde, estipula-se, mais de um milhão de pessoas foram julgadas. (Istvan Deak. The Fifth Annual Ernst c. Stiefel Symposium 1945-1995: Critical Perspectives on the Nuremberg Trials and State Accountability. Painel II: Comparative Analysis of International and National Tribunals. *New York Law School Journal of Human Rights, Symposium*, 1995, p. 584-599).

21 Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. *Indiana International and Comparative Law Review*, n. 1 (1991), p. 4-5.

Com a adoção da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, em 08 de dezembro de 1948, que afirmou ser o genocídio um crime contra a ordem internacional, iniciaram-se os esforços para a criação de um Tribunal Penal Internacional permanente. De acordo com o artigo 6º da Convenção, “as pessoas acusadas de genocídio serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição”. O raciocínio era simples: a gravidade do crime de genocídio poderia implicar o colapso das próprias instituições nacionais, que, assim, não teriam condições para julgar seus perpetradores, restando assegurada a impunidade.

Em 1951, um Comitê estabelecido pela Comissão de Direito Internacional (International Law Commission) apresentou uma primeira versão do Estatuto do Tribunal Internacional. Em 1953, essa versão foi revisada e aprovada. Os trabalhos foram, então, suspensos por 35 anos, para serem reestabelecidos em 1989, ano da queda do muro de Berlim, por iniciativa de Trinidad e Tobago, que percebia no Tribunal um meio de repressão ao tráfico de drogas.

A implementação do Tribunal Penal Internacional permanente recebeu considerável impulso com a instauração dos tribunais “ad hoc” para a antiga Iugoslávia e para a Ruanda, adotados, respectivamente, por meio da Resolução 827/1993 e da Resolução 955/1994 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Os tribunais *ad hoc*²² demonstraram a viabilidade da instauração de tribunais penais internacionais para a responsabilização de indivíduos por graves violações de direitos humanos, em uma época marcada pela explosão de conflitos étnicos e culturais²³.

Ainda, a importância de um sistema internacional de justiça para o julgamento de graves violações de direitos humanos foi também enfatizada pelo Programa de Ação de Viena de 1993, ao estabelecer, em seu § 92: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda que a Comissão dos Direitos Humanos examine a possibilidade de melhorar a aplicação dos instrumentos de direitos humanos existentes em níveis internacional e regional e encoraja a Comissão de Direito Internacional a continuar seus trabalhos visando ao estabelecimento de um tribunal penal internacional”. Note-se que a importância da criação de uma jurisdição internacional

22 Algumas diferenças básicas, todavia, devem ser destacadas desde logo entre os tribunais *ad hoc* e o TPI. Primeiro, o TPI é um tribunal permanente, menos sujeito ao alto grau de seletividade presente em tribunais *ad hoc*. Segundo, os crimes abrangidos pelo Estatuto de Roma são mais especificados, atendendo-se mais claramente ao princípio da tipicidade. Terceiro, o Estatuto de Roma prevê restrições à pena de prisão perpétua, atentando para a importância da individualização da pena. Quarto, o TPI segue o princípio da complementaridade e não o da primazia da jurisdição internacional. Leila Sadat Wexler. *The Proposed Permanent International Criminal Court: An Appraisal. Cornell International Law Journal*, 1996, p. 676-686 e William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 8-20.

23 Segundo Jayakumar (foreign minister of Singapore), “a guerra fria havia imposto identidades que transcendiam ao nacionalismo. Seu fim proporcionou a oportunidade de se buscar garantias e uma nova identidade em nacionalismos reais ou imaginários”. S. Jayakumar, citado em Henry Steiner e Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2000, p. 585. Ver ainda Gilberto Vergne Sabóia. *A Criação do Tribunal Penal Internacional. Revista CEJ*, Brasília, n. 11 (maio-agosto, 2000), p. 7 e Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



para os graves crimes contra os direitos humanos foi revigorada na década de 90, em face dos genocídios que a marcaram (vide os conflitos da Bósnia, Ruanda, Kosovo, Timor Leste, dentre outros), confirmando as previsões de Samuel P. Huntington²⁴, para quem o fim da Guerra Fria demarcaria a transição do conflito bipolarizado Leste/Oeste para a explosão de conflitos étnicos e culturais.

O Estatuto de Roma foi finalmente adotado em 17 de julho de 1998. Em 11 de abril de 2002, 66 países já haviam ratificado o Tratado, ultrapassando as sessenta ratificações necessárias para a sua entrada em vigor²⁵. O Brasil ratificou o Estatuto em 20 de junho de 2002. Durante as negociações que levaram à adoção do Estatuto, o Brasil foi caracterizado como um “like minded country”²⁶. Segundo William Schabas, os países que compunham o grupo dos “like minded” defendiam o princípio da jurisdição automática do Tribunal sobre os crimes de genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade; a eliminação do veto do Conselho de Segurança; a instituição de um promotor independente com poderes de iniciar os processos *proprio motu* e a vedação a reservas²⁷ – características tendentes a fortalecer o poder do Tribunal e a torná-lo mais imparcial.

3. ESTRUTURA E JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Quanto à estrutura, o Tribunal Penal Internacional é formado por quatro órgãos²⁸: i) a Presidência²⁹, integrada por 3 juízes³⁰, responsáveis pela administração do Tribunal; ii) as Câmaras³¹, divididas em Câmara de Questões Preliminares, Câmara de Primeira Instância e Câmara de Apelações; iii) a Promotoria³², órgão autônomo do Tribunal, competente para receber as denúncias sobre crimes,

24 Ver Samuel Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996.

25 Nasser Amin. As 60 Approaches, Decisions in Remaining Regions Will Affect Influence. *The International Criminal Court Monitor*. N. 19, Dez, 2001, p. 1. Mais especificamente, o artigo 126 do Estatuto de Roma estabelece que o “Estatuto deverá entrar em vigor no primeiro dia do mês após o sexagésimo dia que se seguir ao depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão na Secretaria Geral das Nações Unidas.”

26 International Criminal Tribunal. Country-by-Country Ratification Status Report. <http://www.iccnw.org/html/country.html>, [07/02/02]. Ressalte-se, contudo, que o próprio Schabas não elenca o Brasil dentre os membros dos “like minded countries” William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 15 (nota 53).

27 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 15-16.

28 Artigo 34, Estatuto de Roma.

29 Artigo 38, Estatuto de Roma.

30 Artigo 35(2), Estatuto de Roma. Ver ainda William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 152.

31 Artigo 39, Estatuto de Roma.

32 Artigo 42, Estatuto de Roma.

O Estatuto inova, ainda, ao prever violações para as situações de conflitos internos, e não apenas para os internacionais.

examiná-las, investigá-las e propor ação penal junto ao Tribunal; e iv) a Secretaria³³, encarregada de aspectos não judiciais da administração do Tribunal³⁴. No total, dezoito juízes compõem o Tribunal³⁵, sendo eleitos pela Assembleia dos Estados-partes segundo uma distribuição geográfica equitativa e uma justa representação de gênero³⁶.

Quanto à jurisdição, cabe analisá-la sob os critérios material, pessoal, temporal e territorial.

Sob a perspectiva material, o Tribunal Penal Internacional tem jurisdição sobre quatro crimes: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

No que toca ao crime de genocídio, o Estatuto acolheu a mesma definição estipulada pelo artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio adotada pelas Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1948, e ratificada pelo Brasil em 4 de setembro de 1951. Costumava-se diferenciar o crime de genocídio dos crimes contra a humanidade, pois esses últimos estavam restritos aos períodos de guerra. Com a ampliação do conceito de crimes contra a humanidade também para períodos de paz, o crime de genocídio passou a ser considerado a mais grave espécie de crime contra a humanidade³⁷. O fator distintivo do crime de genocídio frente a outros crimes é encontrado em seu dolo específico, tangente ao “intuito de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”³⁸. A destruição pode ser física ou cultural³⁹.

O caso de Dafur, por exemplo, foi levado ao TPI com base no crime de genocídio. O caso se pautou no genocídio derivado da luta pela terra entre pastores nômades e fazendeiros, a despeito do

33 Artigo 43, Estatuto de Roma.

34 Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. op. cit. p. 215.

35 O número de juízes estipulado pelo Estatuto é criticado por alguns autores, por entenderem-no insuficiente para o cumprimento da jurisdição delineada para o Tribunal. (Bryan MacPherson. *Building an International Criminal Court for the 21st Century*. *Connecticut Journal of International Law*, n. 13 (1998), p. 56; William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 154.) Analisando a composição do Tribunal conforme disposta em uma das versões ao Estatuto, onde as Câmaras de Primeira Instância seriam compostas por cinco e não pelo mínimo de seis juízes (artigo 39 (1), Estatuto de Roma), como estabelecido na versão final, Bryan Macpherson observou que não seria possível atender a situações de violações de direitos humanos em grande escala, como as ocorridas em Ruanda e na antiga Iugoslávia. Insta lembrar, contudo, que como o Estatuto permite realocações temporárias de juízes da Câmara de Questões Preliminares para a Câmara de Primeira Instância (artigo 39 (4), Estatuto de Roma), o número de turmas de Primeira Instância poderá ser ampliado consideravelmente, ainda que em caráter provisório. O enfoque na Câmara de Primeira Instância se justifica porque essa pode atuar apenas em turmas de três juízes, enquanto a Câmara para Questões Preliminares pode atuar por meio de juízes singulares.

36 Artigo 36 (8), Estatuto de Roma. Observa Schabas que nos oitenta anos de existência da Corte Internacional de Justiça, composta por quinze juízes, apenas uma mulher foi eleita. William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 153.

37 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 30 e 35.

38 Artigo 6º, Estatuto de Roma.

39 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 31-32.

entendimento da extinta Comissão de Direitos Humanos, em 2005, no tocante à interpretação dos crimes cometidos em Darfur como crimes de guerra – e crimes contra a humanidade – e não como crime de genocídio. O promotor do TPI, contudo, interpretou a destruição de poços de água e o impedimento ao acesso a água, os homicídios e estupros em massa, a tomada forçada de terras, como “genocide by attrition”⁴⁰.

No que se refere aos crimes contra a humanidade, eles foram mais extensamente definidos no Estatuto de Roma do que em Nuremberg, tendo havido uma especial ampliação da tipificação quanto a crimes ligados ao gênero⁴¹, compreendendo a agressão sexual, a prostituição forçada, a gravidez forçada, a esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável. A nota distintiva desses crimes está no fato de fazerem parte de um ataque sistemático, ou em grande escala, contra civis⁴².

No que tange aos crimes de guerra, derivam precipuamente das quatro Convenções de Genebra de 1949⁴³ e da Convenção de Haia IV de 1907⁴⁴, abarcando a proteção tanto a combatentes (Haia), quanto a não combatentes (Genebra). Como não se estabelece aqui qualquer restrição quanto à magnitude das ofensas, acredita-se, em princípio, que haveria jurisdição mesmo no que se refere a casos isolados⁴⁵. O Estatuto inova, ainda, ao prever violações para as situações de conflitos internos, e não apenas para os internacionais⁴⁶. Nesse sentido, lembra José Miguel Vivanco, o Tribunal poderia dar especial apoio na resolução dos conflitos relativos ao caso colombiano⁴⁷.

Por fim, quanto ao crime de agressão, uma proposta de tipificação se deu apenas em 11 de junho de 2010, quando o Grupo de Trabalho sobre o crime de agressão adotou a Resolução RC/Res 6. Nos termos dessa Resolução, o crime de agressão compreende planejar, preparar, iniciar

40 Dev Nathan, Darfur: Primary Accumulation and Genocide, p. 23-26.

41 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 38. Sobre a questão de gênero no Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, ver Justice Richard Goldstone. The United Nations’ War Crimes Tribunals: An Assessment. *Connecticut Journal of International Law*, n. 122 (1997), p. 231.

42 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 35-38.

43 Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, (1949) 75 UNTS 31; Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, (1950) 75 UNTS 85, Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, (1950) 75 UNTS 135; Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, (1950) 75 UNTS 287. William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 40.

44 Convention concerning the Laws and Customs of War on Land (Hague IV), 18 de outubro de 1907. William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 40.

45 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 44.

46 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 40-48.

47 Resumen Ejecutivo del Seminario Regional para la Ratificación e Implementación del Estatuto de la Tribunal Penal Internacional. Pánel I-La Creación de la Tribunal Penal Internacional.

ou executar um ato de agressão, que, por sua natureza, gravidade e impacto, constitua uma manifesta violação à Carta da ONU, por parte de pessoa que esteja efetivamente no exercício do controle do Estado ou que diretamente tenha o controle político ou militar do Estado⁴⁸.

Sob a perspectiva pessoal, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não alcança pessoas menores de dezoito anos⁴⁹, parecendo reconhecer, como faz a Constituição brasileira⁵⁰, que essas pessoas requerem uma justiça especial que atenda às peculiaridades do indivíduo em desenvolvimento. A jurisdição alcança, todavia, pessoas que tenham cometido os crimes previstos no Estatuto no exercício de sua capacidade funcional, ainda que sejam Chefes de Estado.

O Estatuto de Roma aplica-se, igualmente, a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada em cargo oficial⁵¹. Isto é, o cargo oficial de uma pessoa, seja ela chefe de Estado ou de Governo (como no caso do presidente do Sudão, Omar Hassan Al-Bashir, e da Líbia, Muammar Gaddafi⁵²), não eximirá sua responsabilidade penal e nem tampouco importará em redução de pena. Isto simboliza um grande avanço do Estatuto com relação ao regime das imunidades, que não mais poderá ser escudo para a atribuição de responsabilização penal.

Sob a perspectiva temporal, a jurisdição do Tribunal abarca apenas os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto⁵³. No entanto, o artigo 124 permite que os Estados-partes declarem que não aceitam a jurisdição do Tribunal quanto a crimes de guerra cometidos por seus nacionais ou em seu território por um período de sete anos a contar da entrada em vigor do Estatuto. A França fez a declaração indicada nesse artigo, ao ratificar o tratado.

Por fim, sob a perspectiva territorial, o Tribunal tem jurisdição sobre crimes praticados no território de qualquer dos Estados-partes. Ainda que o Estado do qual o acusado seja nacional não tenha ratificado o Estatuto, nem aceito a jurisdição do Tribunal para o julgamento do crime em questão⁵⁴.

48 A respeito, consultar: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf

49 Artigo 26, Estatuto de Roma.

50 Artigo 227, § 3º, V, Constituição Federal Brasileira.

51 Artigo 27, Estatuto de Roma.

52 Thomas Obel Hansen, *Africa and the International Criminal Court*, p. 10. Ver ainda Dev Nathan, *Darfur: Primary Accumulation and Genocide*, p. 23.

53 Artigo 11, Estatuto de Roma.

54 O artigo 12 do Estatuto exige que o Estado onde foi cometida a conduta ou, alternativamente, o Estado de nacionalidade do acusado tenha ratificado o Tratado ou aceito a jurisdição do Tribunal para o julgamento do crime específico. Nesse sentido, lembra Bergsmo que o Estatuto poderá ser aplicado a um Estado sem que ele o tenha consentido. Morten Bergsmo. *O regime jurisdicional da Corte Internacional Criminal*. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 227. A esse argumento, responde Sabóia que o Tribunal Internacional julgará indivíduos e não os próprios Estados. Ainda, ressalta o autor que o Estado da nacionalidade do acusado terá também jurisdição sobre o crime (Gilberto Vergne Sabóia. *A Criação do Tribunal Penal Internacional*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11 (maio-agosto, 2000), p. 11), podendo julgar o acusado ou requerer a sua extradição, nos termos do artigo 90 do Estatuto de Roma.



Considerando a estrutura e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, passa-se, agora, ao exame do modo pelo qual se relaciona com os Tribunais locais, tendo em vista o chamado “princípio da complementaridade”, bem como o princípio da cooperação.

4. A RELAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E OS ESTADOS-PARTES: OS PRINCÍPIOS DA COMPLEMENTARIDADE E DA COOPERAÇÃO

Quanto à relação entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados-partes, merecem destaque dois princípios: o princípio da complementaridade⁵⁵ e o princípio de cooperação.

No que toca ao princípio da complementaridade, o Estatuto de Roma⁵⁶ segue a regra segundo a qual o Tribunal não exercerá sua jurisdição quando o Estado onde ocorreu a conduta criminosa ou o Estado de cujo o acusado é nacional estiver investigando, processando ou já houver julgado a pessoa em questão. Esta regra, entretanto, apresenta exceções, não se aplicando quando: i) o Estado que investiga, processa ou já houver julgado for incapaz ou não possuir a intenção de fazê-lo; ii) o caso não houver sido julgado de acordo com as regras do artigo 20 (3) do Estatuto; ou iii) o caso não for grave o suficiente. Por incapacidade, entende-se o colapso total ou parcial ou a indisponibilidade de um sistema judicial interno⁵⁷. Por ausência da intenção de investigar ou processar, compreende-se o escopo de proteger a pessoa acusada, a demora injustificada dos procedimentos ou a ausência de procedimentos independentes ou imparciais.

Quanto às regras do artigo 20 (3), apreende-se que, nas hipóteses em que for constatado o propósito de proteger o acusado ou a ausência de procedimentos imparciais, dever-se-á afastar a jurisdição do Estado, mesmo quando já existir coisa julgada. Cabe frisar que o Estatuto não

55 Os Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda não adotaram o princípio da complementaridade, mas o da primazia, segundo o qual a jurisdição da Corte internacional prevalece sobre aquela do Estado. Ver, nesse sentido, William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 13 e 67; e Jelena Pejić. *The Tribunal and the ICC: Do Precedents Matter?* *Albany Law Review*, n. 60 (1997), p. 854-855.

56 Parágrafo 10 do Preâmbulo e artigo 17 do Estatuto de Roma.

57 Essa hipótese recebeu consideráveis críticas, por funcionar, no que tange à soberania centrada na figura do Estado, em favor dos países ricos e em detrimento dos países pobres. William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 68.

exige como requisito de admissibilidade o exaurimento dos remédios internos⁵⁸, diferenciando-se, desse modo, de outros mecanismos internacionais de proteção a direitos humanos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direito Humanos⁵⁹.

A jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, a responsabilidade primária e o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz dos princípios da complementaridade e da cooperação.

O princípio da complementaridade tem por base duas outras regras: a da publicidade e a da possibilidade de impugnação do processo. O artigo 18 (2) do Estatuto ressalta a necessidade de notificação dos Estados-partes com jurisdição sobre um determinado caso sempre que o Tribunal iniciar investigações, para que esses Estados possam se manifestar no tocante ao exercício, ou não, de sua jurisdição.

No entanto, essa regra é criticada por alguns internacionalistas, por possibilitar uma eventual destruição de provas por agentes envolvidos em um caso determinado antes mesmo do início das investigações. O próprio Estatuto, todavia, ameniza o problema, ao permitir que o promotor realize, a qualquer tempo – após autorização da Câmara de Questões Preliminares – as investigações necessárias à preservação de evidências⁶⁰. Já o artigo 19 do Tratado, estabelece o direito do Estado com jurisdição sobre o caso de impugnar, por uma única vez, a jurisdição do Tribunal Internacional. O Estado deve, no entanto, fazê-lo antes, ou no início do processo, na primeira oportunidade que tiver.

Ainda o próprio Estado pode iniciar procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional, não estando necessariamente em uma posição contraposta a esse. Ao contrário, o Estado pode utilizar-se do Tribunal para estender os limites de sua própria soberania com vistas à proteção de direitos humanos. Até 2011, a Uganda, a República Democrática do Congo, a República Centro Africana e Cote d'Ivoire iniciaram procedimentos perante o TPI. No último caso, o Estado o fez por meio da possibilidade aberta pelo artigo 12 do Estatuto, já que Cote d'Ivoire não é um Estado-Parte⁶¹.

58 Lawyers Committee for Human Rights. Frequently Asked Questions about the International Criminal Court, gopher://gopher.icc.apc.org:70/00/orgs/icc/ngodocs/faq_lchr.txt, [14/04/1999], p. 2.

59 Artigo 46, Convenção Americana e artigo 2º, Protocolo Opcional ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

60 Morten Bergsmo. O Regime Jurisdicional da Corte Internacional Criminal. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 242.

61 Thomas Obel Hansen, *Africa and the International Criminal Court*, p. 6. Ver, ainda, William Shabas. *The International Criminal Court and Non-Party States*.

Mais especificamente, em junho de 2004, foi anunciado o início de investigações sobre cerca de 5.000 a 8.000 assassinatos ocorridos desde julho de 2002, entre outros diversos crimes, na República Democrática do Congo. Em janeiro de 2007, a Câmara de Questões Preliminares I recebeu a denúncia da Promotoria em face de Thomas Lubanga Dyilo, pela prática de crime de guerra consistente em alistar, recrutar e utilizar crianças menores de 15 anos em conflitos armados em Ituri, no período de setembro de 2002 a 13 de agosto de 2003⁶². Thomas Lubanga⁶³, líder de uma das milícias não governamentais envolvidas no recrutamento de crianças para o conflito armado, foi o primeiro réu a ser levado ao TPI para julgamento (2006). Em 14 de março de 2012, Câmara de Questões Preliminares I decidiu, por unanimidade, por condenar Lubanga, em virtude da prática dos referidos crimes de guerra⁶⁴.

Mandados de prisão foram emitidos contra Bosco Ntanganda, Bermain Katanga, Mathiew Ngudjolo Chui, e Callixte Mbarushimana. Investigações contra Katanga e Chui tiveram início em 2009. E contra Mbarushimana em 2011⁶⁵.

Em julho de 2004, foi anunciado o início de investigações na região norte da República de Uganda, onde ataques sistemáticos e generalizados, também por parte de milícias não estatais⁶⁶, foram perpetrados contra a população civil desde julho de 2002, incluindo sequestros de meninos e de meninas. Em outubro de 2005, o Tribunal Penal Internacional ordenou o seu primeiro mandado de prisão, em face de Joseph Kony, líder da resistência armada (LRA — Lord's Resistance Army), em Uganda⁶⁷.

Em janeiro de 2005, a Promotoria recebeu denúncia oferecida pela República Centro Africana, a respeito de crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos desde 1º de julho de 2002, estando o caso sob investigação e análise. Em maio de 2008, foi expedido mandado de prisão em face de Jean-Pierre Bemba Gombô, sob a acusação de crimes de guerra e crimes contra a humanidade⁶⁸. O processo foi iniciado contra Gombô em 2010⁶⁹.

62 Ver caso Promotoria vs. Thomas Lubanga Dyilo (ICC 01/04-01/06). A respeito, consultar sentença ICC 01/04-01/06-803-TEN — disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF> — acesso em 5-5-2009).

63 Thomas Lubanga estava sendo processado na RDC por genocídio e crimes contra a humanidade quando o TPI pediu sua entrega, com base na acusação de recrutar crianças como soldados. William Shabas. *The International Criminal Court and Non-Party States*, p. 15.

64 Acessar <http://www.icc-cpi.int/Menu/Go?id=a70a5d27-18b4-4294-816f-be68155242e0&lan=en-GB> <http://icc-cpi.int> (acesso em 16 de março de 2012).

65 Christopher D. Totten and Nicholas Tyler, *Arguing for an Integrated Approach [...]*, p. 1082. Ver, ainda, Thomas Obel Hansen, *Africa and the International Criminal Court*, p. 5.

66 Christopher D. Totten and Nicholas Tyler, *Arguing for an Integrated Approach [...]*, p. 1082, 1108.

67 Ver caso ICC 02/04-01/05. Nos últimos 19 anos, o LRA tem sido acusado de assassinatos, execuções e utilização forçada de mais de 20.000 crianças como crianças-soldados ou escravas sexuais (*The International Criminal Court: Catching a Ugandan Monster*, *The Economist*, October 22, 2005, p. 66-67).

68 Consultar caso Promotoria vs. Jean-Pierre Bemba Gombô (ICC 01/05-01/08), Case Information Sheet em: <http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/BB799007-74C2-4212-9EA6-0FC9AD178492/279535/BembaCISEn.pdf>.

69 Thomas Obel Hansen, *Africa and the International Criminal Court*, p. 6.





CONFERÊNCIA INTERNACIONAL "MEMÓRIA: AMÉRICA LATINA EM PERSPECTIVA INTERNACIONAL E COMPARADA"; 61ª CARAVANA DA ANISTIA, PUC-RJ, RIO DE JANEIRO/RJ, DE 14 A 17 DE AGOSTO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Além dos Estados-partes, a legitimidade ativa para deflagrar o exercício da jurisdição internacional é conferida pelo Estatuto de Roma a dois outros atores: o Conselho de Segurança e o promotor, que pode agir *proprio motu*⁷⁰. A legitimação do promotor possibilita que os Estados denunciem violações ao Estatuto, por meio de representações informais ao promotor, nos termos do artigo 15 (2), sem se preocuparem com eventuais desgastes às relações diplomáticas com países nos quais estejam ocorrendo as violações ou com países de cujo o acusado seja nacional. O caso do Quênia (2010) é um exemplo de ação *proprio motu*. Os casos de Darfur e da Líbia são exemplos de ação por parte do Conselho de Segurança.

O caso de Darfur, tangente a crimes contra a humanidade e crimes de guerra, foi submetido à Promotoria pelo Conselho de Segurança da ONU, em março de 2005, nos termos da Resolução

70 Requer-se, no caso da iniciativa do promotor, a aprovação da Câmara de Questões Preliminares do Tribunal. Gilberto Vergne Sabóia. A Criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11 (maio-agosto, 2000), p. 11.

nº 1.593⁷¹. Em 15 de julho de 2008, a Promotoria do Tribunal Penal Internacional solicitou ordem de prisão contra o presidente do Sudão, Omar al-Bashir, acusado pela prática de crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos na região de Darfur. Segundo a ONU, o conflito em Darfur já deixou mais de 300 mil mortos e 2,5 milhões de refugiados. Ainda, em 26 de fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança, por unanimidade, decidiu submeter a situação da Líbia à Promotoria do Tribunal Penal Internacional⁷². Em 03 de março de 2011, a Promotoria anunciou sua decisão de instaurar uma investigação com relação à situação da Líbia⁷³.

No que toca a iniciativas *proprio motu*, em 26 de novembro de 2009, a Promotoria apresentou requerimento à Câmara de Questões Preliminares II para autorizar a abertura de uma investigação a *proprio motu* em relação à violência e supostos crimes internacionais ocorridos pós-eleição de 2007-2008, no Quênia⁷⁴. Em 31 de março de 2010, a Câmara de Questões Preliminares decidiu autorizar, por maioria de votos, as investigações sobre supostos crimes contra a humanidade ocorridos no período de 1º de junho de 2005 a 26 de novembro de 2009 no Quênia, em conformidade com o art. 15 do Estatuto de Roma⁷⁵.

No que se refere ao princípio da cooperação, o Estatuto impõe aos Estados-partes a obrigação genérica de “cooperar totalmente com o Tribunal na investigação e no processamento de crimes que estejam sob a jurisdição desse”⁷⁶. A cooperação envolve, ilustrativamente, a adoção de procedimentos internos de implementação do Estatuto, a entrega de pessoas ao Tribunal, a realização de prisões preventivas, a produção de provas⁷⁷, a execução de buscas e apreensões e a proteção de testemunhas⁷⁸. O não cumprimento de pedidos de colaboração expedidos pelo

71 A Resolução n. 1.593 (2005), adotada pelo Conselho de Segurança da ONU, em 31 de março de 2005, pode ser lida no site: www.icc-cpi.int/library/cases/N0529273.darfureferral.eng.pdf. Note-se que a resolução do Conselho de Segurança contou com onze votos favoráveis, nenhum contra e quatro abstenções. A respeito, ver Corte Mundial julgará acusados do Sudão, *Folha de S. Paulo*, p. A29, 2 de abril de 2005, e ainda Brasil se abstém de resolução antígenocídio, *Folha de S. Paulo*, p. A6, 2 de abril de 2005. Sobre a dramática situação de Darfur, ver Darfur's despair, *The Economist*, October 15, 2005, p. 69-71.

72 Ver Resolução n. 1970 (2011), adotada pelo Conselho de Segurança da ONU, sessão n. 6491, 26 de fevereiro de 2011.

73 Ver Statement of Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court, to the United Nations Security Council on the situation in the Libyan Arab Jamahiriya, pursuant to UNSCR 1970 (2011) -<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/0BDF4953-B5AB-42E0-AB21-5238F2C2323/0/OTPStatement04052011.pdf>.

74 O requerimento para autorização de investigação, de acordo com o art. 15 do Estatuto de Roma, está disponível em: <http://www.iccpi.int/iccdocs/doc/doc785972.pdf> (acesso em 3-4-2010). Os anexos estão disponíveis em: <http://www.icccpi.int/NR/exeres/90D5D0C1-0DEA-4428-BDB5-9CBCC7C9D590.htm>.

75 Destaca-se que a decisão foi por maioria de votos, apresentando o juiz Hans- -Peter Kaul voto dissidente. A decisão e o voto dissidente estão disponíveis em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf> – acesso em 2-4-2010.

76 Artigo 86, Estatuto de Roma.

77 O artigo 57 (3) (d) do Estatuto de Roma permite que o promotor realize investigações *in loco* sem o consentimento do Estado-parte. Contudo, tais investigações têm caráter excepcional, podendo ser implementadas apenas após autorização da Câmara de Questões Preliminares, nos casos em que o “Estado claramente não esteja apto a executar um pedido de cooperação devido à inexistência de qualquer autoridade ou de qualquer componente de seu sistema judicial competente que efetive o pedido de cooperação nos termos da Parte 9.” William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 104.

78 Artigos 88, 89, 92 e 93, Estatuto de Roma.

Tribunal importa na comunicação da questão à Assembleia de Estados-partes ou, tendo sido o processo internacional iniciado pelo Conselho de Segurança, a esse⁷⁹.

Para alguns, o sistema de cooperação previsto pelo Estatuto de Roma tem um grau tal de deficiência que torna extremamente árdua a tarefa investigativa do promotor⁸⁰. Ressalta Jelena Pejic que mesmo quanto ao Tribunal “ad hoc” para a antiga Iugoslávia houve, ao menos até 1996, grande resistência dos Estados em colaborar. Explícite-se que os tribunais “ad hoc” impõem uma obrigação de cooperação a todos os Estados membros das Nações Unidas, uma vez que não derivam de um tratado, mas de resoluções do Conselho de Segurança⁸¹. Ademais, a não observância dos deveres para com os tribunais “ad hoc” poderia resultar, ao menos em princípio, na adoção de sanções pelo Conselho de Segurança⁸². Já o Tribunal Penal Internacional está restrito à colaboração dos Estados-partes ao Estatuto de Roma, não possuindo o respaldo do Conselho de Segurança, salvo nos casos iniciados pelo próprio Conselho.

Além desses problemas, sustenta-se que a conjugação do princípio da complementaridade com o princípio da cooperação parece conter um paradoxo. Pelo qual, se requer que o Estado, incapaz ou isento da intenção de investigar (condição para o exercício de jurisdição pelo Tribunal Penal Internacional), colabore com o Tribunal, inclusive no que toca às investigações⁸³.

Este paradoxo pode ser ilustrado na tentativa de equilíbrio entre justiça e paz. Algumas das investigações conduzidas pelo Tribunal são realizadas antes do fim de conflitos armados. Essa prática tem sido criticada por alguns especialistas por influenciarem negativamente o processo de paz.

No caso de Uganda, por exemplo, embora os mandados de prisão emitidos pelo TPI tenham inicialmente levado líderes de milícia à mesa de negociação, a continuidade das negociações acabou sendo condicionada pelos mesmos líderes à suspensão dos mandatos de prisão que haviam sido emitidos contra eles. O governo se tornou, a partir de então, resistente a colaborar com o TPI. E se tornou resistente a despeito do fato de não ter havido investigações focadas em autoridades estatais. Tanto em Uganda quanto na República Democrática do Congo, o TPI adotou a tática de não indiciar autoridades governamentais a fim de obter a

79 Artigo 87, Estatuto de Roma.

80 Jelena Pejic. *The Tribunal and the ICC: Do Precedents Matter?* *Albany Law Review*, n. 60 (1997), p. 854-857. Ver ainda Morten Bergsmo. *O Regime Jurisdicional da Corte Internacional Criminal*. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 244.

81 Artigos 41, 43 e 48, Carta das Nações Unidas.

82 Artigo 41, Carta das Nações Unidas.

83 *Resumen Ejecutivo del Seminario Regional para la Ratificación e Implementación del Estatuto de la Tribunal Penal Internacional*. Pánel III: *La Persecución Penal ante la Tribunal Penal Internacional*.



O estudo dos princípios da complementaridade e da cooperação foi realizado com ênfase no modo pelo qual o Tribunal Penal Internacional interage com os Estados e suas ordens jurídicas locais.

e uma carta rogatória expedida por um outro Estado. E, da mesma forma, a diferença entre uma sentença proferida por um tribunal internacional e aquela proferida por uma corte nacional de outro Estado. As exigências estabelecidas pelo artigo 105 da Constituição Federal brasileira referem-se unicamente às relações entre Estados, às relações entre soberanias distintas, onde prevalece o princípio de não intervenção, não podendo o dispositivo ser interpretado extensivamente.

No tocante às relações entre um tribunal internacional ao qual o Estado tenha aderido, voluntariamente, e esse mesmo Estado, não há como se cogitar de uma contraposição entre duas soberanias, mas da extensão da soberania de um grupo de Estados para a consecução de um objetivo comum, no caso, a realização da justiça no campo dos direitos humanos. Note-se que a aceitação de uma jurisdição internacional é, sobretudo, um ato de soberania do Estado, que, posteriormente, não pode valer-se da mesma soberania para obstar o exercício de tal jurisdição.

O estudo dos princípios da complementaridade e da cooperação foi realizado com ênfase no modo pelo qual o Tribunal Penal Internacional interage com os Estados e suas ordens jurídicas locais. A partir deste estudo, passa-se ao exame da relação entre o Tribunal e o Conselho de Segurança das Nações Unidas.

cooperação dos Estados. Cabe perguntar-nos neste aniversário do TPI, até que ponto tal prática tem sido eficaz⁸⁴.

No que concerne especificamente à realidade jurídica brasileira, somam-se ainda duas questões: Dependeriam os atos de colaboração da obtenção de *exequatur* a ser expedido pelo STJ? No tocante às sentenças do Tribunal Penal Internacional, careceriam elas de homologação pelo STJ, nos termos do 105, I, i, CF?⁸⁵

Deve-se atentar, aqui, às diferenças entre um pedido formulado por um tribunal internacional

84 De todo o modo, o LRA cessou em grande parte os ataques à população civil em Uganda após a emissão dos mandatos. Para mais informações, consultar, por exemplo, ver Thomas Obel Hansen, *Africa and the International Criminal Court*, p. 4,5 e 9. Ver também sobre cooperação, William Shabas. *The International Criminal Court and Non-Party States*, p. 12-14.

85 Note-se que tal competência era do STF até o advento da Emenda Constitucional n.45/2004. A partir desta, a competência para homologação de sentenças estrangeiras e para concessão de *exequatur* passa a ser originária do STJ, nos termos do Artigo 105, I, i da Constituição Federal.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.





5. A RELAÇÃO ENTRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

A relação entre o Tribunal Penal Internacional e o Conselho de Segurança tem implicações diretas sobre os Estados-partes no Estatuto, pois altera, num primeiro momento, o grau de igualdade entre esses Estados. E, num segundo momento, o grau de imparcialidade da justiça no âmbito internacional.

Dois fatores delegam aos membros permanentes do Conselho de Segurança⁸⁶ um poder, junto ao Tribunal Penal Internacional, distinto daquele assegurado a outros Estados. O primeiro refere-se ao peso do Conselho junto ao Tribunal. Uma vez que o Conselho vincula todos os Estados membros das Nações Unidas⁸⁷ e não apenas os Estados-partes do Estatuto de Roma, a atuação conjunta dos membros permanentes no sentido de instigar a denúncia de violações pelo Conselho pode dar às investigações do Tribunal uma efetividade maior do que aquela proporcionada pela atuação de membros não permanentes ou não membros diretamente junto ao Tribunal.

Esse foi o caso, por exemplo, do Sudão, que decidiu, em princípio, colaborar com as investigações do TPI em Darfur, apesar de não ser parte do Estatuto de Roma. A colaboração se deu, simplesmente, devido à submissão ao mandato do Conselho de Segurança⁸⁸. Contudo, o Sudão não entregou nem Ali Kushayb, líder da milícia Janjaweed, nem Ahmad Harun, Ministro do Interior, ao Tribunal. Sua recusa em colaborar levou o Promotor a emitir um mandato de prisão contra o próprio presidente Omar al-Bashir em 2009. O presidente acabou sendo reeleito e o mandato de prisão parece ter fragilizado a relação entre o TPI e a União Africana⁸⁹.

O segundo fator refere-se ao fato de que as decisões de cunho material do Conselho, como são certamente aquelas relativas à atuação do Conselho perante o Tribunal, podem ser obstadas pelo

86 Vale lembrar que o Conselho de Segurança é formado por 15 membros, dos quais 5 são permanentes. São eles: os Estados Unidos da América, a China, a Rússia, a França e o Reino Unido. Artigo 23 (1), Carta das Nações Unidas.

87 Artigos 41, 43 e 48, Carta das Nações Unidas. William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 158.

88 TOTTEN, Christopher D. e TYLER, Nicholas, *Arguing for an Integrated Approach to Resolving the Crisis in Darfur*, p. 1079.

89 Thomas Obel Hansen, *Africa and the International Criminal Court*, p. 7. O promotor mais recentemente emitiu um mandato de prisão contra outro líder em exercício: Muammar Gaddafi (Libia). William Shabas. *The International Criminal Court and Non-Party States*, p. 12-13.

veto de um dos membros permanentes, impedindo a movimentação do órgão⁹⁰. Os membros não permanentes do Conselho não possuem esse poder de veto.

A participação do Conselho junto ao Tribunal, contudo, não implica uma mera submissão do Tribunal Penal Internacional a um regime menos igualitário entre os Estados. Ela traz, em verdade, algumas vantagens ao Tribunal. Embora as negociações que levaram à elaboração do Estatuto de Roma tenham sido descritas por Schabas como negociações entre os Estados membros permanentes do Conselho e os Estados membros não permanentes ou não membros, explicitando claramente a disparidade de interesses entre esses dois grupos⁹¹; a participação do Conselho de Segurança nas atividades do Tribunal pode possibilitar que esse tenha, nestes primeiros anos de existência, um alcance universal⁹², tão essencial quanto a igualdade entre os Estados para a concretização do princípio da imparcialidade. Ainda, nos

90 O artigo 27 (3) da Carta das Nações Unidas estabelece que “as decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos [questões não processuais], serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes, ficando estabelecido que, nas decisões previstas no capítulo VI e no §3º, do art. 52, aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar”.

91 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 65-66.

92 Ver nessa linha, ilustrativamente, Lawyers Committee for Human Rights. *The Rome Treaty for an International Criminal Court – A Brief Summary of the Main Issues*. *International Criminal Court Briefing Series*, vol. 2, n. 1 (agosto 1998), p. 4. Ver ainda Morten Bergsmo. O regime jurisdicional da Corte Internacional Criminal. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 231-232. Deve-se atentar, todavia, para o fato de que os Estados Unidos não estão apoiando a efetivação do TPI. A falta de apoio dos Estados Unidos se deve não apenas a uma eventual perda de poder em relação à situação anterior ao TPI, onde a criação de tribunais criminais dependia, em grande parte, da decisão dos cinco membros permanentes do Conselho; mas também do receio dos Estados Unidos de que suas tropas em missões externas sejam denunciadas, por motivações meramente políticas, pelos Estados estrangeiros nos quais atuam – algo que pode ocorrer ainda que os Estados Unidos não ratifiquem o Estatuto de Roma, por força do artigo 12 do Estatuto (Ver nota 53, sobre o artigo 12). As discussões travadas para a promulgação da Lei de Proteção aos Membros dos Serviços Militares Americanos de 2000 (American Servicemembers’ Protection Act), H. R. 4654 (Câmara dos Deputados) e S. 2726 (Senado), revelam, ilustrativamente, a intenção americana de agir contrariamente à efetivação do Estatuto. Procura-se pela lei proteger militares americanos contra a jurisdição do Tribunal, atuando no sentido de convencer o Conselho de Segurança a excepcionar os membros de tropas militares americanas da jurisdição do TPI (seção 5) e de impedir qualquer assistência ao Tribunal, no que toca às suas investigações (seções 4, 6 e 7). Business United Nations Association of the United States of America and the Business Council for the United Nations. *A UNA-USA Advocacy Agenda 2000 Fact Sheet: The American Servicemembers’ Protection Act of 2000: Implications for US Cooperation with the ICC*. <http://www.unausa.org/issues/icc/servicefact.htm>, [07/02/2002]. Deve-se destacar aqui, ainda, a análise de Cherif Bassiouni, que exerceu o cargo de presidente da Comissão de Elaboração do Estatuto de Roma (William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 17), no sentido de que a verdadeira razão pela qual os Estados resistem em reconhecer a jurisdição do Tribunal é o temor dos altos oficiais, principalmente dos Chefes de Estados, de virem a ser chamados a responder por atos seus que possam constituir crimes internacionais. Cherif Bassiouni. *The Time has Come for an International Criminal Court*. *Indiana International and Comparative Law Review*, n. 1 (1991), p. 12-13. Shabbas define a situação em breves palavras: “Beginning in 2002, the United States began negotiating “bilateral non-surrender agreements” with other States who undertook not to surrender American nationals to the Court. The United States took the view that such agreements were compatible with article 98(2). On 26 September 2002, the European Parliament said such agreements were inconsistent with the Rome Statute.⁸⁵ The preamble to Security Council Resolution 1593, which triggered the Situation in Darfur, Sudan, contains the following paragraph: “Taking note of the existence of agreements referred to in Article 98-2 of the Rome Statute...” These words were included at the request of the United States which, in addition to other formulations that supporters of the Court found offensive, agreed to abstain when the vote was taken rather than to veto the resolution. The American representative explained: “As is well known, in connection with our concerns about the jurisdiction of the Court and the potential for politicized prosecutions, we have concluded agreements with 99 countries — over half the States Members of this Organization — since the entry into force of the Rome Statute to protect against the possibility of transfer or surrender of United States persons to the Court. We appreciate that the resolution takes note of the existence of those agreements and will continue to pursue additional such agreements with other countries as we move forward.⁸⁶ [...] Brazil objected, but acknowledged that the paragraph had substantive consequences, and was not merely an innocent statement of fact. “My delegation has difficulty in supporting a reference that not only does not favour the fight against impunity but also stresses a provision whose application has been a highly controversial issue,” said the Brazilian representative. “We understand that it would be a contradiction to mention, in the very text of a referral by the Council to the ICC, measures that limit the jurisdictional activity of the Court.”⁸⁸ [...] American legislation imposed penalties upon States that did not agree to the bilateral surrender agreements, notably the withdrawal of certain forms of military assistance.⁸⁹ Although initially successful with its diplomatic bullying campaign, when some countries called the bluff, the United States discovered that China was poised to replace whatever the United States was denying. American generals soon realised that they had shot themselves in the foot.⁹⁰ Military officials began publicly challenging the campaign to promote bilateral surrender agreements. In late November 2006, President Bush waived the penalties imposed upon countries that refused to reach bilateral surrender agreements, with three exceptions: Ireland, Brazil and Venezuela.” William Schabas. *The International Criminal Court and Non-Party States*, p. 19-20.

casos de denúncia pelo Conselho, o custo das atividades do Tribunal Penal Internacional será suportado pelas Nações Unidas⁹³.

O Conselho de Segurança pode atuar perante o Tribunal Penal Internacional pela adoção de resoluções sob o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, iniciando procedimentos investigativos, nos moldes do artigo 13 (b), do Estatuto. Ou suspendendo uma investigação ou um processo judicial já iniciado, por um período de doze meses sujeito à renovação, nos termos do artigo 16 do Estatuto. A atuação do Conselho depende do consenso entre os cinco membros permanentes, como já mencionado. E é determinada pelo escopo da manutenção ou do restabelecimento da paz, conforme estabelece o Capítulo VII.

A exigência de consenso, como ressalta Schabas, torna “extremamente difícil” a obstrução do processo pelo Conselho de Segurança.⁹⁴ Pode tornar, ainda, razoavelmente difícil, também, a atuação do Conselho para a instauração de investigações. Embora a delegação da Índia tenha alegado, extra-oficialmente, por ocasião da adoção do Estatuto de Roma, que os membros do Conselho de Segurança manteriam uma via indireta de influência sobre o Tribunal, sem se submeter às obrigações impostas pelo Estatuto⁹⁵, a indisposição de qualquer um dos membros permanentes para agir nesse sentido impediria a atuação de todo o Conselho, tornando essa via pouco eficiente. Além disso, o Estatuto de Roma abre um meio indireto de acesso a qualquer Estado, ainda que não seja parte ao Estatuto: o da representação informal junto ao promotor, para que esse haja *proprio motu*, nos termos dos artigos 13 (c) e 15 (2) do Estatuto⁹⁶.

Adicione-se que o grau de influência do Conselho de Segurança sobre o Tribunal Penal Internacional foi consideravelmente limitado na versão final do Estatuto em relação à sua versão original. Previa-se, então, estava vedado ao Tribunal processar um caso que estivesse sendo analisado pelo Conselho de Segurança e que, segundo ele, versasse sobre uma ameaça ou um atentado à paz ou sobre um ato de agressão, nos termos do Capítulo VII da Carta. Nessas hipóteses o Tribunal Penal Internacional apenas poderia agir com a autorização do Conselho⁹⁷. Segundo

93 Artigo 115 (b), Estatuto de Roma. Observe-se, contudo, que os maiores contribuintes das Nações Unidas são os Estados Unidos, a Alemanha e o Japão.

94 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 66. Ver, ainda, Lawyers Committee for Human Rights. *The Rome Treaty for an International Criminal Court – A Brief Summary of the Main Issues*. *International Criminal Court Briefing Series*, vol. 2, n. 1 (agosto 1998), p. 6.

95 Morten Bergsmo. O Regime Jurisdicional da Corte Internacional Criminal. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 231.

96 Deve-se atentar nesse caso, contudo, para o fato de que a atuação *proprio motu* do promotor deve ser autorizada pela Câmara de Questões Preliminares, algo que não é exigido nem para denúncias feitas pelos Estados-partes nos termos do artigo 14 do Estatuto, nem por aquelas feitas pelo Conselho de Segurança nos termos do artigo 13 (b) do Estatuto.

97 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 65.



Schabas, o dispositivo impediria a atuação do Tribunal pelo simples ato de um único membro do Conselho lançar em pauta uma matéria determinada⁹⁸.

Resta considerar que o alcance da atuação do Conselho de Segurança em face do Tribunal Penal Internacional representa um avanço, no que toca à imparcialidade, em relação aos tribunais “ad hoc”. Observe-se que estes, para citar os tribunais “ad hoc” para a Bósnia e Ruanda, foram criados por resolução do Conselho de Segurança – para a qual se demandou o consenso dos cinco membros permanentes, que têm o poder de veto. Como ainda lembra Jelena Pejic, embora o Conselho não possua o poder de alterar decisões substantivas desses tribunais, possui o poder de extingui-los⁹⁹.

À luz dos delineamentos do Tribunal Penal Internacional – sua competência, estrutura, relação com Estados-partes e Conselho de Segurança – transita-se ao Direito Brasileiro, com o objetivo de avaliar o impacto do Estatuto de Roma na Constituição Brasileira de 1988, considerando as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

6. O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O Estatuto de Roma, em linhas gerais, é compatível com o ordenamento jurídico interno, por, ao menos, três razões. Primeiro, o Estatuto adota regras de direito material, em parte já reconhecidas em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como: as Convenções de Genebra e seus dois protocolos de 1977¹⁰⁰; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos¹⁰¹; a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁰²; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio¹⁰³; a Convenção pela Eliminação de Todas

98 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 65.

99 Jelena Pejic. The Tribunal and the ICC: Do Precedents Matter? *Albany Law Review*, n. 60 (1997), p. 858.

100 As Convenções de Genebra foram ratificadas pelo Brasil em 29/06/1957 e os Protocolos, em 05/05/1992. ICRC. *Geneva Conventions of 12 August 1949 and Additional Protocols of 8 June 1977 : ratifications, accessions and successions*. <http://www.icrc.org/icrceng.nsf/8ec4e051a8621595c12564670032d7ef/f4d150837faf39d94125624b005a9029?OpenDocument>, [18/02/2002].

101 O Pacto foi ratificado pelo Brasil em 24/01/1992.

102 A Convenção contra a Tortura foi ratificada pelo Brasil em 28/09/1989.

103 A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio foi ratificada pelo Brasil em 04/09/1951.

as Formas de Discriminação contra a Mulher¹⁰⁴; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial¹⁰⁵; a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰⁶; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹⁰⁷; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher¹⁰⁸.

Segundo, o Estatuto estabelece um mecanismo internacional de proteção aos direitos humanos, não totalmente diverso daquele previsto para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil, em 3 de dezembro de 1998¹⁰⁹. Estipula, ainda, um mecanismo semelhante àquele dos tribunais “ad hoc”¹¹⁰, cujas decisões possuem poder vinculante em relação a todos os Estados membros das Nações Unidas, inclusive o Brasil¹¹¹.

Terceiro, a própria Constituição Federal, no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, explicita que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos. E, no parágrafo 4º do artigo 5º, a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 consagra que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão¹¹².

É nesse contexto que devem ser analisadas quatro questões aparentemente conflitantes entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal brasileira, com especial destaque: a) à prisão perpétua; b) à abolição de imunidades baseadas na capacidade funcional do agente; c) à entrega de nacionais; e d) ao princípio da reserva legal.

6.1 PRISÃO PERPÉTUA

O Estatuto de Roma prevê, em seus artigos 77 (1) (b) e 110 (3), a possibilidade de imposição da pena de prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias individuais do condenado, permitindo que a pena seja revista após 25 anos. Não bastando a sanção de natureza penal, o Tribunal poderá também impor sanções de natureza civil,

104 A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi ratificada pelo Brasil em 01/02/1984.

105 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial foi ratificada pelo Brasil em 27/03/1968.

106 A Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil em 25/9/1992.

107 A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi ratificada pelo Brasil em 20/07/1989.

108 A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi ratificada pelo Brasil em 27/11/1995.

109 O Estatuto, no entanto, pauta-se na responsabilização de indivíduos e não de Estados como a Corte.

110 Assemelha-se aos tribunais *ad hoc* por visar à responsabilização individual por graves violações de direitos humanos.

111 Artigos 41, 43 e 48, Carta das Nações Unidas.

112 Como já realçado anteriormente, o Brasil participou do grupo dos “like minded countries” nas conferências de elaboração do Estatuto de Roma, defendendo princípios que fortaleceriam a atuação do TPI como instituição independente.

determinando a reparação às vítimas e aos seus familiares, nos termos do artigo 75. O Estatuto conjuga, deste modo, a justiça retributiva com a justiça reparativa.

A introdução da prisão perpétua no Estatuto decorreu do consenso possível entre países favoráveis à adoção da pena de morte e países contrários à adoção tanto dessa, quanto da pena de prisão perpétua. Ainda, lembra Schabas¹¹³, os artigos 77 e 110 do Estatuto resultam de um processo evolutivo no âmbito internacional, que teve início com os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, onde se previu a pena de morte; teve continuidade com os Tribunais “ad hoc” para a Ruanda e a antiga Iugoslávia, onde se estabeleceu como pena máxima não a pena de morte, mas a pena de prisão perpétua sem qualquer restrição; e culminou com o Tribunal Penal Internacional, onde se restringiu a aplicação da pena perpétua a casos de extrema gravidade, possibilitando-se uma revisão após 25 anos.

A despeito dessa evolução ocorrida no âmbito internacional, parece persistir, todavia, um conflito entre a disciplina da prisão perpétua pelo Estatuto e o artigo 5º, XLVII, b, da Constituição Federal brasileira, que veda expressamente a aplicação dessa sanção penal. Uma análise mais detida da matéria demonstrará, entretanto, que esse conflito é meramente aparente.

O estudo do tema da prisão perpétua pode ser aqui dividido em três pontos. Todos concernentes a uma eventual exigência da adoção dessa pena pela legislação brasileira, à entrega de indivíduos ao Tribunal e à execução pelo Brasil da sentença condenatória internacional, que imponha a pena restritiva de liberdade sem limitações temporais.

No que se refere ao primeiro ponto, insta esclarecer que o artigo 80 do Estatuto de Roma estipula não ser necessário, para se adequar ao Estatuto, que os Estados-partes adotem internamente a pena de prisão perpétua. O artigo 80 enuncia, explicitamente, a não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos Direitos internos, ressaltando que nada prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos Direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas no Estatuto.

Esse dispositivo apresenta especial relevância para o caso brasileiro, ao se considerar que o artigo da Constituição Federal, que veda a imposição de prisão perpétua, constitui cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Carta Política, não podendo ser alterado sequer por uma emenda constitucional. Resta estudar, portanto, como a não alteração da legislação brasileira, tangente ao reconhecimento da prisão perpétua, poderá se coadunar com a previsão dessa pena

113 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 137-142.

pelo Estatuto, tendo-se em vista que esse tratado não admite reservas¹¹⁴, nem declarações que limitem as obrigações dos Estados perante o Estatuto¹¹⁵. Essa indagação suscita a discussão do segundo e do terceiro pontos.

O segundo ponto em análise requer um paralelo entre a entrega e a extradição. Embora sejam institutos diferentes – visto que a entrega decorre das relações entre um Estado e um tribunal internacional e a extradição ocorre nas relações entre dois Estados – a comparação é válida porque se tenderá a exigir para entrega, voltada ao julgamento de um indivíduo por um tribunal internacional imparcial cuja jurisdição o Estado tenha reconhecido, um menor número de requisitos do que para a extradição, voltada ao julgamento de um indivíduo por um outro Estado. A comparação, ainda, faz-se necessária, por ser a entrega uma prática recente, que embora já prevista para os Tribunais “ad hoc”, nunca foi discutida pelos tribunais brasileiros¹¹⁶.

É interessante mencionar, contudo, a possibilidade levantada por Dirk Van Zyl Smit de, no futuro, organismos internacionais de direitos humanos determinarem que a previsão da pena de prisão perpétua viola as normas de direitos humanos reconhecidas internacionalmente.

Sobre a extradição, dispõe a Lei nº 6815/80, que o Estado requerente deverá se comprometer a comutar a pena de morte ou de castigo corporal em pena privativa de liberdade. A lei, todavia, é omissa quanto à pena de prisão perpétua, sendo a questão resolvida pela jurisprudência do STF, explicitada no *leading case* Russel Wayne Weisse¹¹⁷. Nesse caso, o STF decidiu pela inexigência da comutação da pena de prisão perpétua em privativa de liberdade não superior a trinta anos, alterando seu entendimento anterior pela exigência da comutação¹¹⁸. Considerando-se o maior rigor devido à extradição em relação à entrega, tem-se que o entendimento pela possibilidade de extradição a países que adotem a pena de prisão perpétua pode ser aplicado também à entrega ao Tribunal

114 Artigo 120, Estatuto de Roma.

115 William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 159.

116 Lembre-se que as requisições dos Tribunais para Ruanda e para a Antiga Iugoslávia vinculam a todos os Estados membros das Nações Unidas, por terem sido estabelecidos pelo Conselho de Segurança com base no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

117 Processo de Extradição n. 426, julgado em 04/09/1985. No mesmo sentido, ver o Processo de Extradição n. 669, julgado em 06/03/1996.

118 André de Carvalho Ramos. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 273-274; Oscar Vilhena Vieira. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11 (maio-agosto, 2000), p. 62.



Penal Internacional. Não há, por conseguinte, na lei brasileira, qualquer incompatibilidade com o Estatuto de Roma no que concerne à prisão perpétua nas hipóteses de entrega.

No tocante à execução pelo Brasil da sentença condenatória do Tribunal Penal Internacional que imponha a prisão perpétua, há duas linhas de argumentação pela compatibilidade entre o Estatuto e a Constituição Federal brasileira. A primeira se fundamenta no artigo 103 (1) (a) do Estatuto, segundo o qual o Tribunal designará, para a implementação de sentenças que imponham penas privativas de liberdade, um Estado-parte que tenha indicado sua disposição em receber o condenado. Poder-se-ia extrair desse dispositivo que o Estatuto não impõe aos Estados a obrigação de colaborar com o Tribunal na execução de penas privativas de liberdade. Esse entendimento parece negligenciar, todavia, o estabelecido no artigo 103 (3) (a), do Estatuto. Parte-se aqui, então, para a segunda linha de argumentação mencionada acima.

O artigo 103 (3) (a) estipula o princípio de que os “Estados-partes deverão compartilhar a responsabilidade de implementar as sentenças privativas de liberdade, de acordo com princípios de distribuição equitativa, nos termos das Regras de Procedimento e Produção de Provas (Rules of Procedure and Evidence)”. O artigo 200 dessas Regras determina que a distribuição equitativa seguirá, dentre outros, o princípio de distribuição geográfica equitativa. Esse princípio de colaboração imposto pelo Estatuto permite, todavia, que os Estados, no momento de declararem sua disposição em aceitar pessoas condenadas, oponham condições a serem estudadas pelo Tribunal¹¹⁹.

Nessa linha, o Brasil poderia atender ao princípio de colaboração disposto pelo artigo 103 (3) (a), restringindo, porém, sua atuação às sentenças condenatórias que não impusessem a pena de prisão perpétua, alegando, em sua defesa, os artigos 21 (3) do Estatuto, 5 (6) da Convenção Americana de Direitos Humanos e 10 (3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O artigo 21 (3) estabelece que a aplicação e a interpretação do Estatuto deverá ser consistente com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Já os artigos 5 (6) da Convenção e 10 (3) do Pacto, ambos ratificados pelo Brasil, determinam que as penas privativas de liberdade deverão ter como escopo a reabilitação do condenado. A pena de prisão perpétua é claramente incompatível com a reabilitação do preso, uma vez que visa à exclusão definitiva desse do meio social¹²⁰.

Essa segunda linha argumentativa, ao oferecer uma interpretação sistemática e, portanto, mais abrangente do Estatuto e de outros instrumentos internacionais de proteção a direitos humanos, parece melhor explicitar a compatibilidade entre a previsão da pena de prisão perpétua pelo

119 Artigo 103 (1) (b), Estatuto de Roma e Artigo 200 (2), Regras de Procedimento e Produção de Provas.

120 A possibilidade de revisão da sentença que impôs a pena de prisão perpétua após 25 anos segundo os rígidos critérios estabelecidos no artigo 110 (4), parece amenizar, mas não afastar a incompatibilidade existente entre a pena de prisão perpétua e o escopo de ressocialização do preso, reconhecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Estatuto e a vedação dessa pela Constituição Federal brasileira, nas hipóteses de colaboração dos Estados na implementação das sentenças do Tribunal. É interessante mencionar, contudo, a possibilidade levantada por Dirk Van Zyl Smit de, no futuro, organismos internacionais de direitos humanos determinarem que a previsão da pena de prisão perpétua viola as normas de direitos humanos reconhecidas internacionalmente¹²¹.

6.2 IMUNIDADES

Desde a sua criação, o TPI já iniciou investigações contra alguns chefes de estado em exercício, como Muammar Gaddafi (Libia 2011) e Omar al-Bashir (Sudão, 2009). Nesses dois exemplos da Líbia e do Sudão é possível perceber como o regime das imunidades, que tradicionalmente protegeu líderes de estado, está estreitamente ligado à ideia de soberania, uma ideia reconhecida em diferentes preceitos da Constituição Federal de 1988.

Insta destacar, entretanto, as várias acepções de soberania, para se averiguar qual delas poderia estar em conflito com a regra, formulada pelo Estatuto, de que este será aplicado igualmente a todas as pessoas, inclusive aos Chefes de Estado no exercício de sua capacidade funcional¹²². Stephen Krasner aponta a existência de quatro espécies de soberania: a soberania doméstica, tangente à organização interna do Estado; a soberania interdependente, tocante à regulamentação dos fluxos de bens, pessoas, poluentes, doenças e ideias através das fronteiras territoriais; a soberania de Westphalia, concernente à organização política pautada nos princípios da territorialidade e na exclusão de atores externos capazes de influenciar a autoridade interna; e a soberania legal internacional, referente ao reconhecimento do Estado como um igual na esfera internacional¹²³. Seria esta última a que estaria sendo aparentemente violada pelo artigo 27 do Estatuto.

A soberania legal internacional não está, todavia, prevista de forma expressa na Constituição brasileira. O artigo 86 da Constituição trata, ao conceder imunidade relativa ao Presidente da República no que toca a crimes comuns, da soberania doméstica, na classificação esboçada por Krasner, que busca a distribuição, o equilíbrio entre poderes no ordenamento interno e não no internacional. A soberania legal internacional estaria prevista genericamente, no artigo 1º, inciso I e, mais especificamente, no artigo 4º, inciso IV, da Constituição, tangente ao princípio da não intervenção.

121 Dirk Van Zyl Smit. Life Imprisonment as the Ultimate Penalty in International Law: A Human rights Perspective. *Criminal Law Forum*, n. 9, p. 1, 1998, citado em William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 112 e 141.

122 Artigo 27, Estatuto de Roma.

123 Stephen Krasner. Sovereignty: Organized Hypocrisy. In: Henry Steiner e Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2000, p. 575-576.



65ª CARAVANA DA ANISTIA, ATO DE ASSINATURA CONTRATO CONSTRUÇÃO MEMORIAL DA ANISTIA, UFMG, BELO HORIZONTE/MG, 30 DE NOVEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Como afirma Georges Abi-Saab¹²⁴, a teoria da soberania internacional se formou com o escopo primeiro de impedir a submissão de um Estado a qualquer autoridade externa, implantando, como princípio básico, a obrigação de abstenção. Essa ideia de soberania, que, segundo Abi-Saab, tornou-se praticamente universal no fim do século XIX, centralizou-se na figura do Estado, concedendo-lhe uma estrutura hermética, teoricamente intransponível por outros atores internacionais, então, outros Estados.

O Direito Internacional, contudo, não é um direito estático. Observa-se que essa noção de soberania foi grandemente alterada, especialmente com o surgimento de outros atores internacionais, como as organizações intergovernamentais, as corporações multinacionais e, principalmente, os indivíduos.

A percepção do indivíduo como sujeito de direito internacional teve início após a Segunda Guerra mundial, em decorrência do processo de internacionalização dos direitos humanos¹²⁵. Essa percepção provocou a quebra da centralização do sistema internacional público na figura do Estado.

Como ressalta Louis Henkin, vigoram, hodiernamente, três valores norteadores do sistema internacional: os valores dos Estados, os valores humanos (Henkin)¹²⁶ e o valor imposto pelo mercado. Tais valores funcionam como diretrizes na definição da esfera de jurisdição dos Estados e, por conseguinte, da esfera de jurisdição das cortes internacionais, inclusive quanto ao instituto da imunidade referente a funcionários no exercício de sua capacidade funcional.

Foi nesse sentido que se posicionou, já em 1945, o Acordo de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberg, ao possibilitar o julgamento de agentes públicos, que estivessem no exercício de sua atividade funcional¹²⁷. Esse mesmo entendimento vem sendo consolidado pelo posicionamento recente de duas outras cortes internacionais: o Tribunal “ad hoc” para a antiga Iugoslávia e a Corte Internacional de Justiça.

O Tribunal “ad hoc” para a antiga Iugoslávia iniciou, em 12 de fevereiro de 2002, o julgamento de Slobodan Milosevic, ex-presidente da Iugoslávia, por violações às Convenções de Genebra. E, também, às leis ou aos costumes de guerra, por crimes contra a humanidade e por genocídio,

124 Georges Abi-Saab. *The Changing World Order and the International Legal Order: The Structural Evolution of International Law Beyond the State-Centric Model*. In: Henry Steiner e Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2000, p. 577-579.

125 Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

126 Louis Henkin. *International Law: Politics, Values and Functions*. Boston: Martinus Nijhoff, 1999, p. 308.

127 André de Carvalho Ramos. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In: Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 249; Gilberto Vergne Sabóia. *A Criação do Tribunal Penal Internacional*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11 (maio-agosto, 2000), p. 7.



cometidos contra albaneses em Kosovo, contra croatas e outras minorias não sérvias na Croácia, e contra bósnios muçulmanos, bósnios-croatas e outras minorias não sérvias na Bósnia.

A posição de Chefe de Estado, ocupada por Milosevic, serviu de base para a sua responsabilização por atos cometidos por forças militares que lhe eram subordinadas¹²⁸. O Tribunal para a antiga Iugoslávia seguiu, nesse sentido, o entendimento de que, não apenas a imunidade de Chefes de Estados deve ser desconsiderada no que tange a determinadas violações de direitos humanos. Em acréscimo, o referido Tribunal entendeu que a capacidade funcional deve representar, de certa forma, um fator agravante¹²⁹.

No que se refere à Corte Internacional de Justiça, ela se posicionou no caso *Congo v. Belgium*, em decisão proferida em 14 de fevereiro de 2002, pela ilegalidade do mandado de prisão expedido pela Bélgica contra o ministro de Relações Exteriores do Congo, em decorrência da violação da garantia de imunidade outorgada ao ministro. Explicitou, contudo, em seu parágrafo 60, que a imunidade de tais oficiais restringir-se-ia às cortes nacionais, não se estendendo, portanto, a tribunais internacionais, como o futuro Tribunal Penal Internacional¹³⁰.

A posição da Corte Internacional de Justiça se coaduna com o preceito de que a regra da imunidade foi delineada no intuito de proteger a soberania de um Estado frente a outro Estado¹³¹, não de bloquear o exercício da jurisdição por uma Corte Internacional. Coaduna-se, ademais disso, com a tendência, iniciada após a Segunda Guerra, da flexibilização do princípio da soberania em decorrência da consolidação do princípio da dignidade humana¹³².

Foi esse conceito flexibilizado de soberania, acatado pela Constituição Federal brasileira, que resguardou, em seu artigo 4º, não apenas o princípio da não intervenção, mencionado acima, mas também o princípio da prevalência dos direitos humanos, no tocante às relações internacionais do Brasil. Esse dispositivo constitucional permite, implicitamente, que haja restrições às imunidades usualmente concedidas a funcionários no exercício de sua atividade funcional em

128 Os processos relativos a Kosovo, à Croácia e à Bósnia foram unificados em 01/02/2002. As acusações indicadas acima referem-se aos processos analisados conjuntamente. Nações Unidas. ICTY. Case Information Sheet: Milosevic Case (07/02/2002). <http://www.un.org/icty/glance/milosevic.htm>, [18/02/2002].

129 No sentido de que a capacidade oficial consiste usualmente em um fator agravante também para o Tribunal Penal Internacional, ver William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 142-143.

130 Corte Internacional de Justiça. *Democratic Republic of Congo v. Belgium*. http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_jjudgment_20020214.PDF, [14/02/2002].

131 Louis Henkin. *International Law: Politics, Values and Functions*. Boston: Martinus Nijhoff, 1999, p. 326.

132 As decisões dessas cortes internacionais denotam que também no âmbito internacional vem-se aderindo à ideia de que a soberania deriva, em última instância, do povo, isto é, dos indivíduos que compõem o Estado. Nesse sentido, Kofi Annan ressaltou perante Assembleia Geral da ONU que “se entende largamente hoje ser o Estado um servo do povo e não vice versa”. UN Press Releases GA/9525 (20/9/99), GA/9606 (24/9/99), GA/9608 (25/9/99). In: Henry Steiner e Philip Alston. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2000, p. 584.

casos de violações a direitos humanos. Não colidindo, por conseguinte, com o artigo 27 do Estatuto de Roma.

Observe-se, por fim, a própria tendência do Direito brasileiro de reduzir o alcance das imunidades, merecendo destaque, nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001, que restringiu o alcance da imunidade processual dos parlamentares, conferindo nova redação ao artigo 53 da Constituição. Vale dizer, na ordem contemporânea não há como justificar o amplo alcance das imunidades, que tem propiciado atentatório regime de impunidade.

Neste contexto, o Estatuto de Roma simboliza um significativo avanço, ao obstar a conversão da imunidade em escudo, o qual possa vir a impedir a responsabilização em face dos mais graves crimes internacionais. Esta nova sistemática, que afasta a imunidade, vem a assegurar o princípio da responsabilidade dos agentes públicos (“*accountability*”), o princípio da igualdade, o princípio do acesso ao Poder Judiciário e o direito da vítima à justiça, mediante prestação jurisdicional, tudo como exigência de um efetivo Estado Democrático de Direito.

6.3 ENTREGA DE NACIONAIS

O terceiro conflito, frequentemente apontado entre a Constituição Federal brasileira e o Estatuto de Roma, diz respeito à entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. O Estatuto de Roma estabelece, em seu artigo 89, que o Tribunal poderá transmitir um pedido de entrega a qualquer Estado onde uma determinada pessoa possa ser encontrada, requisitando que esse colabore com o Tribunal. Todavia, o artigo 5º, inciso LI, da Constituição veda a extradição de brasileiros natos ou naturalizados, salvo, nesse último caso, quanto a crimes praticados antes da naturalização ou relativos ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Trata, também, essa questão, de um mero conflito aparente, que decorre da identificação do instituto da entrega com o instituto da extradição. Esses institutos são, contudo, essencialmente diversos. Como já explicitado anteriormente, a extradição implica a rendição de uma pessoa por um Estado a outro Estado, enquanto a entrega importa na rendição de uma pessoa por um Estado a um tribunal internacional, cuja jurisdição esse Estado tenha reconhecido. Parece clara a diferença entre a rendição a um Estado soberano e a rendição a um tribunal internacional. Se, na primeira hipótese, existe uma preocupação de se impedir a rendição de nacionais a fim de se resguardar o princípio de igualdade entre dois Estados soberanos, na segunda hipótese essa preocupação perde o sentido¹³³.

133 Lembra Jelena Pejic que todos os Estados membros da ONU já se submeteram a essa mesma obrigação de entrega de nacionais, no que toca aos crimes de competência do Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, por força do artigo 29(2) (d) do Estatuto desse Tribunal, não sendo o instituto uma inovação do Estatuto de Roma. Jelena Pejic. *The Tribunal and the ICC: Do Precedents Matter?* *Albany Law Review*, n. 60 (1997), p. 845.

Um Estado, ao reconhecer a jurisdição de um tribunal internacional, não está formando uma nova entidade soberana e autônoma, frente à qual terá que se proteger, como o faz perante a outro Estado. Estará, ao contrário, formando uma entidade que consistirá em uma extensão de seu poder soberano e que refletirá a intenção conjunta de vários Estados em colaborar para a consecução de um escopo comum, tangente à realização da justiça. O próprio Tratado esclarece, nessa linha, que os termos “entrega” e “extradição” referem-se a institutos diversos¹³⁴.

Por conseguinte, não há qualquer incompatibilidade entre a Constituição Federal brasileira e o Estatuto, no que toca à entrega de nacionais, uma vez que aquele diploma legal veda apenas a extradição – e não a entrega – de brasileiros.

6.4 RESERVA LEGAL

A quarta questão, por vezes levantada nos estudos acerca da Constituição Federal brasileira e o Estatuto de Roma, refere-se à reserva legal.

Essa questão parece, contudo, pouco conflituosa, visto que o próprio Estatuto de Roma reconhece explicitamente os princípios de *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*, em seus artigos 22 e 23, respectivamente. Mais relevante do que o reconhecimento formal, porém, é o fato do Estatuto traduzir, com maior grau de precisão e detalhamento, a tipificação dos crimes por ele previstos, se comparado com outros tribunais criminais internacionais, como o Tribunal de Nuremberg e os Tribunais “ad hoc”.

O detalhamento na tipificação dos crimes previstos pelo Estatuto é devido, em grande parte, ao fato do Tribunal Penal Internacional consistir não em um tribunal criado por alguns Estados para julgar condutas delituosas realizadas por nacionais de outros. Mas, em um tribunal cuja jurisdição abarca também as condutas perpetradas pelos nacionais dos Estados que o elaboraram.

Trata-se, portanto, de uma consequência concreta da consolidação do princípio da imparcialidade, que se coaduna com o teste de universalidade kantiano. Segundo o qual, uma regra apenas é universal (e imparcial) quando puder ser aplicada a todos, inclusive àquele que a propôs¹³⁵.

134 Artigo 102, Estatuto de Roma. Por serem diversos, entende-se que requerem regimes diversos. Em um Seminário sobre a Implementação do Estatuto de Roma, ocorrido em Buenos Aires, de 20 a 22 de junho de 2001, foi sugerida, nesse sentido, a adoção de leis específicas de implementação para o regime de entrega no intuito de não submetê-lo às mesmas leis de implementação referentes à extradição. As diferenças em regulamentação abrangeriam não apenas a possibilidade de rendição de nacionais, mas também a adoção, para a entrega, de um procedimento restrito à esfera judicial, que melhor atendesse às exigências de celeridade de um tribunal internacional. Resumen Ejecutivo del Seminario Regional para la Ratificación e Implementación del Estatuto de la Tribunal Penal Internacional. Taller III: Cooperación y Ejecución de Sentencias de la Tribunal Penal Internacional.

135 Immanuel Kant. *Foundations of the Metaphysics of Morals*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, [s.d.]. Nesse sentido, segue o entendimento de Schabas, ao analisar que “quando os Estados percebem que estão estabelecendo um padrão segundo o qual eles mesmos, ou seus líderes e membros das forças militares, poderão ser julgados, eles parecem adotar uma maior cautela e insistir no reconhecimento de uma série de garantias.” William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 22.

O Estatuto de Roma atingiu um amplo grau de universalidade no que toca a ratificações: 120 Estados haviam reconhecido a jurisdição do TPI até dezembro de 2011. Contudo, apenas indivíduos de países africanos foram indiciados nos primeiros 12 anos de existência do TPI (até 2011)¹³⁶.

7. CONCLUSÃO

Este estudo permite afirmar que o Tribunal Penal Internacional simboliza um grande avanço em relação aos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio e aos Tribunais “ad hoc” criados pelo Conselho de Segurança, especialmente no que diz respeito à imparcialidade.

Essa maior imparcialidade pode ser inferida do próprio processo de elaboração do Estatuto de Roma: primeiro, por ter possibilitado a participação de todos os Estados membros das Nações Unidas; segundo, por ter se pautado sobre o princípio da universalidade, segundo o qual as normas que regem o Tribunal serão aplicadas, eventualmente, também aos seus idealizadores¹³⁷. Neste sentido, qualquer Estado-parte do Estatuto poderá ser objeto de investigações pelo Tribunal Penal Internacional, diferentemente do que ocorreu com os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, criados pelos aliados, e com os tribunais “ad hoc”, criados pelo Conselho de Segurança.

A potencial imparcialidade resulta, ainda, de uma proposição do Estatuto em considerar os Estados como iguais, frente ao Tribunal Penal Internacional. Assim, reduz-se a influência do Conselho de Segurança e, por conseguinte, de seus membros permanentes, no exercício da jurisdição pelo Tribunal.

Resulta, também, de um processo de elaboração de normas, pautado no princípio kantiano da universalidade, pelo qual uma regra apenas é universal quando aplicável a todos, inclusive àquele que a elaborou. O TPI precisa, contudo, expandir a sua incidência para além do continente africano, no intuito de assegurar uma legitimidade que deriva, principalmente, do seu potencial de ser um tribunal universal e imparcial.

O Tribunal Penal Internacional representa, ainda, avanços no que toca à cessação da impunidade e à manutenção da paz. Ao estabelecer claramente a possibilidade de responsabilização de agentes públicos, inclusive de Chefes de Estado, por graves violações a direitos humanos, consolidou a

136 Thomas Obel Hansen, *Africa and the International Criminal Court*, p. 1.

137 Immanuel Kant. *Foundations of the Metaphysics of Morals*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, [s.d.].



existência de novos valores na arena internacional. Ao lado dos valores estatais, configuraram-se, com maior veemência, os valores humanos¹³⁸.

Ademais, contribui o Tribunal Penal Internacional para a manutenção ou para a restauração da paz, ao apresentar uma via permanente de resolução de conflitos, baseada em regras objetivas de justiça, concernentes à individualização da culpa. Essa individualização poderá implicar a quebra de ciclos de retaliação ligados à coletivização da culpa sobre grupos nacionais, étnicos, raciais ou culturais. Como observa Bryan MacPherson, “quando a culpa não é identificada, a desconfiança sobre todos os membros de um grupo determinado pode crescer com a inclinação de concretizar o sentimento de vingança contra qualquer um, inocente ou culpado, proveniente daquele grupo”¹³⁹.

O Tribunal Penal Internacional reflete, ainda, um avanço na consolidação do princípio da dignidade humana na esfera internacional, implicando uma maior flexibilização do princípio da soberania centrado na figura do Estado. Deste modo, o Tribunal ratificou a regra de desconsideração da capacidade funcional na responsabilização por graves violações a direitos humanos¹⁴⁰. Restringindo, desta maneira, o campo de impunidade e criando uma perspectiva de desestímulo à prática de graves atos atentatórios à dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Nasser. As 60 Approaches, Decisions in Remaining Regions Will Affect Influence. *The International Criminal Court Monitor*, nº 19, dez, 2001.

BASSIOUNI, Cherif Bassiouni. The Time has Come for an International Criminal Court. *Indiana International and Comparative Law Review*, nº 1 (1991).

Business United Nations Association of the United States of America and the Business Council for the United Nations. *A UNA-USA Advocacy Agenda 2000 Fact Sheet: The American Servicemembers' Protection Act of 2000: Implications for US Cooperation with the ICC*. <http://www.unausa.org/issues/icc/servicefact.htm>, [07/02/2002].

138 Louis Henkin. *International Law: Politics, Values and Functions*. Boston: Martinus Nijhoff, 1999, p. 329.

139 Bryan MacPherson. Building an International Criminal Court for the 21st Century. *Connecticut Journal of International Law*, n. 13 (1998), p. 25. Nesse sentido, ver, ainda, Justice Richard Goldstone. The United Nations' War Crimes Tribunals: An Assessment. *Connecticut Journal of International Law*, n. 122 (1997), p. 229.

140 Afinal, quanto maior a imparcialidade do Tribunal Internacional, mais esse se distingue de um Estado.

CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

Corte Internacional de Justiça. *Democratic Republic of Congo v. Belgium*. http://www.icjci.org/iccjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijjudgment_20020214.PDF, [14/02/2002].

DEAK, Istvan. The Fifth Annual Ernst C. Stiefel Symposium 1945-1995: Critical Perspectives on the Nuremberg Trials and State Accountability. Paine II: Comparative Analysis of International and National Tribunals. *New York Law School Journal of Human Rights, Symposium*, 1995.

GOLDSTONE, Justice Richard. The United Nations' War Crimes Tribunals: An Assessment. *Connecticut Journal of International Law*, n. 122, 1997.

HENKIN, Louis. *International Law: Politics, Values and Functions*. Boston: Martinus Nijhoff, 1999.

KANT, Immanuel. *Foundations of the Metaphysics of Morals*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, [s.d.].

KRAUS, Don. Waging Law: Building Support for a Global Law-Based Approach to Combating Terrorism. *The International Criminal Court Monitor*, n. 19, dez. 2001.

HANSEN, Thomas Obel, Africa and the International Criminal Court (September 28, 2011). *Africa's International Relations: A Handbook*, Tim Murithi, ed., Routledge, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1934718>.

Lawyers Committee for Human Rights. The Rome Treaty for an International Criminal Court – A Brief Summary of the Main Issues. *International Criminal Court Briefing Series*, vol. 2, n. 1, agosto, 1998.

_____, Frequently Asked Questions about the International Criminal Court. gopher://gopher.igc.apc.org:70/00/orgs/icc/ngodocs/faq_lchr.txt, [14/04/1999].

MACPHERSON, Bryan. Building an International Criminal Court for the 21st Century. *Connecticut Journal of International Law*, n. 13, 1998.

Nações Unidas. ICTY. Case Information Sheet: Milosevic Case (07/02/2002). <http://www.un.org/icty/glance/milosevic.htm>, [18/02/2002].

NATHAN, Dev. Darfur: Primary Accumulation and Genocide, *Economic and Political Weekly*, vol. 43, n. 35, Aug. 30 - Sep. 5, 2008, pp. 23-26.

PEJIC, Jelena. The Tribunal and the ICC: Do Precedents Matter? *Albany Law Review*, n. 60, 1997.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13a edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

Resumen Ejecutivo del Seminario Regional para la Ratificación e Implementación del Estatuto de la Tribunal Penal Internacional.

SABÓIA, Gilberto Vergne. A Criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11, maio-agosto, 2000.

SCHABAS, William A.. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____, The International Criminal Court and Non-Party States. (December 1, 2010). *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 28, No. 1, p. 1, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1817780>

STEINER, Henry e ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2000.

TOTTEN, Christopher D. e TYLER, Nicholas, Arguing for an Integrated Approach to Resolving the Crisis in Darfur: The Challenges of Complementarity, Enforcement, and Related Issues in the International Criminal Court. *The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)*, Vol. 98, No. 3, Symposium: Redefining International Criminal Law: New Interpretations and New Solutions (Spring, 2008), pp. 1069-1118.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Revista CEJ*, Brasília, n. 11, maio-agosto, 2000.

WEXLER, Leila Sadat. The proposed permanent international criminal court: an appraisal. *Cornell International Law Journal*, 1996.

YASUAKI, Onuma Yasuaki. Beyond Victors' Justice. *Japan Echo*, vol. XI, special Issue, 1984.

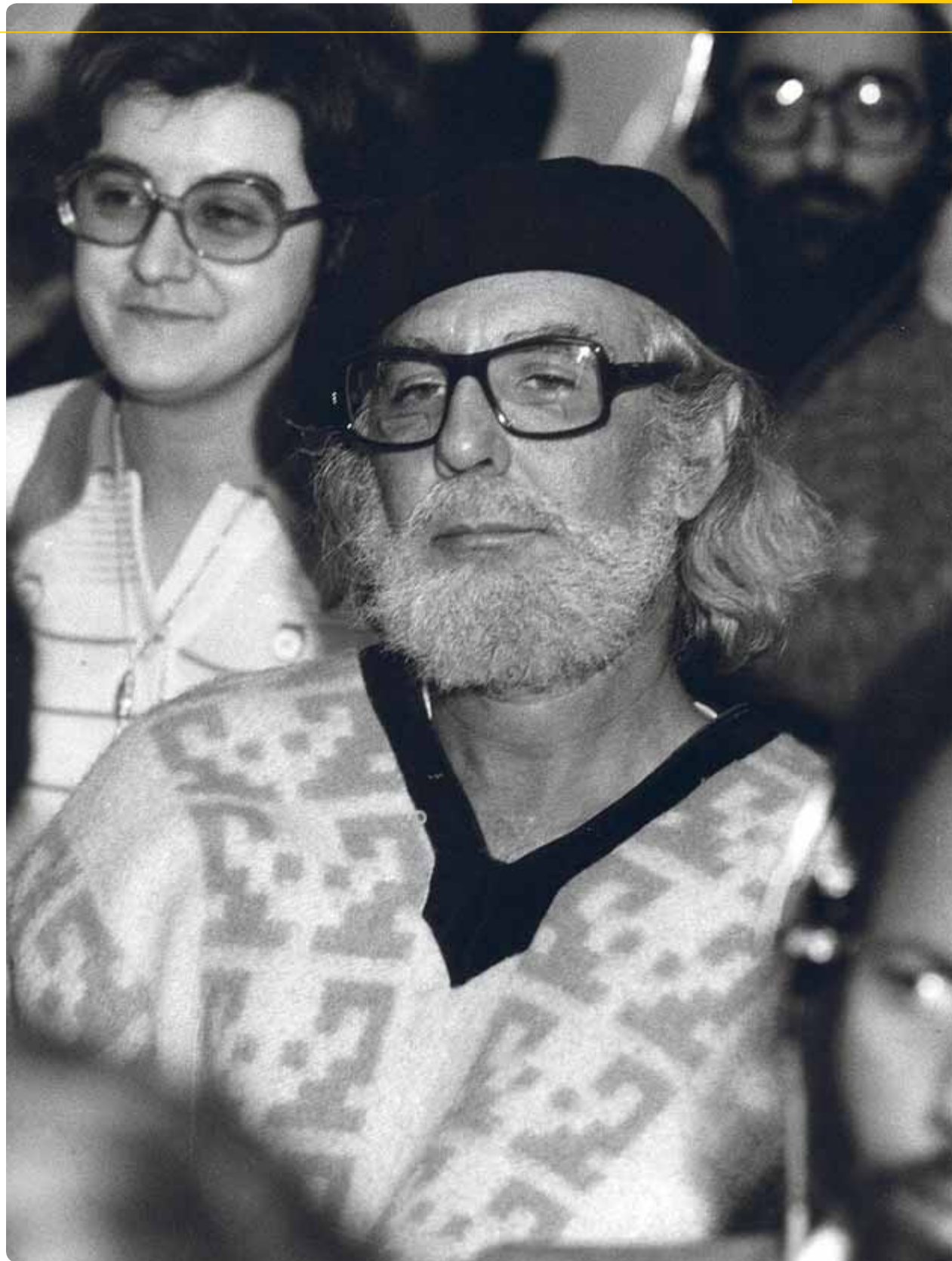
OTRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO

FLÁVIA PIOVESAN

Professora Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e da Universidade de Buenos Aires (Argentina); *Visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School* (1995 e 2000); *Visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford* (2005), *Visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (Heidelberg – 2007 e 2008), sendo desde 2009 Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg); Procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

DANIELA RIBEIRO IKAWA

Professora Adjunta da Columbia University (Nova Iorque) na área de direitos humanos e Coordenadora de Programas da Rede Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Advogada brasileira, obteve seu LLM pela Universidade de Columbia e seu doutorado pela Universidade de São Paulo (USP). Na Columbia, foi nomeada Harlan Fiske Stone Scholar por seu desempenho acadêmico em maio de 1999. Sua tese de doutorado na USP foi aprovada com distinção em 2006 e publicada pela *Lumen Iuris* em 2008. Trabalhou na Conectas Direitos Humanos (São Paulo) e no PILnet (Nova Iorque) e deu cursos na Central European University (Budapest) e na PUC (São Paulo). Foi, ainda, co-editora da *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos* e publicou mais de 20 livros e artigos em direitos humanos nos Estados Unidos e no Brasil.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



RUSSELL II
Latin America
11-18 th 1975



A IMPLANTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO CONTINENTE AMERICANO: UM OLHAR SOBRE ALGUNS ESFORÇOS, AVANÇOS E DESAFIOS

Francesca Varda

Coordenadora para as Américas da Coalizão pelo Tribunal Penal Internacional (CCPI)¹

1. INTRODUÇÃO

Quando explode uma crise em um lugar do mundo, o Tribunal Penal Internacional (TPI) é uma das principais ferramentas para a qual apela a comunidade internacional. Diante da ofensiva de Gaddafi, em fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança encaminhou a situação da Líbia ao TPI para ser considerada. Nas crises eleitorais no Quênia e na Costa de Marfim o papel representado pela Corte serviu para diminuir a violência e combater a realização de maiores violações; na Uganda, as investigações abertas pela Corte serviram de fundamento para que se iniciem processos contra executantes do médio escalão nos tribunais ugandeses. Também, em países como Guiné e Colômbia, onde a Corte abriu um exame preliminar², a presença do TPI tem servido para estimular os Estados para fortalecerem seus sistemas judiciais nacionais.

Dez anos depois do início da vigência do Estatuto de Roma, o tratado de fundação do TPI, existem metas atingidas (chaves deste sistema), que continuam o importante legado dos tribunais militares internacionais de Nuremberg e de Tóquio, dos tribunais *ad hoc* para a Ex-

¹ Este trabalho representa os pontos de vista da autora e não necessariamente a visão da Coalizão pelo Tribunal Penal Internacional.

² O exame preliminar é a fase em que os Fiscais do TPI determinam se há base suficiente para proceder à abertura de uma investigação formal. Como parte deste processo, deve-se considerar a alçada (temporal, material e territorial ou pessoal), a admissibilidade (complementaridade e gravidade) e os interesses da justiça. Para mais informação consulte <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/>.

Iugoslávia e Ruanda e de outros tribunais especiais ou mistos como o Tribunal Especial para Serra Leoa. Uma destas chaves baseia-se no princípio de imunidade dos agentes estatais, quando há a realização de crimes internacionais. Ao estabelecer que ninguém, nem o próprio Chefe de Estado ou um Rei, está livre de ser processado por genocídio, por crimes de lesa humanidade ou por crimes de guerra. De fato, três Chefes de Estado – Muammar Gaddafi, Omar al Bashir do Sudão, e Laurent Gbagbo da Costa de Marfim – foram acusados pelo TPI. Gbagbo está na Haia, esperando julgamento. E Bashir, embora continue exercendo o cargo de Presidente no Sudão, foi considerado prófugo da justiça internacional.

Da mesma forma, através do Fundo Fiduciário de benefício às Vítimas, órgão encarregado de implantar as indenizações ministradas pela Corte e de oferecer assistência geral, vem sido promovida a capacitação vocacional, o tratamento psicológico e cirurgias de reconstrução para mais de 80.000 pessoas no norte da Uganda e da República do Congo. E, em breve, a República Centro-africana receberá, também, assistência legal. Foi assim que o Tratado conseguiu dar apoio, não só às vítimas diretamente afetadas, mas aos familiares e comunidades atingidas por estes crimes.

A universalidade do Estatuto de Roma continua aumentando. Agora, somam-se 121 Estados-Partes espalhados pelo mundo. No continente americano, a Corte recebeu um importante apoio desde o início, pois, em 2002, dos 35 Estados da região, 19 já tinham validado o Estatuto. Desde então, cada vez mais países vêm aderindo aos processos de ratificação. Neste momento, só faltam fazer parte dessa demanda Bahamas, Cuba, El Salvador, Estados Unidos, Haiti, Jamaica e Nicarágua. Por outro lado, organismos regionais, como a Organização dos Estados Americanos (OEA), assumiram apoio decisivo do tribunal. De fato, a OEA emitiu, em 1999, resoluções essenciais à Promoção do Tribunal Penal Internacional. E, em 2005, organizou seis sessões especiais sobre o TPI para tratar de temas específicos como a cooperação dos Estados-membros da OEA com a Corte, ou a contribuição destes Estados na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, realizada em Kampala, em junho de 2010. Outros organismos, como o MERCOSUL e a UNASUR, também emitiram declarações sobre o TPI que serviram para fortalecer o apoio político e diplomático da Corte.

Na área de implantação, no entanto, os resultados foram menos expressivos. Atualmente, existem, aproximadamente, 60 Estados no mundo inteiro, que adotaram a legislação parcial, ou completa, sobre a complementaridade ou cooperação com a Corte e outros 45 que contam com minutas, ou projetos de lei, em estágio avançado. Salvo as exceções da Argentina, Canadá, Trinidad e Tobago e Uruguai que promulgaram a legislação que inclui, tanto disposições sobre cooperação como a complementaridade, Chile e Nicarágua diligenciaram-na exclusivamente para crimes de guerra. Outros países como o Brasil, a Bolívia, a Colômbia, a República Dominicana,

o Paraguai, o Peru, o Equador, a Venezuela, o México, a Costa Rica e Honduras apresentam iniciativas e/ou projetos de implantação importantes, mas enfrentam morosidade e obstáculos, por motivos que ainda não foram aprovados.

Não obstante estas estatísticas, é importante precisar que, de maneira geral, existiram sim, avanços concretos e compromissos firmados em muitos países para adotar a legislação sobre esse assunto e cooperar com a Corte. Porém, obstáculos políticos, mudanças de administração, definições de outras prioridades e a ausência de um compromisso político produziram progressos lentos, ou retrocesso, que terminou por dilatar significativamente os processos de implantação. O presente ensaio quer refletir sobre alguns avanços e desafios existentes em diferentes países da América Latina, em matéria de implantação, bem como os esforços que vários atores – incluindo a Organização de Estados Americanos e as organizações da sociedade civil – têm realizado para dar apoio à implantação do Estatuto de Roma.

2. O PRINCÍPIO DE COMPLEMENTARIDADE: A PEDRA PRINCIPAL DO SISTEMA

O TPI é, sem dúvida, uma das instituições mais importantes do Direito Internacional contemporâneo. E sua própria existência representa a aposta por um sistema universal de luta contra a impunidade. O Estatuto de Roma contém uma série de disposições que servem como alicerces para a estrutura orgânica da Corte, assim como as regras de funcionamento e, junto aos crimes, incorpora princípios do Direito Penal Internacional. Muitos destes já se encontravam nos tratados constitutivos dos Estatutos dos tribunais *ad hoc*, que foram extensamente desenvolvidos pela jurisprudência daqueles tribunais.

A pedra principal do sistema estabelecido pelo Estatuto de Roma é o princípio de complementaridade; um conceito associado à soberania dos Estados que serve como incentivo específico para que os Estados possam exercer sua própria jurisdição ao estabelecer que eles sejam, exatamente, os que têm a jurisdição primária para investigar e perseguir os supostos autores de crimes que poderiam ficar sob a jurisdição da Corte³. O princípio de

³ Sobre o assunto, veja BROOMHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2003, p. 139.

complementaridade aparece não só nos Preâmbulos⁴, localiza-se, pois, na porta do próprio tratado do auto regulação do artigo 1:

“Institui-se, por meio deste documento, o Tribunal Penal Internacional (“a Corte”). A Corte será uma instituição permanente, estará facultada para exercer sua jurisdição sobre pessoas a respeito dos crimes mais graves de transcendência internacional, de conformidade com o presente Estatuto e terá caráter complementar das jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento da Corte determinam-se pelas disposições do presente Estatuto.”

Igualmente, o artigo 17 do Estatuto volta a reafirmar a complementaridade, agora como elemento essencial na determinação da admissibilidade de uma situação:

“A Corte, considerando o décimo parágrafo do Preâmbulo e o artigo 1, resolverá a inadmissibilidade de um assunto quando:

- (a) O assunto seja objeto de uma investigação ou juízo por um Estado que tenha jurisdição sobre ele, exceto que não esteja disposto a levar a termo a investigação ou o juízo ou não possa realmente fazê-lo;
- (b) O assunto seja objeto de investigação por um Estado que tenha jurisdição sobre ele e tenha decidido não protocolar a ação penal contra a pessoa da qual se trate, exceto se a decisão tenha obedecido a que não esteja disposto a levar a cabo o ajuizamento ou não possa realmente fazê-lo;
- (c) A pessoa já tenha sido processada pela conduta da qual se refere a denúncia, e a Corte não possa antecipar o juízo conforme o disposto no parágrafo 3 do artigo 20;
- (d) “O assunto não seja da gravidade suficiente para justificar a adoção de outras medidas por parte da Corte.”

O TPI, portanto, só pode exercer sua competência quando os Estados não *podem* ou não *querem* investigar e perseguir os supostos autores de crimes internacionais. A primeira destas razões (quando os Estados *não podem*) se deve à falta de capacidades técnicas, logísticas ou insuficiência de pessoal especializado que leve adiante tais investigações, assim como determinadas conjunturas políticas ou de outro caráter que dificultem o começo dos processos.

⁴ Parágrafo 10: “Destacando que o Tribunal Penal Internacional estabelecida em virtude do presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais”

A segunda das razões (quando “*não querem*”) se deverá à falta de vontade, geralmente política, para realizar as investigações ou ajuizamentos.

A cooperação internacional é a chave para garantir o efetivo funcionamento da Corte. O Preâmbulo reconhece a necessidade de adotar medidas em nível nacional e fortalecer a cooperação internacional; a Parte IX do Estatuto⁵ aborda as diretrizes e as bases desta cooperação e da assistência judicial. Mesmo que o TPI seja uma instituição complementar às jurisdições nacionais e que a ratificação do Estatuto apresente uma base suficiente para solicitar cooperação, diante da ausência de um mecanismo específico que garanta a execução das decisões da Corte, é indispensável que os Estados façam referência ao TPI na sua legislação. E que reconheçam a Corte como uma autoridade competente autorizada para solicitar, legitimamente, a cooperação judicial e/o administrativa.

Vale assinalar que o princípio de complementaridade já foi objeto de análise na recente jurisprudência da Corte. O governo queniano, por exemplo, impugnou a competência do TPI de acordo com o artigo 19.2.b do Estatuto, argumentando que estava realizando investigações nacionais sobre os fatos que suscitaram a abertura de uma investigação no Quênia por parte do TPI. Em resposta, em 30 de agosto de 2011, os juízes da Sala de Apelações rejeitaram a solicitação e emitiram uma decisão que descartava a solicitação do governo queniano⁶. De acordo com a Sala, não é suficiente que os Estados tomem medidas para implantar o Estatuto ou iniciem reformas judiciais. A Sala também esclareceu que:

“Os elementos definitivos de um caso concreto perante a Corte são o indivíduo e a sua suposta conduta. Desprende-se disto que, para que o caso seja inadmissível sob o artigo 17 (1) do Estatuto, a investigação nacional deve alcançar o mesmo indivíduo e substancialmente a própria conduta que se apresenta nos procedimentos perante a Corte”⁷.

Esta questão também foi anteriormente considerada no caso de Thomas Lubanga Dyilo, que foi condenado, na histórica primeira sentença da Corte, há 14 anos, pelo recrutamento de crianças soldados⁸.

5 Parte IX do Estatuto de Roma, “Cooperação Internacional e Assistência Judicial”. Artigos 86-102.

6 *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyattay and Mohammed Hussein Ali* (ICC-01/09-02/11 OA) <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1223134.pdf>

7 *Ibid*, p. 39. (Tradução não oficial)

8 Tribunal Penal Internacional, Sala de Questões Preliminares I, *Prosecutor v. Lubanga*, Decisão de 24 de fevereiro de 2006, par. 31. “Tendo estabelecido o conceito de caso como aquele que inclui “incidentes específicos durante os quais um ou mais crimes dentro da jurisdição da Corte pareçam ter sido perpetrados por um ou vários suspeitos identificados”, a Sala considera que é uma condição *sine qua non* para um caso que se desprende de uma investigação da situação que seja inadmissível que os procedimentos nacionais abranjam tanto à pessoa como à conduta que representa o sujeito do caso perante a Corte.” (Tradução não oficial).



3. IMPLANTANDO O ESTATUTO DE ROMA NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS

Os processos de implantação do Estatuto de Roma podem ser definidos, resumidamente, em duas áreas principais: (1) adoção de disposições para tipificar em nível nacional o genocídio, os crimes de guerra e os crimes de lesa humanidade, os princípios do Direito Penal Internacional como a não prescrição ou a irrelevância do cargo oficial e (2) a adoção das disposições que permitam a cooperação com o TPI (execução de ordens de detenção e entrega de suspeitos à Corte, proteção de vítimas e testemunhas, congelamento de bens, etc.)

Ao analisar o marco legal existente dos Estados como o primeiro passo para começar a tarefa de implantação, é possível constatar que, em geral, muitas leis nacionais são antiquadas, incompletas e contêm falhas cruéis e desproporcionais aos padrões dos direitos humanos. O processo de implantação do Estatuto de Roma pode oferecer uma oportunidade para abordar tais deficiências. E melhorar os códigos penais ou códigos processuais penais que ofereçam maior proteção e respeito a crimes internacionais e incorporem as novas tendências do direito internacional. Neste sentido, por exemplo, alguns Estados aproveitaram estes espaços para incluir o princípio de jurisdição universal, que outorga aos Estados a jurisdição sobre os crimes internacionais, além dos conectores penais tradicionais como territorialidade ou personalidade. Mas, que se deve distinguir da jurisdição internacional porque não oferece demanda para uma investigação e perseguição por parte de um tribunal internacional. Seguindo esse molde, Panamá adotou este mesmo princípio em seu Código Penal em 2007 (adotado para incorporar emendas na legislação nacional que incluíssem a implantação do Estatuto) que pode exercer-se perante crimes contidos no Estatuto; Argentina fez igual, por meio do artigo 3.d da Lei de Implantação do Estatuto de Roma (Lei 26200). No caso do Uruguai incluiu-se uma disposição sobre o princípio de jurisdição universal, embora não tenha ficado explícita, no artigo 4.2 da Lei Nº 18026.

Uma vez que as leis de implantação do Estatuto entram em vigor, elas podem ser aplicadas a uma quantidade muito maior de casos – incluindo, certamente, casos que não sejam da competência do TPI – ampliando, assim, a abrangência dos sistemas nacionais na sua integridade. No entanto, uma revisão global e comparativa das leis de implantação do Estatuto mostra que as mesmas não são uniformes em termos de qualidade, e que várias têm feito uma implantação seletiva das diferentes disposições do Estatuto, deixando de lado a regulação de condutas importantes.

Por exemplo, em alguns casos, nem todas as condutas (ou subcategorias) dos crimes contemplados no Estatuto foram incluídas na legislação doméstica. Neste sentido, em certas ocasiões vê-se que foram incluídos só alguns crimes de guerra e não todo o conteúdo do artigo 8; que eliminaram crimes de relação de gênero em detrimento de negociação dos textos ou que não incluíram princípios gerais como a não prescrição. Vejamos o Chile. Uma das críticas feitas, depois da adoção da lei sobre crimes, foi que a lei “adotava uma errônea e limitada definição de crimes de lesa humanidade, exigindo elementos próprios dos conflitos armados; mantendo a diferença entre conflitos armados internacionais e não internacionais no que diz respeito à punição de crimes de guerra, pese à tendência mundial à eliminação dela; e define uma parte importante das condutas sancionadas sobre a base do Código Penal nacional e não sobre os instrumentos internacionais vigentes no país”⁹.

Um tema que gerou muitas interpretações diz respeito à possibilidade de o Estatuto de Roma estabelecer, ou não, uma obrigação legal de implementação. Sobre o assunto, não há consenso, muitos afirmam que, embora o Estatuto não formule a obrigação expressa de implementar, o que pode derivar essa obrigação do objeto e fim do tratado, não só sobre a base do princípio de complementaridade, mas também da obrigação que têm os Estados-Partes do Estatuto de cooperar com a Corte (o dever de cooperar, sim, está estabelecido expressamente como obrigação no Estatuto)¹⁰.

O artigo 86 estabelece a obrigação dos Estados-Partes de cooperar com a Corte e o artigo 88 indica que os Estados-Parte “assegurarão que no direito interno existam procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas na presente parte.” Por sua vez, o artigo 70 (4) estabelece que:

“a) Todo Estado-Parte fará extensivas suas leis penais que castiguem os delitos contra a integridade do seu próprio procedimento de investigação ou ajuizamento aos delitos contra a administração de justiça a que se faz referência em este artigo e sejam cometidos em seu território ou por um de seus nacionais;”

Desta maneira, poder-se-ia afirmar que a implantação de crimes e princípios gerais do Direito Penal Internacional, contidos no Estatuto, é uma obrigação indireta, enquanto que a implantação de disposições sobre cooperação é resultante da obrigação vinculante que se desprende diretamente do Estatuto.

9 A respeito, veja MATURANA, Camila, *Una década después Chile se integra a lo Tribunal Penal Internacional*, Em: *Latinoamérica al día*, Edición 1. http://www.coalitionfortheicc.org/documents/LAC_Update_Issue1_final.pdf

10 A respeito veja KLEFFNER, Jann, *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, N° 1 (2003), pp. 88-89.

É importante lembrar que o artigo 27 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, dispõe que o Estado não poderá alegar a impossibilidade de cumprir com uma obrigação internacional, devido a algum impedimento constante da legislação interna. Já que o sistema estabelecido pelo Estatuto de Roma não tem um órgão encarregado de monitoramento da implantação do tratado, são os próprios Estados os que devem revisar, substancialmente, suas leis.

Em outras palavras, ao reconhecer que o Estatuto não deva ser considerado como um umbral máximo, mas bem como um mínimo indispensável, os Estados devem determinar os passos para o cumprimento de suas obrigações. Vejamos, mais atentamente, estas questões: os crimes do Estatuto na legislação nacional foram caracterizados? Os obstáculos para a investigação e punição penal, como a irrelevância do cargo oficial (Art. 27), a responsabilidade do chefe e outros superiores (Art. 28) e a obediência devida (Art. 33 RS), assim como as exceções ao princípio de *ne bis in idem* (Art. 20) foram revisados? A não prescrição dos crimes internacionais foi estabelecida internamente (Art. 29)? As penas específicas para cada delito com o objetivo de garantir o princípio de legalidade foram incorporadas devidamente no Estatuto? Seria mais conveniente abordar o processo de implantação através de uma lei especial, um Código específico, reformas pontuais ou remissão direta do Estatuto? Estas são algumas questões relevantes que os Estados devem considerar para realizar a implantação integral do Estatuto.

4. O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

A Organização dos Estados Americanos é, talvez, uma das organizações regionais mais comprometidas com a Corte. As primeiras resoluções e informes de seus órgãos datam de 1999, suas resoluções dirigidas à promoção do TPI se iniciaram em 2001, com mandatos concretos aos diferentes órgãos de sua instituição e apresentam um balanço positivo. A exemplo disso, a OEA também adotou, em 2011, uma “Troca de cartas com o intuito de um acordo de cooperação com o Tribunal Penal Internacional”. Por sua vez, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos formulou um Acordo de cooperação com o Tribunal Penal Internacional em abril de 2012.

As resoluções sobre a “Promoção do Tribunal Penal Internacional” desempenharam um papel chave no sistema interamericano e serviram de estímulo e um vínculo permanente para os Estados, lembrando-lhes de suas obrigações pendentes. Além disso, as mesmas resoluções destacam, anualmente, os prêmios e progresso dos Estados da Corte em si. Por sua parte, O Comitê Jurídico Interamericano (CJI), com o apoio do Departamento de Direito Internacional,

elaborou um conjunto de recomendações em seus informes. Os temas vão da necessidade de ratificar o Estatuto e o Acordo sobre o Privilégio e Imunidade do TPI até oferecimentos de apoio aos Estados para implementação do Estatuto em suas legislações nacionais.

Também, entre outras atividades, o CJI elaborou um questionário para medir o grau de habilidade das legislações nacionais em relação à cooperação da Corte. Um total de 17 países responderam. O comitê adotou as seguintes textos: *Guia de Princípios Gerais e Pautas em Matéria de Cooperação dos Estados com o Tribunal Penal Internacional* (CJI/ doc. 293/08)¹¹, o “*Informe sobre as atividades de promoção do Tribunal Penal Internacional e textos-modelo para crimes contemplados no Estatuto de Roma*” (CJI/doc. 360/10 rev. 1) e seu *Informe complementar* (CJI/doc. 374/11)¹².

5. EXPERIÊNCIAS COMPARADAS EM MATÉRIA DE IMPLANTAÇÃO

A realidade, em matéria de implantação, é complexa e, mesmo nos casos em que existiu uma vontade genuína em avançar no tema, são evidentes importantes desenvolvimentos – incluindo-se a adoção de leis. Os processos em geral se estenderam por muito tempo na maioria dos países. Desde 2002, quando entrou em vigor o Estatuto, na maior parte dos países que são Estados-Partes no tratado foi impulsionada algum tipo de iniciativa relativa à implantação, fato que dificulta retratar os processos em todo o continente americano em sua integridade. Vejamos, mais de perto, as experiências da Bolívia, do Peru, do Chile, do México e da Colômbia.

5.1 BOLÍVIA

Bolívia é exemplo representativo de um processo que já leva quase oito anos. Em setembro de 2004, a Defensoria do Povo da Bolívia contratou uma consultoria especializada, encarregada de preparar um Pré-projeto de Lei para Implantação do Estatuto de Roma. Aprovado em 2005 por esta entidade, o projeto propunha a implantação, através da adoção de uma lei especial de implantação integral, que contava com disposições tanto de complementaridade, quanto de cooperação. Em fevereiro de 2006, o pré-projeto foi apresentado ao Congresso, com o apoio da

¹¹ O *Guia de princípios em matéria de cooperação* é um instrumento de referência para os Estados da OEA que tem como objetivo assegurar que se implantem procedimentos internos de cooperação com o TPI. O guia indica que a ausência de procedimentos na legislação nacional para cooperar com a Corte não pode ser utilizada como desculpa para negar a cooperação solicitada. Pode ser consultada em: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_140_LXXII-O-08_esp.pdf.

¹² <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/INFOANUAL.CJI.2011.ESP.pdf>.

Defensoria, mas o debate foi adiado devido a outras prioridades políticas no país. O processo foi parado até 2011¹³.

Atualmente, o governo boliviano está trabalhando em cima de uma reforma do Código de Processo Penal e do Código Penal em si. Para este trabalho, estabeleceu-se que a Comissão Redatora, subsidiada pelo Ministério da Justiça, tomará como referência o pré-projeto de 2005. O trabalho foi retomado, não por meio de uma lei especial, mas por meio da incorporação de capítulos específicos dentro do próprio Código de Processo Penal e dentro do Código Penal, incorporando as disposições sobre cooperação e complementaridade respectivamente. Entre outros, é importante destacar que um dos elementos que deu novo fôlego ao processo é a Constituição que entrou em vigência em 2009, estabelecendo que, em seu artigo 13(IV), os direitos e deveres consagrados na Constituição deverão ser interpretados de acordo com os tratados internacionais ratificados pela Bolívia. Também, a implantação do Estatuto fora incorporada expressamente no Plano Nacional de Ação de Direitos Humanos de Bolívia (Bolívia Para Viver Bem), no período 2009-2013. Feito isto, o governo, em seu Exame Periódico Universal, perante o Conselho de Direitos Humanos, manteve o tema como presente na agenda.

5.2 MÉXICO

No México, o processo de implantação também foi marcado por altos e baixos. Em dezembro de 2006, o Executivo Federal submeteu uma iniciativa de lei que regulamentaria o parágrafo quinto do artigo 21 constitucional, em matéria de cooperação com o TPI perante o Senado. No dia 15 de dezembro de 2009, o Senado da República aprovou o projeto de Lei conhecido como *Lei de cooperação com o Tribunal Penal Internacional*. Porém, ainda quando o projeto voltou para a Câmara de Deputados para ser examinado, o foco político no governo e no Congresso voltou-se para outros temas, resultando na permanência desse projeto sob os cuidados da Comissão de Justiça da Câmara. Até o momento, não se agendou uma discussão.

O projeto de lei compreende a maioria dos elementos necessários para uma efetiva cooperação com a Corte, mas alguns membros da sociedade civil expressaram que seria oportuno “afastar-se o possível do modelo de cooperação entre Estados típico dos procedimentos de extradição, para criar um modelo que facilite e agilize a execução das solicitações de cooperação, com atenção especial à relação da Corte com os Estados”¹⁴, assim como “implementar os delitos contra a administração de justiça do TPI”, entre outros.

¹³ É importante lembrar que, em 2009, foram feitas modificações no Pré-projeto sobre a base da adoção da nova Constituição. Desta forma, no contexto das solicitações emitidas, a Bolívia emitiu os Autos Supremos 262/2009 e 302/2007 acatando sua obrigatoriedade de cooperar com a Corte.

¹⁴ Manual para a Implantação do Estatuto de Roma na Legislação Mexicana da Comissão de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos. <http://www.cmdpdh.org/docs/manualcpi.pdf>.

Durante a Conferência de Revisão de 2010, o Chile se comprometeu publicamente em “Efetuar todos os esforços possíveis encaminhados para apresentar no Parlamento Nacional um Projeto de Lei sobre cooperação com o Tribunal Penal Internacional [...]”.

Enquanto aos crimes e princípios gerais, em janeiro de 2008, as deputadas federais Omeheira López e Esmeralda Cárdenas apresentaram, na Câmara de Deputados, um projeto de ditame que propunha reformar diversas disposições do Código Penal Federal, do Código de Justiça Militar, da Lei geral da Saúde e do Código Federal de Procedimentos Penais. O esforço representou interessante iniciativa, mas o projeto recebeu duras críticas e não avançou.

No âmbito da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, celebrada em Kampala, Uganda, em 2010, o México se comprometeu em apresentar uma proposta legislativa nesta matéria durante

o primeiro trimestre de 2011. Em setembro de 2010, a Comissão Inter Secretariados de Direito Internacional Humanitário (CIDIH)-México já havia estabelecido um grupo de trabalho encarregado de revisar o Código Penal Federal com o objetivo de elaborar um pré-projeto de emendas integrado pelas dependências que compõem de maneira permanente a CIDIH e incluem as Secretarias de Defesa Nacional, Relações Exteriores, Marinha e Governo, assim como a Procuradoria Geral da República e a Secretaria de Segurança Pública. Esse processo, no qual não tinha contado com a participação de acadêmicos, nem de membros da sociedade civil, ainda não foi concretizado e deverá continuar, agora, sob os cuidados do novo governo.

5.3 CHILE

No Chile, o processo de implantação em matéria de crimes foi resultado de um acordo político que foi feito de maneira simultânea à ratificação. Em 2002, a Corte Constitucional de Chile determinou que, para se converter num Estado-Parte do TPI, era necessário adotar uma emenda constitucional reconhecendo a jurisdição do TPI – um requisito politicamente delicado e difícil de se conseguir. Nos anos seguintes, apesar do apoio recebido por parte dos ex-presidentes Eduardo Frei e Ricardo Lagos e da então Presidenta Michelle Bachelet, a ratificação enfrentou vários desafios. O temor de perder a soberania nacional e os conceitos errados acerca da irretroatividade da Corte criou uma forte oposição entre alguns parlamentares e membros do exército. Outro fator que complicou e atrasou o processo foi um acordo político entre partidos, estabelecendo a necessidade de adotar uma lei incorporando os crimes do Estatuto no ordenamento interno antes mesmo da ratificação. Para superar estes obstáculos, foram necessários esforços coordenados e ações pontuais por parte da sociedade civil.

A Humanas, uma organização da sociedade civil que liderou esforços para dar impulso ao processo, implementou uma campanha de educação pública de grande visibilidade que teve muito sucesso na hora de conseguir apoio para a ratificação do Estatuto. Esta campanha foi transmitida por rádio e utilizou, também, desenho gráfico de vanguarda em meios impressos e na Internet, ocupando um papel fundamental no fortalecimento do apoio aos esforços em nível nacional. A Ação Mundial de Parlamentares (PGA) teve também, um papel decisivo, pois gerou alianças multipartidárias e assegurou que os membros do parlamento de todos os partidos políticos pudessem se aliar para conseguir a ratificação. Outras organizações como Anistia Internacional, a Comissão Andina de Juristas e vários outros grupos nacionais trabalharam para assegurar que a promessa de campanha da Presidenta Bachelet de ratificar o Estatuto de Roma se transformasse finalmente em realidade. Por outro lado, a União Europeia e o próprio TPI, através das visitas ao país do então Presidente Philippe Kirsch, em 2007, ajudaram a esclarecer o tema da jurisdição da Corte, a superar as diferenças da oposição e a corrigir a informação errônea sobre o TPI que controlava certos setores.

Entre abril e maio de 2009, o Senado chileno e a Câmara de Deputados aprovaram a lei implantando o genocídio, os crimes de guerra e os crimes de lesa humanidade, assim como a correspondente emenda constitucional, e em junho, o Chile já tinha se convertido em Estado-Parte no Estatuto.

Durante a Conferência de Revisão de 2010, o Chile se comprometeu publicamente em “Efetuar todos os esforços possíveis encaminhados para apresentar no Parlamento Nacional um Projeto de Lei sobre cooperação com o Tribunal Penal Internacional, antes de dezembro de 2011.” Este desenvolvimento ainda não aconteceu, mas em março de 2012, num desenvolvimento interessante, o Presidente apresentou, para ser debatido na Câmara de Deputados, o projeto *Acordo que aprova a “Emenda no artigo 8 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”, de 10 de junho de 2010, e as “Emendas ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional relativas a crime de agressão”, de 11 de junho de 2010.* Pouco depois, a Comissão de Relações Exteriores aprovou-a e à submeteu à Comissão de Constituição, Legislação, Justiça e Regulamento, onde permanece para que a comissão se manifeste sobre “os aspectos constitucionais.”¹⁵

15 A Costa Rica também introduziu uma proposta no Congresso para adotar as emendas sobre o crime de agressão. Durante a Conferência de Revisão, Costa Rica fez uma promessa comprometendo-se a adotar um “Protocolo nacional de cooperação com o Tribunal Penal Internacional” que desenvolva, entre outras, as disposições da Parte IX do Estatuto de Roma. O ‘Protocolo’ identificará os pontos de enlace nacional (Direção Política Exterior MREC, Direção Jurídica MREC, Comissão Costarricense Direito Internacional Humanitário) e o papel das diversas instituições nacionais chamadas para aplicar uma solicitação de cooperação judicial do Tribunal Penal Internacional. Também descreverá o procedimento aplicável desde sua recepção na Direção Jurídica do Ministério de Relações Exteriores e Culto até a execução da solicitação. O documento definirá os princípios de complementaridade, entrega de pessoas, imunidade e pena perpétua, à luz do Estatuto de Roma e seu correspondente no marco constitucional nacional. Por último, far-se-á um balanço sobre os temas pendentes de implantação a nível nacional e medir-se-á a possibilidade de cumpri-los em médio e longo prazo. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/18B88265-BC63-4DFF-BE56-903F2062B797/0/RC9ENGFRA SPA.pdf>.

5.4 PERU

No Peru, os avanços foram significativos. Em 2006, entrou em vigência um capítulo do novo Código de Processo Penal, bastante extenso e bem desenvolvido, que tratava da cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Em matéria de implantação de crimes, o processo não alcançou semelhante êxito.

Em outubro de 2002, foi estabelecida uma *Comissão Especial Revisora do Código Penal* cujo mandato adotava um Novo Código Penal, que incluiria, entre muitos outros elementos, os crimes do Estatuto e princípios gerais do DPI. O projeto de lei foi apresentado ante a Comissão de Justiça e Direitos Humanos do Congresso, mas a falta de um compromisso político multipartidário adiou sua consideração.

Em 2006, se adotou o Código de Justiça Militar Policial e se incluiu um capítulo sobre crimes contra o DIH. Pouco depois de sua adoção, no entanto, o Tribunal Constitucional emitiu uma sentença, estabelecendo que a tipificação de crimes de guerra dentro deste corpo normativo era inconstitucional. Pois, o bem jurídico protegido por estes tipos não eram estritamente castrenses e, por isso mesmo, deviam ser incorporadas no Código Penal ordinário, dando lugar à derrogação das disposições que incluíam os tipos penais de crimes de guerra dentro do Código de Justiça Militar Policial.

Durante o período legislativo 2006-2011 foi adotada uma estratégia diferente, e tentou-se aprovar o projeto como uma lei independente (PL 1707) e não como um capítulo específico dentro do Código Penal. Esta iniciativa também não avançou e não chegou à plenária para ser discutida, apesar da pressão incessante por parte de diversas organizações da sociedade civil que organizaram, entre outros, capacitações dirigidas a membros das forças armadas, tomadores de decisões e congressistas sobre o mandato e a jurisdição do TPI. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha também desempenhou um papel importante ao insistir, constantemente, na importância de se implementar crimes de guerra na legislação nacional. Entre outras razões, a ausência de um compromisso por parte do governo com o projeto e a sensibilidade dos temas a tratar por causa do contexto político no país, afetaram o desenvolvimento do processo. Depois das eleições presidenciais, ocorridas em 2011, e a tomada de posse do novo Congresso, no entanto, alguns parlamentares da Comissão de Justiça e Direitos Humanos se interessaram em avançar com o tema e fortaleceram a comunicação com diferentes atores em busca de promulgar uma lei independente, baseada no PL 1707 original, para fins de 2012¹⁶.

¹⁶ Durante a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, Peru comprometeu-se em “realizar, antes do ano 2013, as gestões internas para a elaboração das propostas legislativas que permitam a implantação da legislação que tipifique os crimes contidos nos artigos 5, 6, 7 e 8, do Estatuto de Roma”.



5.5 COLÔMBIA

A experiência colombiana oferece uma perspectiva interessante a partir da ótica do processo de implantação num país que continua sendo considerado como um exame preliminar por parte da Corte. O Código Penal colombiano já inclui muitos dos crimes contidos no Estatuto, mas ficam faltando, ainda, certas alterações, assim como a adoção de disposições específicas em matéria de cooperação.

Nesse contexto, no ano de 2004 e no período entre 2007-2008, apresentaram-se algumas propostas de leis de implantação sobre cooperação, mas elas não tiveram seu trâmite respectivo nem tiveram o número de debates necessários durante o ano legislativo. E, portanto, foram arquivadas. Em setembro de 2010, num importante desenvolvimento, promulgou-se um novo Código Penal Militar em que se estabelecia que o genocídio, os crimes de lesa humanidade, os crimes de guerra, as graves violações dos direitos humanos e as graves infrações ao DIH não eram da alçada da Justiça Penal Militar.

O governo colombiano expressou, em diversos foros, há mais de dois anos, que está trabalhando em uma lei sobre cooperação com a Corte que estaria por ser apresentada ao Congresso, mas até agora, ainda permanece sob observação, por parte do TPI, desde 2006, sem conseguir finalizar o processo. Em maio de 2011, assinou o primeiro acordo de execução de sentenças com o TPI da região. De igual forma, em 2012, apoiou, por meio da Defensoria Pública, uma parlamentar. E, também, apresentou um projeto para harmonizar a tipificação de delitos de violência sexual com o Estatuto e as normas internacionais de Direitos Humanos que, espera-se, seja debatida este ano.

6. O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL E DOS ACADÊMICOS

A sociedade civil foi uma importante contrapartida na tarefa da implantação, monitorando os processos em diversos países para identificar oportunidades para a ação ou em momentos-chaves em que seria oportuno incidir, tais como a posse de novos governos ou a revisão dos países no contexto do Exame Periódico Universal. Em particular, a Coalizão pelo Tribunal Penal Internacional (CCPI), uma aliança global de mais de 2.500 organizações de 150 países, manteve um diálogo próximo com seus membros globais para assegurar que estes mesmos processos permaneçam na agenda política dos governos, já que diversas prioridades podem adiar a consideração dos projetos. O Secretariado da CCPI não tomou uma postura específica a respeito do conteúdo





PERSEGUIDOS POLÍTICOS RECEBEM CERTIFICADOS DE ANISTIA EM HOMENAGEM PÚBLICA, UFMG/MG, BELO HORIZONTE/MG, 30 DE NOVEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

da legislação, mas nomeou expertos ou contrapartes que possam fazer comentários e analisar os governos ou os parlamentares, servindo como facilitadores e vínculos comprometidos com estes temas. De fato, muitos membros da Coalizão contribuíram com comentários diretos sobre projetos de lei na América Latina e trabalharam de maneira muito próxima com parlamentares para dar impulso a estas atividades.

A Anistia Internacional foi um motor importante, emitindo cartas públicas, fazendo um chamado à ação, realizando missões e fazendo comentários diretamente às minutas em vários países da região, incluindo o Brasil, a Bolívia, o Peru e o Panamá, só a título de menção. Sua *Lista de requisitos para a aplicação efetiva do Estatuto*, disponível em espanhol e em outros idiomas, foi uma ferramenta útil para tomadores de decisões e representantes governamentais. De igual maneira, a Comissão Andina de Juristas organizou, desde 2005, mais de 16 seminários dirigidos a representantes governamentais na Bolívia, no Chile, no Peru, na Colômbia e na Venezuela; publicou quatro livros sobre implantação na região andina, o qual foi distribuído amplamente a diferentes operadores judiciais, representantes do governo e outros atores e estabeleceu um observatório de Direito Penal Internacional virtual que inclui um enfoque sobre o TPI e o acesso a distintas publicações sobre a matéria. De



igual forma, Parlamentares pela Ação Mundial, uma rede de legisladores influentes no mundo todo, tem sido instrumental na promulgação de legislação na Argentina, no Chile, no Uruguai e na Nicarágua, assim como em outros países como Suriname, República Dominicana, Brasil e Venezuela seus membros continuam liderando esforços que resultaram indispensáveis para se conseguir acordos políticos e gerar consenso.

O mundo acadêmico também fez contribuições muito importantes no processo de implantação do Estatuto de Roma. O Grupo de Trabalho sobre Direito Penal, dirigido pelo Professor Kai Ambos, que inclui acadêmicos da Venezuela, do Chile, do Brasil, da Bolívia, do México, da Argentina, do Uruguai, da Colômbia e do Peru, entre outros, publicou três livros – com o apoio da Fundação Konrad Adenauer – que abordam a problemática da implantação do Estatuto de Roma e a cooperação judicial com o TPI. O Instituto de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Peru também publicou um livro virtual sobre o crime de agressão que sintetiza os objetivos atingidos sobre o tema durante a Conferência de Revisão de Kampala e identifica desafios e oportunidades para a implantação deste crime dentro dos ordenamentos internos. Existem, também, muitas outras publicações de universidades na região, incluídas a Universidade Ibero-americana de México, a UNAM, a Universidade Nacional de Colômbia, entre outras.

7. TAREFAS PENDENTES PARA A PRÓXIMA DÉCADA?

O TPI é uma ferramenta essencial na luta contra a impunidade e uma instituição que se tem consolidado decisivamente dentro da arquitetura global da paz e da justiça. A América Latina ficou comprometida com a Corte, outorgando-lhe apoio político e diplomático, e diversos organismos regionais como a OEA deram início a ações que serviram para fortalecer o sistema estabelecido pelo Estatuto de Roma. Apesar de ter dado passos importantes para assegurar a universalidade do tratado, em termos de implantação, ainda existem obstáculos decisivos por superar. Este ensaio abordou só alguns exemplos dos processos em diversos países da região, destacando desafios e avanços comparativos. O panorama, porém, é muito mais amplo e complexo.

Durante a Conferência de Revisão em Kampala, Chile, Colômbia, Costa Rica, Peru, México e Venezuela foram adotadas promessas vinculadas à implantação e à cooperação, mencionando-se, expressamente, o compromisso em avançar com suas tarefas pendentes nesta área.¹⁷ Em

¹⁷ Argentina e Trinidad e Tobago também apresentaram promessas durante a Conferência de Revisão. Argentina comprometeu-se em tentar firmar um acordo de deslocamento de testemunhas, enquanto Trinidad e Tobago se comprometeu em socializar sua lei de implantação para que possa servir como lei modelo e em promover a adoção do Acordo sobre Privilégios e Imunidades do TPI.

alguns Estados, se percebem avanços; em outros ainda faltam ações concretas. Cada Estado enfrenta um cenário particular em que são as dinâmicas políticas, o contexto legislativo, as prioridades governamentais e a vontade de avançar com o tema o que define o compromisso, a ação e os tempos necessários para mover estes processos que, pela sua própria natureza, são menos visíveis, mais técnicos e menos participativos. A vigilância e a participação da sociedade civil nestes espaços foram essenciais para que se mantenham na agenda política dos governos. As contribuições acadêmicas também ofereceram valiosos insumos para continuar o debate sobre a melhor maneira de garantir um processo de implantação integral que inclua, tanto disposições sobre crimes e princípios do Direito Penal Internacional, quanto mecanismos efetivos de cooperação com o TPI.

No geral, a justiça internacional mantém um desenvolvimento acelerado. Mas, sem um progresso paralelo, em nível nacional, a sinergia que alimenta este sistema baseado no princípio de complementaridade debilitar-se-á. O Tribunal Penal Internacional foi desenhado como uma corte de última instância, que só poderá julgar um número reduzido de crimes e casos mais graves e, por isso, é necessário que os Estados fortaleçam sua legislação nacional e elevem seus padrões em matéria de direitos humanos. Só dessa forma, poderá garantir que se investiguem e punam os crimes internacionais de maneira efetiva. Nesta nova década, para o TPI, esse é um desafio central que permanece vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROOMHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2003.

Guía de Principios Generales y Pautas en Materia de Cooperación de los Estados con lo Tribunal Penal Internacional (CJI/doc.293/08). Pode ser consultada em: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_140_LXXII-O-08_esp.pdf.

Informe sobre las actividades de promoción de lo Tribunal Penal Internacional y textos modelo para crímenes contemplados en el Estatuto de Roma (CJI/doc.360/10 rev. 1) y su *Informe complementario* (CJI/doc.374/11). Podem ser consultados em: <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/INFOANUAL.CJI.2011.ESP.pdf>

KLEFFNER, Jann, *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, En: *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, N° 1 (2003).

Manual para la Implementación del Estatuto de Roma en la Legislación Mexicana de la Comisión de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Pode ser consultada em: <http://www.cmdpdh.org/docs/manualcpi.pdf>.

MATURANA, Camila, *Una década después Chile se integra a lo Tribunal Penal Internacional*, En: *Latinoamérica al día*, Edición 1. Pode ser consultado em: http://www.coalitionfortheicc.org/documents/LAC_Update_Issue1_final.pdf.

A IMPLANTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA NO CONTINENTE AMERICANO: UM OLHAR SOBRE ALGUNS ESFORÇOS, AVANÇOS E DESAFIOS

FRANCESCA VARDA

Coordenadora para as Américas da *Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI)*.



66ª CARAVANA DA ANISTIA, PÚBLICO NA SESSÃO DE JULGAMENTO, MEMORIAL DA RESISTÊNCIA, SÃO PAULO/SP, 8 DE DEZEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



OS DESAFIOS DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. UM BALANÇO DOS 10 ANOS DA ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Sylvia Steiner

Juíza do Tribunal Penal Internacional, Presidente da Sala de Julgamento III¹

Ania Salinas Cerda

Assessora Legal da Sala de Julgamento III²

1. INTRODUÇÃO

Com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional (“TPI” ou “Tribunal”), as alternativas disponíveis para os Estados no momento de decidir a forma de enfrentar as atrocidades cometidas por seus nacionais, ou em seus territórios, foram restringidas dramaticamente. Até o presente momento – e sempre sob a égide da proteção à soberania nacional – os Estados acostumaram-se a enfrentar as mais graves violações ao direito internacional humanitário, ou aos direitos humanos, das mais diversas formas, dependendo das considerações pragmáticas, normativas ou sociopolíticas que tenham feito.

¹ As opiniões da autora não traduzem necessariamente a visão do Tribunal Penal Internacional.

² As opiniões da autora não traduzem necessariamente a visão do Tribunal Penal Internacional.

Assim, diferentes concepções sobre a função da pena, determinadas políticas de persecução penal, considerações econômicas ou institucionais, lutas de poder ou relações internacionais – ou uma combinação de todas elas – definiam o modo com que cada Estado enfrentava esses abusos. De dez anos para cá, a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma (“Estatuto”)³, em 1º de julho de 2002, isso mudou radicalmente.

Com efeito, ao ratificarem o Estatuto e se tornarem parte do tratado⁴, os Estados delegam voluntariamente ao TPI – mas de maneira condicional e somente para o caso de inatividade, incapacidade ou falta de vontade por parte desses mesmos Estados – parte de seu poder soberano para processar e punir os “crimes de tal gravidade [que] constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”⁵.

Ademais, em virtude do poder do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (“ONU”), ao qual, atuando de acordo com o disposto no capítulo VII da Carta da ONU⁶, é facultado remeter ao Tribunal as situações em que pareça ter havido o cometimento de um ou vários crimes sob sua jurisdição, sem qualquer limitação territorial ou pessoal, o Tribunal pode potencialmente intervir em assuntos relativos a Estados que não fazem parte do tratado, a partir da entrada em vigor do Estatuto⁷.

Por esse motivo, de acordo com o Estatuto, a relação entre o Tribunal e os Estados é baseada no princípio da complementaridade⁸. O caráter complementar do Tribunal tem sido reconhecido como o núcleo central e garantidor da permanência e do êxito do sistema criado na Conferência de Roma. O Estatuto reconhece que o direito e o dever de prevenir e reprimir os crimes internacionais correspondem, precípua e individualmente, a cada Estado. As jurisdições nacionais

3 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O texto do Estatuto de Roma foi distribuído como documento A/CONF.183/0, de 17 de julho de 1998, emendado pelos *procès-verbaux* de 10 de novembro de 1998, 12 de julho de 1999, 30 de novembro de 1999, 8 de maio de 2000, 17 de janeiro de 2001 e 16 de janeiro de 2002. O Estatuto entrou em vigor em 1º de julho de 2002. O texto completo do Estatuto, em português, encontra-se em anexo ao Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que ratificou e promulgou esse instrumento internacional. O texto do Estatuto, no original em inglês, encontra-se disponível na página eletrônica do Tribunal em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

4 Conforme o artigo 126, o Estatuto entrou em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia a partir do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação (parágrafo 1). No que se refere aos Estados que ratificarem o Estatuto depois do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, o Estatuto entrará em vigor, em relação a tal Estado, no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia a partir da data em que tenha sido depositado seu instrumento de ratificação. Para mais detalhes atualizados do *status* das ratificações, ver: <http://goo.gl/QfdF0> e <http://goo.gl/FjCA6>, que apresenta, ainda, detalhes das declarações feitas pelos Estados no momento de suas respectivas ratificações.

5 Parágrafo 3º do Preâmbulo do Estatuto de Roma.

6 O Capítulo VII da Carta da ONU (artigos 39 a 51) descreve os poderes do Conselho para atuar e tomar medidas em casos de ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão.

7 Ver artigo 13(b) em relação ao artigo 12(2) do Estatuto de Roma.

8 Parágrafo 10 do Preâmbulo: “*Sublinhando* que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”; e Artigo 1º: “(...) O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais (...)», Estatuto de Roma.

têm sempre competência prioritária para investigar e julgar todos aqueles crimes que, por sua extrema gravidade, são reconhecidos como transcendentais para a comunidade internacional como um todo.

Dessa forma, a complementaridade compreende, por um lado, o reconhecimento ao direito e ao dever de cada Estado de processar os crimes internacionais cometidos dentro de sua jurisdição e, por outro, o poder do Tribunal de intervir e complementar a ação dos Estados em caso de inércia, incapacidade ou inabilidade desses. Assim, o Tribunal está destinado a reforçar a obrigação primária dos Estados de prevenir e processar crimes internacionais.

É importante levar em consideração que, de acordo com o princípio da complementaridade, o Tribunal não está destinado a substituir as jurisdições nacionais. E, ainda, que tem como função preencher o vazio da impunidade que ocorre quando os Estados não investigam ou processam aqueles crimes que dizem respeito à comunidade internacional como um todo. De acordo com o disposto no Estatuto, a aspiração final é, sobretudo, que o sistema integrado de justiça internacional – formado pelo Tribunal e pelos Estados – ponha fim à impunidade, o que deve, por sua vez, conduzir à prevenção de novos crimes⁹.

Como veremos, particularmente em relação a esta dupla função punitiva-preventiva que foi confiada ao Tribunal, torna-se evidente que o complexo sistema de complementaridade criado pelo Estatuto aspira a ser muito mais que outra tentativa incompleta e fragmentada de resposta exclusivamente legal às atrocidades massivas. Desta forma, posto que o Tribunal tem, claramente, um mandato legal – é uma corte penal encarregada da função de julgar suspeitos do cometimento de crimes de lesa-humanidade, crimes de guerra e genocídio – seus criadores levaram em conta que o êxito do Tribunal depende diretamente de sua capacidade de enfrentar diversos desafios.

Por essa razão, e, particularmente, em relação ao princípio da complementaridade, os redatores do Estatuto conceberam, dentro do sistema, certa flexibilidade¹⁰. A partir da qual – embora sempre dentro do marco legal do Estatuto – existe uma margem de discricionariedade para que, principalmente o Procurador, mas também os Juízes, em certa medida, possam dirimir questões nas quais a análise objetiva da situação concreta mostra-se essencial.

Este artigo analisará os desafios que surgiram na aplicação prática do princípio da complementaridade durante os 10 primeiros anos de vigência do Estatuto e como tanto

9 Parágrafos 4-5 do Preâmbulo do Estatuto de Roma.

10 Holmes, J.T. (2002) "Complementarity: National Courts versus the ICC", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press, p. 685.

o Procurador como as Salas do Tribunal¹¹ têm respondido a algumas das questões que se apresentaram a exigir a interpretação e definição dos limites do princípio da complementaridade.

2. O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

Muitos já se debruçaram sobre o princípio da complementaridade, sobre os detalhes das discussões teóricas ocorridas durante os trabalhos preparatórios e sobre as dúvidas que permearam a aplicação prática desse princípio¹². Por esse motivo, não dedicaremos nosso

11 Não obstante o Decreto nº 4.388/02 utilize Seção de Instrução, Seção de Julgamento em Primeira Instância e Seção de Recursos para denotar os diferentes órgãos do Tribunal, entendemos que a nomenclatura utilizada neste artigo (Sala Preliminar, Sala de Julgamento e Câmara de Recursos) é mais próxima àquela utilizada em nosso sistema judicial, e mais se aproxima da versão original em inglês do Estatuto (Preliminary Chamber, Trial Chamber, Appeals Chamber.).

12 Ver, por exemplo: Holmes, J. T. (2002), pp. 667-686; HOLMES, J. T. (1999) "The Principle of Complementarity", en *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results*, Ed. Roy S. Lee, (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, pp. 52-56; Williams S. A. y Schabas W. A., (2008) "Article 17, Issues of admissibility", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Triffterer O., (Munich, Germany), Verlag C.H.Beck oHG pp. 605-625; Fronza, E. (2010), Principio di Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno, en *Introduzione al Diritto Penale Internazionale, Seconda edizione*, Ed. Amati E. et al., (Milano, Italia) Giuffrè Editore, pp. 39-75; Arsanjani, M. H. (1999) "Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanisms of the international Criminal Court", en *Reflections on the International Criminal Court*, Eds. von Hebel, H. et al., 57; Miskowiak, K. (2000), Complementarity between the International Criminal Court and national jurisdictions, en *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation* (Copenhagen, Denmark) Djof-Publishing, 45; Benzing, M., (2004) "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity", 7 M.P.Y.B. UN L. 591; Lattanzi, F. (2006) "Il Principio de Complementarità", en *La Corte Penale Internazionale, Organi - Competenza - Reati - Processo*, Eds. Lattanzi, G. y Monetti, V. (Milano, Italia), Giuffrè Editore, S.p.A., pp. 179-214; Bleich, J. L. (1997), "Complementarity", 13 *Nouvelles Etudes Pénales*, 231; Burke-White, W. W. (2004), "Complementarity in Practice: The International Court as Part of System of Multilevel Global Governance in the Democratic Republic of the Congo", 18 *Leiden J. Int'l L.* 557; Flores Aguirre, J.A. (2004), La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, en *American University International Law Review*, Volume 20 n 1, (Washington D.C., United States of America), 205; Troncoso Repetto, C. (2000), La Tribunal Penal Internacional y el Principio de la Complementariedad, en *Ius et Praxis*, año/volumen 6, número 2, Universidad de Talca (Talca, Chile), pp. 407-417; Rojo, E. C. (2005) "The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From 'No Peace Without Justice' to 'No Peace with Victor's Justice'", 18 *Leiden J. Int'l L.* 829; Dugard, J., (2002), "Possible Conflicts of Jurisdictions with Truth Commissions", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press p. 693; Fairlie, M. A., (2005) "Establishing Admissibility at the International Criminal Court: Does the Buck Stop with the Prosecutor, Full Stop?" 39 *Int'l Lawyer* 817; Gioia, F., (2006) "State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court", *Leiden J. Int'l L.* 1095; Gurulé, J. (2001-2) "United States Opposition to the Rome Statute Establishing an International Criminal Court: Is the Court's Jurisdiction Truly Complementary to National Criminal Jurisdictions?", 35 *Cornell Int'l L. J.* 1; Heller, K. J., "The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process", 17 *Crim. L.F.* 255; Klip, A. (2004), "Complementarity and Concurrent Jurisdiction" 19 *Nouvelles Etudes Pénales* 173; Kress, K. (2004), "'Self-Referrals' and 'Waivers of Complementarity': Some Considerations in Law and Policy", 2 *J. Int'l C. Just.* 944; Llewellyn, J. J. (2001), "A Comment on the Complementary Jurisdiction of the International Criminal Court: Adding Insult to Injury in Transitional Contexts?", 24 *Dalhousie L. J.* 192; Razesberger, F. (2006) *The International Criminal Court, The Principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften; Meyer, F. (2006), "Complementing Complementarity", 6 *Int'l C. L. Rev.* 549; Murphy, R. (2006), "Gravity Issues and the International Criminal Court", 17 *Crim. L.F.* 281; Newton, M. A. (2001), "Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court", 167 *Mil. L. Rev.* 20; Olásolo, H. (2005), "The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of the Office of the Prosecutor", 5 *Int'l C. L. Rev.* 121; Phillips, R. B. (1999), "The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility", 10 *Crim. L.F.* 61; Schabas, W. A. (2008), "Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 5-33; M. P. (1999), "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", 32 *Cornell Int'l L. J.* 507; Stahn, C. (2005), "Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court", 3 *J. Int'l C. Just.* 695; Stahn, C. (2008), "Complementarity: A Tale of Two Notions", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 87-113; Yang, L. (2005) "On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court", 4 *Chinese J. Int'l L.* 121; El Zeidy, M. (2006), "Some Remarks on the Question of the Admissibility of a Case during Arrest Warrant Proceedings before the International Criminal Court", 19 *Leiden J. Int'l L.* 1; El Zeidy, M. (2002), "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", 23 *Mich. J. Int'l L.* 869; El Zeidy, M. (2008), "The Gravity Threshold Under the Statute of the International Criminal Court", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 35-57; Ryngaert C., (2008), "Applying The Rome Statutes Complementarity Principle: Drawing Lessons From The Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle", Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.* pp. 153-180; White, W. W., (2008) "Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice", Vol. 19, No. 1 *Crim. L.F.* pp. 59-85; Pichon, J. (2008) "The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", *Int'l Crim. L. R. Vol.* 8, No. 1, pp. 185-228; Alford, S. (2008) "Some oughts on the Trial of Saddam Hussein: The Realities of the Complementarity Principle", *Int'l Crim. L. R. Vol.* 8, No. 3, pp. 185-228.

Em caso de desacordo, os Estados ou indivíduos afetados não podem, unilateralmente, ignorar a ação do Tribunal. Podem, contudo, impugnar sua competência.

breve estudo à repetição do que tantos já disseram anteriormente. Basta, por ora, ter em mente que, por meio do princípio da complementaridade, os redatores do Estatuto buscaram resguardar a faculdade punitiva soberana dos Estados, sem deixar de reconhecer, ao mesmo tempo, que, em determinadas circunstâncias, tal faculdade não pode ser exclusiva e excludente.

É igualmente necessária a existência de um órgão internacional – independente e permanente – com autoridade suficiente para intervir e, assim,

assegurar que crimes hediondos que comovem a consciência da humanidade sejam investigados e julgados, e seus atores sejam efetivamente submetidos à Justiça. Assim, a complementaridade foi estabelecida para representar, a um só tempo, “tanto um limite para o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional como uma salvaguarda para a soberania estatal.”¹³.

É muito importante levar em consideração o fato de que, de acordo com os artigos 17(1), 19(1) e 119 do Estatuto, o próprio Tribunal – e não os Estados – tem competência para determinar sua própria jurisdição e a admissibilidade – ou, como veremos adiante, a inadmissibilidade – de situações e casos. Desta forma, o Tribunal é o árbitro final que decide sua própria competência¹⁴ e, conforme decidido pela Sala Preliminar II, uma vez determinada sua jurisdição, corresponde ao Tribunal, e não às autoridades nacionais, interpretar e aplicar as normas relativas ao regime da complementaridade¹⁵. Em caso de desacordo, os Estados ou indivíduos afetados não podem, unilateralmente, ignorar a ação do Tribunal. Podem, contudo, impugnar sua competência, mas será o próprio Tribunal que decidirá definitivamente se lhe cabe ou não intervir¹⁶.

Por esse motivo, a fim de determinar os limites concretos do princípio da complementaridade, a jurisprudência do Tribunal tem recorrido aos critérios de inadmissibilidade, porquanto são esses que ajudam a determinar, em cada caso, se corresponde à Justiça nacional ou ao

13 Flores Aguirre, J.A. (2004) “La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos”, en *American University International Law Review*. Volume 20, nº 1. (Washington DC, United States of America), p. 205.

14 Holmes J. T. (2002), p. 672; Neroni Slade, T. y Clark, R. S. (1999) “Preamble and Final Clauses”, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Ed. Lee, R. S. (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, p. 431.

15 *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-377. “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute.” (Sala Preliminar II, 10 de março de 2009), parágrafo 45.

16 Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute, 1º de junho de 2012, ICC-01/11-01/11-163, parágrafo 37.

Tribunal o processamento dos feitos. Nesse sentido, a Sala Preliminar II determinou que “a admissibilidade pode ser entendida como a ferramenta que permite a implementação do princípio da complementaridade em um determinado cenário.”¹⁷ Desta forma, o marco jurídico central que determina o modo pelo qual o Tribunal complementa as jurisdições nacionais é formado basicamente pelos artigos 17, 18, 19, 20 e 53 do Estatuto.

Sem avançar na análise das margens que definem a jurisdição do Tribunal¹⁸, basta levar em conta que, uma vez determinado que uma situação ou caso¹⁹ encontra-se dentro dos parâmetros materiais, temporais e territoriais ou pessoais que definem a competência do Tribunal, é necessário analisar se a situação ou caso também é admissível. Como já se pronunciou a Câmara de Recursos, as questões de admissibilidade advêm de certas “barreiras” ao exercício da jurisdição pelo Tribunal²⁰. Com efeito, as normas de admissibilidade estabelecem os requisitos para que uma situação de crise que, em princípio, é da jurisdição do Tribunal, seja definitivamente subtraída da jurisdição primária de um Estado e passe a ser da competência do TPI.

Por outro lado, a fim de tornar os conceitos mais precisos, é necessário ter em mente que as fontes de inadmissibilidade não têm sua origem exclusivamente no regime da complementaridade. Com

17 *The Prosecutor v. Joseph Kony et al*, ICC-02/04-01/05-377, “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute” (Sala Preliminar II, 10 de março de 2009), parágrafo 34 [tradução do inglês realizada livremente pelas autoras].

18 Os parâmetros que definem se as situações de crise ou casos específicos são da jurisdição do Tribunal são os seguintes: (i) *ratione materiae*, determinada pelo artigo 5º do Estatuto, que especifica que o objeto material da jurisdição do Tribunal, vale dizer, os crimes sobre os quais o TPI tem jurisdição, são os crimes de genocídio, crimes de lesa-humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão. Os artigos 6º, 7º, 8º e 8º bis do Estatuto especificam as condutas que tipificam cada um dos crimes. A Assembleia dos Estados-Partes também definiu os elementos desses crimes por meio do documento denominado “Elementos dos Crimes”, adotado em 9 de setembro de 2002; (ii) *ratione temporis*, definida no artigo 11 do Estatuto, que dispõe que o Tribunal tem jurisdição apenas para processar os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto (1 de julho de 2002). Esta disposição deve ser analisada à luz dos artigos 13 e 24 e das limitações impostas pelos artigos 16 e 124 do Estatuto; (iii) os dois últimos parâmetros de jurisdição - pessoal e territorial - aplicam-se alternativamente. Vale dizer, basta que se cumpra um dos dois para que o TPI possa exercer sua jurisdição: (a) *ratione personae*, conforme os artigos 1º, 25 e 26 do Estatuto de Roma, segundo os quais o Tribunal tem jurisdição apenas sobre pessoas naturais. Ademais, de acordo com o parágrafo 2 letra b) do artigo 12, a competência pessoal do Tribunal é limitada ao exercício da jurisdição pessoal ativa, ou seja, quando a pessoa acusada seja nacional de um Estado-Parte ou nacional de um Estado que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal segundo o parágrafo 3 do artigo 12. Isso não se aplica aos casos em que a situação tenha sido remetida ao Procurador pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, de acordo com o artigo 13 letra b); e (b) *ratione loci*, regulamentada pelo artigo 12 do Estatuto. Segundo o parágrafo 2 do artigo 12 do Estatuto, quando uma situação em que um ou mais crimes sob jurisdição do Tribunal tenha sido remetido ao Procurador por um Estado-Parte ou o Procurador tenha iniciado diretamente uma investigação nos termos do artigo 15, a jurisdição do Tribunal estará confinada aos crimes cometidos no território de um Estado-parte ou no território de um Estado que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal de acordo com o parágrafo 3 do artigo 12 do Estatuto. Quando os crimes tenham sido cometidos a bordo de uma embarcação ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do veículo deve ser um Estado-Parte ou um Estado que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal. O parágrafo 1 do artigo 12 prevê o efeito lógico de se transformar em um Estado-Parte do Estatuto: implica aceitar a jurisdição do Tribunal. Adicionalmente, segundo o parágrafo 3 do artigo 12, um Estado que não seja Parte do Estatuto pode aceitar voluntariamente a jurisdição do Tribunal. Como no caso anterior, o parágrafo 2 do artigo 12 não pode ser aplicado quando a situação de crise tenha sido remetida ao Procurador pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em tais situações, o Tribunal terá competência para processar qualquer crime sob sua jurisdição material, tenham ou não sido cometidos no território de um Estado-Parte, ou por nacionais de um Estado-Parte. A única limitação à jurisdição será a temporal, já que o Tribunal não pode conhecer de fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma.

19 Os conceitos de “situação” (também chamada de “situação de crise”) e “caso” distinguem-se claramente um do outro. Uma “situação” envolve eventos que ocorreram ou estão ocorrendo em um determinado território, durante um período de tempo específico, no qual é possível presumir que um ou mais crimes sob a jurisdição do Tribunal foram ou estão sendo cometidos. Um “caso”, por sua vez, compreende ações específicas que constituem um ou mais crimes sob a jurisdição do Tribunal, supostamente cometidos por um ou mais sujeitos já particularmente individualizados. Ver, a esse respeito, Salinas Cerda, Ania e Sloan, James (2012) “The impact of the Distinction Between Situations and Cases on the Participation of Victims in the International Criminal Court”. In: *The Public in Law, Representations of the Political in the Legal Discourse*, Michelon, C et al. (eds.), (Ashgate Publishing Limited), pp. 236-237.

20 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision on the defence challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006”, (Câmara de Recursos, 14 de dezembro de 2006), parágrafos 21-23.

efeito, podemos extrair das disposições relevantes que as normas relativas à complementaridade em sentido estrito encontram-se reguladas nos artigos 17(1)(a) e (b), (2) e (3), 18 e 19 do Estatuto.

Os demais impedimentos que retiram um caso ou situação da jurisdição do Tribunal – posto também sejam fontes de inadmissibilidade – não se referem exclusivamente ao regime da complementaridade em sentido estrito, mas também a questões cujas distinções são específicas. Com efeito, os artigos (17)(1)(c) e 20 do Estatuto traduzem o princípio do *ne bis in idem*; e, por sua vez, o artigo 17(1)(d) do Estatuto regulamenta o chamado “patamar de gravidade”.

A jurisprudência do Tribunal referiu-se à análise das fontes de inadmissibilidade em sua totalidade como um “teste de admissibilidade”, indicando que o teste é composto de duas partes. A primeira, que se refere a investigações e processos judiciais nacionais – incluindo, assim, tanto a complementaridade no sentido estrito como o princípio do *ne bis in idem* – e a segunda, que se refere patamar de gravidade²¹.

Existe, ainda, um teste adicional que permite afastar do conhecimento do Tribunal certas questões que, em princípio, estariam sob sua jurisdição e seriam admissíveis; trata-se do chamado teste do *interesse da justiça*, regulamentado no artigo 53(1)(c) e (2)(c) do Estatuto²². Sem ignorar a extrema importância desse tema, em razão da limitada extensão deste artigo, adiante serão feitas referências somente ao que identificamos como complementaridade em sentido estrito. Vale dizer, não nos referiremos aqui ao princípio do *ne bis in idem*, ao patamar de gravidade, nem ao teste do interesse da justiça.

Nessa linha, de acordo com o princípio da complementaridade disposto no Estatuto, a condição para que o Tribunal exerça sua jurisdição é a inércia, incapacidade ou falta de vontade dos Estados para levar a cabo, realmente - ou “genuinamente”, para utilizar a terminologia contida na versão oficial em inglês²³ - a investigação ou o processo dos crimes de competência do Tribunal. Desta forma, o ponto de partida é a admissibilidade.

Uma situação que se enquadre nos parâmetros pessoais, territoriais e temporais que determinam que uma situação de crise seja incluída nos limites da jurisdição potencial do Tribunal será, em

21 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-8-Corr, “Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 68”, (Sala Preliminar I, 10 de fevereiro de 2006), parágrafo 29.

22 De acordo com a política da Procuradoria, “o teste dos interesses da justiça deve ser considerado apenas quando tenham sido feitos juízos positivos tanto em relação à jurisdição quanto à admissibilidade.” Ver: The Office of the Prosecutor. *Policy Paper on the Interests of Justice* [online]. Tribunal Penal Internacional, setembro de 2007, A Haia, acesso em: 10 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf>, p.2.

23 Ver nota de rodapé nº 39.



princípio, de sua competência e, portanto, “será admissível até que se prove existir uma fonte de inadmissibilidade.”²⁴ A admissibilidade é, assim, a regra e não a exceção.

Somente em casos excepcionais, o Tribunal poderá determinar que certas situações ou casos são inadmissíveis. A seguir, analisaremos as fontes de inadmissibilidade de acordo com o regime de complementaridade disposto no artigo 19 do Estatuto, segundo o qual o Tribunal, além de dever se certificar se tem jurisdição sobre o caso, pode determinar sua admissibilidade de ofício.

3. FONTES DE INADMISSIBILIDADE ORIUNDAS DO REGIME DA COMPLEMENTARIDADE

De acordo com o artigo 17(1)(a) e (b) do Estatuto, uma situação ou caso que se enquadre dentro dos parâmetros materiais, temporais e territoriais ou pessoais que determinam a jurisdição do Tribunal será, de toda sorte, inadmissível quando:

- (a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer.
- (b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer.

3.1 INVESTIGAÇÃO OU PROCESSAMENTO ATUAL

Como dito anteriormente, e diferentemente do que ocorria, por exemplo, com os tribunais *ad hoc*, a prioridade no processamento dos crimes de competência do Tribunal é dos sistemas penais nacionais. Assim, se um Estado está investigando ou levando a cabo um processo judicial em relação a alguma das condutas sujeitas à competência do Tribunal, a jurisdição será exercida

24 Cardenas Aravena, C. (2006) “The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of amnesties and truth commissions”, In: *Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the international criminal court-Amsterdam, 25/26 June 2004*, Eds. Kleffner, J.K. & Kor, G. (The Hague, The Netherlands), T. M. C. Asser Press, p. 116.





PÚBLICO NA APRESENTAÇÃO DO ESPETÁCULO FILHA DA ANISTIA,
TEATRO NACIONAL, BRASÍLIA/DF, 13 DE SETEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

pela corte nacional e o caso será inadmissível perante o TPI, a menos que se configurem as exceções que essa mesma norma contempla.

Conseqüentemente, os requisitos para que se opere essa hipótese, ficando o Tribunal impossibilitado de atuar, são: (i) a existência de uma investigação ou processo judicial; (ii) que tal investigação ou processo judicial tramite em um Estado que tenha jurisdição sobre o caso; e (iii) que não seja possível imputar ao Estado falta de vontade ou capacidade para levar a cabo a investigação ou processo judicial. A falta de vontade ou capacidade, por ser uma exceção comum às hipóteses das letras a) e b) do artigo 17 do Estatuto, será analisada mais adiante.

O primeiro requisito é, portanto, a existência de uma investigação ou processo judicial em curso na qual, como veremos a seguir com maiores detalhes, o Tribunal tem adotado, até agora, um *standard* de interpretação deveras restritivo, impondo a necessidade de que os procedimentos nacionais se refiram aos mesmos sujeitos e, de maneira específica, aos mesmos incidentes. Tal posicionamento exsurge particularmente a partir da decisão da Sala Preliminar I que, no caso *Lubanga*, indicou que “é *conditio sine qua non* para que um caso não seja admitido que



os procedimentos nacionais se refiram tanto ao mesmo agente quanto à mesma conduta sob exame pelo Tribunal.”²⁵.

Recentemente, nos casos do Quênia, a Câmara de Recursos indicou que o sentido das palavras “seja objeto de uma investigação” deve ser entendido no contexto no qual tal norma se aplica.²⁶ Quando da aplicação dos artigos 15 ou 53(1) do Estatuto aos procedimentos iniciais de investigação de uma situação de crise, ou do artigo 18 do Estatuto aos procedimentos preliminares de impugnação do exercício da jurisdição por parte do Tribunal, os limites dos casos posteriores ainda são desconhecidos.

Por outro lado, quando se trata de sua aplicação em relação à impugnação da admissibilidade de casos concretos (nos termos do artigo 19 do Estatuto), os limites dos casos já se encontram definidos quanto aos indivíduos e condutas imputadas. Portanto, “as investigações nacionais devem cobrir os mesmos indivíduos e substancialmente as mesmas condutas que aquelas imputadas nos procedimentos perante o Tribunal.”²⁷.

Quanto ao segundo requisito, conforme o texto do Estatuto, as investigações ou processos iniciados por *qualquer Estado* que tenha jurisdição, seja ele parte ou não do Estatuto, a princípio, inibem a ativação e o exercício da jurisdição por parte do Tribunal²⁸.

Um ponto importante a ser destacado é que a norma somente indica que o respectivo Estado deve ter jurisdição sobre o caso de que se trata e não a limita especificamente pelo princípio da territorialidade nem pela personalidade, seja ela ativa ou passiva. A ausência de tal limitação, tanto no artigo 17(1)(a) e (b) como no artigo 18(1) e (2) do Estatuto, poderia ser interpretada como um reconhecimento de que o exercício da jurisdição universal por qualquer Estado inibiria a atuação do Tribunal.

Nesse particular, uma vez que nem o texto do Estatuto nem as Regras de Procedimento e de Prova (“Regras”) não acolhem nem rejeitam expressamente tal interpretação, há quem se

25 ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, parágrafo 31. Ver também: *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, ICC-02/05-01/07-1 (27 de abril de 2007), ‘Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, parágrafo 24; ICC-01/04-01/07-55 (05 de novembro de 2007), ‘Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga’, parágrafo 20.

26 *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-274. “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’ (Câmara de Recursos, 30 de agosto de 2011), parágrafo 38.

27 ICC-01/09-02/11-274, parágrafo 39.

28 A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II. Diritto processuale* (Società editrice il Mulino, Bologna 2006), p. 42.

pronuncie a favor²⁹ e quem, embora sem se declarar explicitamente contrário à prevalência do exercício da jurisdição universal, interprete o sistema de modo distinto. E entenda que o Estatuto, diversamente, estabelece uma subsidiariedade entre a atuação do Tribunal e o exercício da jurisdição universal, também chamada “complementaridade reversa.”³⁰

Não obstante o afirmado anteriormente, é fundamental compreender que os procedimentos devem ser levados a cabo pelos Estados o que implica dizer que as investigações ou processos judiciais conduzidos por outros sujeitos de direito internacional público, como as Nações Unidas ou organizações não governamentais de qualquer tipo, não podem ser reconhecidas como geradoras de inadmissibilidade³¹.

3.2 INVESTIGAÇÃO FINALIZADA COM A DECISÃO DE NÃO INICIAR A AÇÃO PENAL

A hipótese da letra b) do artigo 17 difere da anterior porque, neste caso, trata-se de uma investigação realizada antes do início dos procedimentos perante o Tribunal, por um Estado com jurisdição sobre a questão, e que decidiu por não inaugurar a respectiva ação penal contra o sujeito responsável.

Dessa forma, os requisitos para que se verifique esta hipótese de inadmissibilidade apresentam algumas nuances distintas da anterior. As condições são as seguintes: (i) a existência de uma investigação prévia ao início dos procedimentos perante o Tribunal; (ii) realizada por um Estado com jurisdição; (iii) que esse mesmo Estado tenha decidido não dar início à ação penal contra o sujeito responsável; e, (iv) que não seja possível reputar ao Estado falta de vontade ou incapacidade de levar adiante a investigação ou o processamento judicial. Em relação ao segundo requisito, fazemos menção ao que já foi dito previamente. Mas o quarto requisito será analisado adiante, conjuntamente para ambas as hipóteses.

No tocante à exigência da necessidade de uma investigação prévia, alguns crêem que ela seria cumprida apenas por meio de uma pesquisa sistemática, no interior do sistema de justiça penal

29 Ver, por exemplo, M Delmas-Marty (2006), *Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of trial at the ICC*, 4 *Journal of International Criminal Justice* 6; United Nations Secretary-General, ‘Report of the International Commission of inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004’ (United Nations Secretary-General, Geneva, 25 January 2005), parágrafo 610; International Criminal Court, ‘Informal Expert Paper: The principle of complementarity in practice’ (Tribunal Penal Internacional, Gabinete do Procurador, 2003), parágrafo 75.

30 E Malarino (2006), *Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana*, In: *Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Tribunal Penal Internacional*, Ed. K Ambos, E Malarino y J Woischnik, (Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo), p. 489; F Razesberger (2006), *The International Criminal Court. The Principle of Complementarity* (Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 2006), p. 38.

do respectivo Estado, capaz de cobrir todas as circunstâncias que configurariam um fato típico de um crime internacional sob a jurisdição do TPI³². Embora o texto do artigo, nesta parte, não se refira a “inquéritos judiciais”³³, a norma deve ser interpretada de acordo com seu objeto e finalidade, em relação a seu contexto³⁴, observando-se o disposto nos números 2 e 3 do mesmo artigo 17, que regulamentam as exceções de falta de vontade e incapacidade especificamente no que se refere a processos judiciais e a condições dos sistemas de justiça nacional.

Além disso, há registros dos trabalhos preparatórios que indicam que “as disposições sobre complementaridade do Estatuto fazem referência a investigações criminais. Logo, quando tais investigações não existem, o Tribunal está livre para agir.”³⁵. Mas, ainda que se presuma que as investigações devem ser levadas a cabo dentro do sistema de justiça penal, surgem dúvidas sobre a suficiência da investigação realizada, por exemplo, somente pela polícia³⁶ ou se é necessário sempre intervenção judicial ou da Procuradoria do país³⁷. Outra parte da doutrina, minoritária, entende que uma investigação conduzida, por exemplo, por uma Comissão da Verdade poderia ser uma fonte suficiente de inadmissibilidade³⁸.

Em relação à necessidade de que, uma vez terminada a investigação, seja o próprio Estado que decida não iniciar a ação penal, existem importantes questões ainda sem resposta. Porquanto, até o presente momento, não foi submetida nenhuma situação em que o Tribunal tenha delimitado com precisão o verdadeiro alcance deste requisito. Entre outras, surge a dúvida se bastaria que a decisão de não iniciar a ação penal parta do poder executivo (no caso de anistia, por exemplo) ou se é sempre necessária uma decisão judicial ou aprovação do Parlamento.

Parece, em todo caso, importante salientar que a norma expressamente requer uma investigação prévia à decisão de não iniciar a ação penal. Como consequência, em princípio, um acordo de

32 A. Salinas (2009). «Principio de Complementariedad en la Política Persecutoria del Fiscal de la Tribunal Penal Internacional». In: *Rule of Law and Fundamental Rights of Citizens: The European and American Conventions on Human Rights*. European Law Series SCIII (Esperia Publications Ltd., Londres), p. 294.

33 O termo inquérito judicial é utilizado aqui sem a pretensão de definir sua natureza, sob a perspectiva da existência, na doutrina e no Supremo Tribunal Federal, de inquéritos de natureza criminal judiciais (conduzidos pelo magistrado) e policiais (conduzidos pela polícia e encaminhados ao Ministério Público). Exclui-se, por óbvio, o inquérito judicial falimentar e o trabalhista, previstos no Direito brasileiro.

34 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 31.

35 Holmes, *op. cit.*, p. 77.

36 Na situação do Quênia, por exemplo, a fim de demonstrar que existiam investigações pendentes, o Estado apresentou, no procedimento de admissibilidade perante a Sala Preliminar II, uma carta que instruía a polícia a iniciar as investigações. A Sala não se manifestou sobre a validade de tais investigações, porquanto a carta foi enviada posteriormente ao início dos procedimentos de inadmissibilidade, mas, no futuro, tal situação pode ocorrer. Ver *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-96. “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute” (Sala Preliminar II, 30 de maio de 2011), parágrafo 62.

37 Além da existência de algumas ações diretas de inconstitucionalidade tramitando junto ao Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral no RE nº 593.727, em que se discute a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório de natureza penal pelo Ministério Público.

38 Ver, por exemplo, Cárdenas, *op. cit.*, p. 129.

paz, em que se outorguem anistias sem a existência de investigações, não cumpriria com os requisitos do artigo 17(1)(b) do Estatuto. E, portanto, não tornaria o caso inadmissível perante o Tribunal.

4. EXCEÇÕES ÀS FONTES DE INADMISSIBILIDADE

Como dito anteriormente, as duas fontes de inadmissibilidade oriundas do regime da complementaridade têm como exceção comum o “fato de esse Estado não ter vontade de dar início aos procedimentos criminais ou sua incapacidade real para o fazer”³⁹. Conciliando os diversos textos originais do Estatuto, levando-se em conta o objeto e a finalidade deste, diremos que as exceções se configuram quando o Estado *carece de vontade* ou *é incapaz* de levar adiante as investigações ou processos judiciais.

Veremos, a seguir, com maiores detalhes, cada um dos elementos que configuram estas exceções.

4.1 FALTA DE VONTADE

A determinação do conceito de ‘vontade’⁴⁰ do respectivo Estado, tal como expresso nesta exceção de inadmissibilidade, foi tida como complexa desde o início. Com efeito, em razão do forte conteúdo subjetivo que o conceito de ‘vontade’ encerra, as negociações durante a Conferência de Roma foram direcionadas em “dessubjetivar” a referida exceção. Entendia-se necessário reduzir ao máximo a discricionariedade do Tribunal para determinar a falta de vontade dos Estados e buscar critérios objetivos, nos quais o TPI pudesse fundamentar suas conclusões⁴¹.

39 Sem prejuízo do valor da interpretação dos textos originais em diversas línguas, especialmente neste ponto, é fundamental ter em mente o texto do Estatuto, ao menos em suas versões oficiais em inglês e em francês. O texto em inglês prescreve: ‘State is *unwilling or unable genuinely* to carry out the investigation or prosecution’; em seu turno, o texto em francês indica: ‘État n’ait pas la *volonté* ou soit dans l’*incapacité* de mener *véritablement* à bien l’enquête ou les poursuites’. O original em espanhol foi assim redigido: ‘Este [Estado] *no esté dispuesto* a llevar a cabo el enjuiciamiento o *no pueda realmente* hacerlo.’ Em português, no Brasil, ‘Estado não ter *vontade* de proceder criminalmente ou da sua *incapacidade real* para o fazer. Em português de Portugal: ‘Estado não ter *vontade* de proceder criminalmente ou da sua *incapacidade efectiva* para o fazer’. O original em espanhol, assim como as versões em português, seja a brasileira (Decreto nº 4.388/02), seja a portuguesa (Decreto do Presidente da República nº 2/02), dão a entender que apenas a incapacidade de proceder com as investigações deve ser tida por real ou efetiva, e não a vontade. Fazendo o devido cotejo com os originais em inglês e francês, percebe-se que o legislador originário não diferenciou a efetividade ou a real aparência para os elementos de vontade ou de incapacidade, como será visto mais adiante.

40 O texto original em espanhol foi redigido com o termo ‘falta de disposición’, apesar de as demais traduções oficiais do Estatuto sempre apresentarem o equivalente, em português, à ‘falta de vontade’. A diferença entre esses termos, de acordo com o dicionário da Real Academia Española, reside no fato de que, apesar de denotarem uma relação de consequencialidade, a vontade é o elemento subjetivo anterior e necessário para que exista a disposição, que se traduz no ato por meio do qual se executa a vontade.

41 Holmes, *op. cit.*, pp. 52-56.



Assim, decidiu-se por estabelecer determinadas condições precisas e objetivas que observassem a necessidade de se ajustarem às ‘normas do devido processo legal reconhecidas pelo direito internacional’ como critério imparcial e orientador das definições de tais circunstâncias⁴². O parágrafo 2 do artigo 17 foi, portanto, redigido nos seguintes termos:

“2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;

b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;

c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.

Entretanto, apesar dos esforços para evitar ao máximo a subjetividade, as referidas exceções ainda dão ensejo a diversas possibilidades de interpretação. Por exemplo, ainda pende de definição o verdadeiro alcance do termo “subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal”. Poder-se-ia, por exemplo, considerar que uma pena muito baixa implica subtrair a responsabilidade penal de um sujeito? A mesma situação ocorre com termos como “demora injustificada” e até que ponto tal demora pode ser tida como “incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça”. Da mesma forma, a determinação dos limites da “independência” e “imparcialidade” de um processo judicial pode ensejar diversas interpretações.

Além disso, há hipóteses que não foram contempladas no texto legal e que podem gerar dúvidas adicionais. Com efeito, pode-se apresentar como exemplo uma situação em que existam diferentes graus de vontade dentro de um mesmo Estado ou diferenças entre os Poderes de um Estado. Seria o caso hipotético em que o Poder Judiciário entende que o processo deve seguir adiante, frente a um Poder Executivo que determine o término dos procedimentos, nos casos

42 *Idem, ibidem.*

É importante salientar que, apesar de não ser diretamente rejeitada, tal interpretação não foi, até o presente momento, confirmada pela Câmara de Recursos, nem seguida por outras Salas do Tribunal.

em que o regime legal do Estado permita essa intervenção entre os dois Poderes.

Dessa forma, a falta de vontade em um dos poderes do Estado pode gerar “inabilidade” em outro, que pode estar promovendo esforços genuínos para investigar ou processar. Em todo caso, como sugerem alguns, a fim de alcançar a tão aspirada objetividade, a análise dos elementos de inadmissibilidade deve focar estritamente em questões procedimentais e institucionais, e não em resultados substantivos⁴³.

De acordo com o que ficou decidido pela Sala de Julgamento III, “a inabilidade ou falta de vontade que é relevante é aquela do Estado (em oposição aos juízes das cortes nacionais)”⁴⁴. Aqui, a melhor interpretação aponta para a conclusão de que “Estado” deve ser entendido como a autoridade nacional, única capaz de dialogar diretamente com o TPI, cujo papel é geralmente exercido pelo Poder Executivo. Cabe apontar que tal entendimento permanece, não tendo sido, ainda, reanalisado pelo Tribunal.

Em uma interessante interpretação das disposições mencionadas, a Sala de Julgamento II, no caso contra *Germain Katanga*, assinalou que a falta de vontade refere-se à “ausência de intenção por parte do respectivo Estado em trazer a pessoa em causa à justiça”⁴⁵. Ademais, a Sala indicou que a falta de vontade não se manifesta somente na disposição de obstruir o curso dos procedimentos a nível nacional, mas também existiria uma segunda falta de vontade, que não está expressamente disposta no artigo 17 do Estatuto. Trata-se da vontade de um Estado de que a pessoa seja posta à disposição da justiça perante suas cortes nacionais, mas que, ao mesmo tempo, permite e encoraja que seja julgada por outros tribunais.

Portanto, a Sala de Julgamento II indicou que “Um Estado que decide não investigar ou processar uma pessoa perante suas próprias cortes, mas que tem plena intenção de ver a justiça feita, deve ser considerado como carente de vontade nos termos do artigo 17.”⁴⁶. É importante salientar

43 *Idem, ibidem.*

44 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-802, “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”, (Sala de Julgamento III, 24 de junho de 2010), parágrafo 246.

45 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1213. “Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)”, (Sala de Julgamento II, 16 de junho de 2009), parágrafo 76.

46 ICC-01/04-01/07-1213, parágrafo 77.



que, apesar de não ser diretamente rejeitada, tal interpretação não foi, até o presente momento, confirmada pela Câmara de Recursos, nem seguida por outras Salas do Tribunal.

4.2 INCAPACIDADE OU INABILIDADE

A incapacidade ou inabilidade de um Estado para, efetivamente, levar a cabo investigações e processos encontra-se delimitada no parágrafo 3 do artigo 17, que, a seguir, se transcreve:

A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade⁴⁷ desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Neste ponto, o Comitê de Assessores Especialistas da Procuradoria do TPI, em seu informativo do ano 2003, assinalou que, apesar da avaliação de inabilidade ser provavelmente menos complexa do que a determinação da falta de vontade, ela pode ser igualmente sensível caso as autoridades do respectivo Estado entendam ser capazes de levar a cabo os procedimentos e têm a vontade de fazê-lo⁴⁸.

O mesmo informativo sugere que o colapso – ou a falta de disponibilidade dos sistemas judiciais – deve ser entendido em sentido amplo, e também se configuraria naqueles casos em que o Estado não é capaz de fazer comparecer acusados e testemunhas, nem colher provas, ou ainda quando não está em condições de levar o processo adiante.

Fatos e evidências relevantes para determinar esse tipo de incapacidade podem ser, por exemplo, a falta de pessoal, de juízes, de investigadores ou de procuradores em quantidade suficiente; a falta de infraestrutura judicial; a falta de legislação penal material ou processual que implemente o Estatuto; a falta de acesso aos recursos legais; a obstrução da justiça por elementos alheios ao controle do Estado; e, a existência de anistias ou imunidades⁴⁹.

A Procuradoria, ademais, indicou, em seu informativo sobre política do ano de 2003, que “o que esta norma considera são casos de falta de governo central ou estado de caos devido aos

47 Aqui também se pode ver o problema existente entre as diversas versões oficiais e traduções do Estatuto, já que, na opinião das autoras, “unavailability of nacional judicial system” refer-se mais à incapacidade do sistema judicial nacional em levar adiante uma ação penal do que à sua ‘indisponibilidade’, como consta da tradução para o português. É em razão da incapacidade em sentido estrito, e não de eventual colapso do sistema judicial ou sua indisponibilidade que a existência, por exemplo, de legislação de implementação dos crimes do Estatuto, ou a concessão de anistias, impediriam o sistema judicial nacional de atuar.

48 Office of the Prosecutor. *The Principle of Complementarity in Practice*, p. 15.

49 *Idem, ibidem*.

conflitos, crises ou desordem pública que leva ao colapso dos sistemas nacionais, o que impediria o Estado de se desincumbir de seus deveres de investigar e processar os crimes sob a jurisdição do Tribunal.”⁵⁰.

É assim importante levar em consideração que, de acordo com o texto do Estatuto, apesar de a capacidade do Estado relacionar-se precipuamente com a capacidade física ou *de facto*, pode existir, ainda, uma incapacidade jurídica ou *de iure* no caso de alguns Estados. Mais precisamente, no caso em que estes pertencerem a uma tradição que reconhece o princípio estrito da legalidade em matéria penal, poderiam se achar impedidos de atuar quando suas legislações internas não contemplem os tipos penais do Estatuto⁵¹.

Durante os dez primeiros anos de funcionamento do Tribunal, a incapacidade dos sistemas nacionais para lidar com crimes internacionais tem sido, sem dúvida, a principal fonte de ativação da jurisdição do Tribunal. Com efeito, a incapacidade foi a hipótese que os próprios Estados reiteradamente invocaram para remeterem ao Tribunal – em aplicação à norma do artigo 13(a) do Estatuto – situações em que se sabia que um ou mais crimes de competência do TPI tenham sido cometidos. Ainda que tais Estados contassem com sistemas judiciais em funcionamento, alegaram que se encontravam incapacitados de perseguir os responsáveis pelos crimes de competência do Tribunal.

Nesse sentido, na comunicação por meio da qual o Presidente da República Democrática do Congo, Joseph Kabila, remeteu ao Procurador a situação dos diversos crimes ocorridos em seu país desde julho de 2002, está assinalado que:

“Em razão da situação particular por que passa meu país, as autoridades competentes não estão, infelizmente, em condições de levar a cabo investigações sobre os crimes mencionados acima, nem de iniciar os procedimentos necessários sem o auxílio do Tribunal Penal Internacional.”⁵².

Do mesmo modo, na situação de Uganda, a Sala Preliminar II, ao exarar os mandados de prisão de Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen, cita diversos parágrafos de um documento trazido pela Procuradoria na solicitação da ordem, denominado:

50 Office of the Prosecutor. *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, p. 4.

51 Ver Fronza, *op. cit.*, p. 45. Ver tb. nota 47.

52 ICC-01/04-01/06-32-US-Exp-AnxA1 (3 de março de 2004). “Letter from Mr. Joseph Kabila”. Disponível em: <http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc191858.pdf>

“(...)'Carta de Jurisdição' de data 28 de maio de 2004, por meio da qual 'o governo de Uganda declarava que tinha sido incapaz de prender as pessoas que podiam ter a maior responsabilidade pelos crimes na situação referida'; que 'o TPI era o foro mais apropriado e efetivo para a investigação e processamento daqueles considerados mais responsáveis' por esses crimes; e que o governo de Uganda 'não conduziu nem pretende conduzir procedimentos nacionais em relação às pessoas mais responsáveis'”⁵³.

Da mesma forma, no caso da República Centro-Africana, o Procurador, ao comunicar sua decisão de abrir investigações em 22 de maio de 2007, deixou expresso que, durante o extenso exame preliminar realizado pela Procuradoria – logo após a situação de crise ter sido remetida ao Tribunal pelo próprio governo do país em 22 de dezembro de 2004 – daria seguimento à investigação por parte do TPI, mesmo diante da existência de processos em curso perante os tribunais nacionais. Sua decisão foi fundamentada em uma declaração da Corte de Cassação do referido país, que afirmou que “as autoridades nacionais eram incapazes de levar adiante os procedimentos criminais necessários, especialmente em relação a coleta de provas e detenção do acusado.”⁵⁴.

Uma questão importante, que as Salas deverão definir no futuro, diz respeito à relação entre os conceitos de 'capacidade' e 'vontade' dos Estados. Com efeito, até agora a vontade de referir situações ao Tribunal tem sido aceita como hipótese suficiente para ativar sua jurisdição, não obstante a existência de dúvidas sobre a existência objetiva, a nível nacional, de capacidade para lidar com essas situações. Entretanto, no caso da Líbia, por exemplo, o cenário que se prevê é exatamente o oposto, ou seja, um Estado que demonstra sua vontade de exercer a jurisdição, mas cuja real capacidade de levar a cabo os procedimentos está por ser analisada.

Do mesmo modo, as Salas também deverão se posicionar quanto ao equilíbrio entre as determinações de capacidade e de vontade dos Estados e os direitos e interesses dos acusados e/ou suspeitos. É possível prever a possível ocorrência da situação de um Estado com capacidade e vontade de investigar ou processar determinado indivíduo, mas, que por razões alheias a tal capacidade ou vontade – risco de aplicação de pena de morte ou outras, por exemplo –, o acusado prefira optar por ser julgado perante o TPI.

53 *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-53, “Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued on 8 July 2005 as amended on 27th September 2005” (Sala Preliminar II, 27 de setembro de 2005), parágrafo 37; *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-54, “Warrant of Arrest for Vincent Otti”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 37; *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/01-05-55, “Warrant of Arrest for Raska Lukwiya”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 25; *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-56, “Warrant of Arrest for Okot Odhiambo”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 27; e *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-57, “Warrant of Arrest for Dominic Ongwen”, (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005), parágrafo 25.

54 Office of the Prosecutor, Background Situation in the Central African Republic, ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN, de 22 de maio de 2007, disponível em: <http://goo.gl/L4wFX>.

Em sentido oposto, pode ocorrer a situação em que o Estado, tendo a capacidade para levar a cabo uma investigação ou processo, decide remeter a situação ao TPI. Mas o acusado, a fim de manter contato com sua família ou cultura, por exemplo, prefere ser julgado na esfera nacional por seu juiz natural. Novamente, as respostas a possíveis dilemas não se encontram no marco legal nem do Estatuto, nem das Regras. Serão, portanto, definidas pela jurisprudência do Tribunal.

4.3 ALCANCE DO CONCEITO “GENUINAMENTE”

Um ponto importante que merece o devido relevo trata das implicações que a incorporação do termo “*genuinely*” no original em inglês, “*véritablement*” no original em francês, “*realmente*” no original em espanhol e “*real*” ou “*efectiva*” nas versões em português do Brasil e de Portugal, respectivamente, traz sobre as exceções às hipóteses de inadmissibilidade. Em todos os textos referidos, o termo é mencionado logo após a referência à ‘capacidade’ ou à ‘habilidade’ do Estado de levar a cabo a investigação ou a ação penal⁵⁵. Apesar disso, o termo parece referir-se a ambas as hipóteses de inadmissibilidade, vale dizer, tanto à falta de vontade como à falta de capacidade.

A Procuradoria tem interpretado o conceito como uma forma de restringir as categorias de procedimentos nacionais que demandam deferência por parte da Corte. Assim, existiria uma exigência de qualidade objetiva para com os procedimentos nacionais, porquanto eles não poderiam ser considerados “genuínos” se tiverem sido feitos de maneira extremamente inadequada⁵⁶.

Para alguns autores, a inclusão do termo “genuinamente nesta norma implicaria que os Estados estariam compelidos a assegurar, a nível nacional, que se cumpram os *standards* mínimos de investigação e processamento requeridos pelo Estatuto, devendo incorporar em seu sistema interno normas e procedimentos consistentes com seus objetivos; do contrário, os Estados incorreriam em responsabilidade internacional.”⁵⁷ Para outros, o Estatuto não contém nenhuma obrigação precisa a esse respeito.

Os Estados não estão obrigados, mas apenas recebem um “incentivo” – a fim de manter sua competência para conhecer os crimes previstos no Estatuto – para ajustar suas legislações e procedimentos aos *standards* internacionais. Os Estados continuam sendo livres para decidir a oportunidade e forma como farão tal ajuste, sujeitos tão-somente ao risco de que a falta ou

55 Ver nota de rodapé 35.

56 Office of the Prosecutor. *The Principle of Complementarity in Practice*, p. 8.

57 Ver Jensen, R. “Complementarity, ‘Genuinely’ and article 17: assessing the boundaries of and effective ICC”. In: “*Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the International Criminal Court - Amsterdam, 25/26 June 2004*”, Jaan K. Kleffner & Gerben Kor (A Haia, Países Baixos), Asser Press, pp. 147-170.



insuficiência dessa adequação possa ser considerada inabilidade ou falta de vontade, privando-lhes, assim, de sua jurisdição primária para reprimir tais ilícitos⁵⁸.

Se, por outro lado, o advérbio “genuinamente” se refere também à hipótese de “falta de vontade de um Estado” em atuar genuinamente, há que levar-se em conta, também, se a investigação ou julgamento pelas instâncias nacionais atendem aos *standards* mínimos exigidos pela própria legislação nacional. Assim, se a investigação ou julgamento fogem às regras processuais vigentes; ou se o juízo encarregado do caso não é o juízo natural; ou se a demora no processamento é injustificada em face das circunstâncias; é possível concluir-se pela existência do denominado “sham trial”, ou julgamento de fachada, o qual se destina muito mais à subtrair o acusado de sua responsabilidade penal do que a levar a cabo uma investigação ou um processo penal justo. Portanto, confirma-se uma hipótese de falta de “vontade genuína” de atuar, mais detalhadamente explicitada no parágrafo 2 e alíneas do artigo 17.

5. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE COMPLEMENTARIDADE DURANTE OS PRIMEIROS DEZ ANOS DE VIGÊNCIA DO ESTATUTO

Como se viu claramente na análise das normas referidas anteriormente, a complexidade do sistema de complementaridade estabelecido pelo Estatuto representa um enorme desafio para a sua aplicação prática. As dúvidas superam as certezas e caberá à jurisprudência do Tribunal determinar os parâmetros para a sua aplicação. A seguir, faremos um breve apanhado das diversas situações e casos – e das circunstâncias concretas de cada um deles – nas quais a regra da complementaridade tenha sido aplicada durante os dez primeiros anos de funcionamento do Tribunal.

Durante esse período, o Tribunal iniciou investigações em sete situações de crise: Uganda, República Democrática do Congo (RDC), Darfur-Sudão, República Centro-Africana (RCA), Quênia, Líbia e Costa do Marfim. Três destas situações (Uganda, RDC e RCA) são oriundas de auto-remessas feitas pelos próprios Estados afetados⁵⁹. Em relação a outras duas (Darfur - Sudão

58 Salinas, *op. cit.*, p. 303.

59 De acordo com os artigos 13(a) e 14 do Estatuto. Em relação à situação de Uganda, em dezembro de 2003, o Presidente de Uganda, Yoweri Museveni, remeteu ao Procurador do Tribunal “a situação relativa ao grupo rebelde *Lord’s Resistance Army* (LRA).” Em 29 de julho de 2004, o Procurador do Tribunal decidiu abrir uma investigação a respeito da “situação relativa a Uganda do Norte”, quer dizer, não somente em relação aos crimes cuja prática fora imputada ao LRA, mas também em relação a toda a situação de crise. ICC, Press Releases,

e Líbia), o Conselho de Segurança da ONU valeu-se de seu poder para remeter⁶⁰ ao Tribunal as situações em que crimes de sua competência foram alegadamente cometidos em – ou por nacionais de – Estados que não fazem parte do Estatuto⁶¹. Por último, o Procurador foi autorizado a abrir investigações *proprio motu* em relação a outras duas situações de crise (Quênia e Costa do Marfim)⁶².

Na situação de Uganda, em julho de 2005, a Sala Preliminar II emitiu cinco mandados de prisão contra os mais altos membros do grupo rebelde *Lord's Resistance Army* (LRA)⁶³, os quais ainda não foram cumpridos. Tendo em vista as notícias sobre a existência de negociações de paz entre

2004: *President of Uganda refers situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC* [online], ICC-20040129-44 [acesso em 26 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/YsdDH>; e *Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda* [online], ICC-OTP-20040729-65 [acesso em 26 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/x6EdM>. Em relação à situação da República Democrática do Congo (RDC), datada de 3 de março de 2004, o Presidente da República, Joseph Kabila, remeteu «*la situación qui se déroule dans mon pays depuis le 1er juillet 2002, dans laquelle il apparaît que des crimes relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale ont été commis*», ver: ICC-01/04-01/06-32-Anx1. Em 23 de junho de 2004, o Procurador do Tribunal decidiu dar início à primeira investigação do Tribunal, em relação aos graves crimes supostamente cometidos no território da RDC desde 1º de julho de 2002. ICC, Press Releases, 2004: *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation*, ICC-OTP-20040623-59 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/XrlRA>. Em relação à situação da República Centro-Africana (RCA), em 7 de janeiro de 2005, o Procurador do Tribunal acusou o recebimento de uma carta do governo da RCA remetendo ao Tribunal a situação dos crimes cometidos em qualquer lugar do território daquele país a partir de 1º de julho de 2002. ICC, Press Releases, 2005: *Prosecutor receives referral concerning Central African Republic*, ICC-OTP-20050107-86 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/RjO6R>. Em 22 de maio de 2005, o Procurador do Tribunal decidiu iniciar uma investigação na RCA. ICC, Press Releases, 2005: *Prosecutor opens investigation in the Central African Republic*, ICC-OTP-20070522-220 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em <http://goo.gl/mJBPO>.

60 Apesar de o Decreto n° 4.388/02 utilizar o verbo “denunciar” para denotar esse tipo de situação, preferimos utilizar o vocábulo “remeter” e suas variações, tendo em vista que não se trata de uma denúncia propriamente dita, no sentido técnico-jurídico do termo.

61 De acordo com o artigo 13(b) combinado com o artigo 12(2) do Estatuto. Em relação à situação no *Sudão*, por meio da Resolução n° 1593, de 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança das Nações Unidas remeteu ao Procurador do Tribunal a situação em Darfur sobre eventos ocorridos a partir de 1º de julho de 2002. Ver documento disponível em: <http://goo.gl/cYV3H>. Em 6 de junho de 2005, o Procurador do Tribunal decidiu iniciar investigações sobre a situação em Darfur, Sudão. ICC, Press Releases, 2005: *The Prosecutor of the ICC opens investigation in Darfur*, ICC-OTP-0606-104 [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/kWRJy>. Em relação à situação na Líbia, por meio da Resolução n° 1970, de 26 de fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança das Nações Unidas remeteu ao Procurador do Tribunal a situação na Líbia sobre eventos ocorridos a partir de 15 de fevereiro de 2011. Ver documento disponível em: <http://http://goo.gl/gYK4Z>. Em 3 de março de 2011, o Procurador do Tribunal anunciou a abertura de investigações na Líbia. ICC, Press Releases, 2011: *ICC Prosecutor to open an investigation in Libya* [acesso em 29 de agosto de 2012], disponível em: <http://goo.gl/njdNy>.

62 De acordo com os artigos 13(c) e 15 do Estatuto. Em relação à situação no *Quênia*, em 26 de novembro de 2009, pela primeira vez na história do Tribunal, o Procurador solicitou autorização da Sala Preliminar para iniciar uma “investigação sobre a situação da República do Quênia em relação à violência pós-eleitoral dos anos 2007-2008.” Ver: *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-3, “Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15” (Gabinete do Procurador, 26 de novembro de 2009). A Sala Preliminar II autorizou, em 31 de março de 2010, a abertura das investigações em relação aos crimes de lesa-humanidade sob a jurisdição do Tribunal cometidos entre 1º de junho de 2005 e 26 de novembro de 2009. Ver: *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya” (Sala Preliminar II, 31 de março de 2010). Em relação à situação da *Costa do Marfim*, em 18 de abril de 2003, o Ministro das Relações Exteriores, Mamadou Bamba, atuando em representação ao governo, aceitou a competência do Tribunal, nos termos do artigo 12(3) do Estatuto, ou seja, sem ser um Estado Parte, em relação aos crimes cometidos em seu território a partir de 19 de setembro de 2002. A aceitação foi feita com período indeterminado e com efeito imediato a partir do envio da correspondência. Ver documento disponível em: <http://goo.gl/mxcTM>. Da mesma forma, o novo governo da Costa do Marfim, em 14 de dezembro de 2010, confirmou a aceitação da competência do Tribunal e comprometeu-se a cooperar, em particular em relação aos crimes cometidos a partir de março de 2004. Ver documento disponível em: <http://goo.gl/lqhVS>. Em 23 de junho de 2011, o Procurador solicitou autorização da Sala Preliminar para iniciar uma “investigação sobre a situação da República da Costa do Marfim em relação à violência pós-eleitoral a partir de 28 de novembro de 2010.” Ver: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-3, “Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15” (Gabinete do Procurador, 23 de junho de 2011). A Sala Preliminar II autorizou o início das investigações em 3 de outubro de 2011, em relação aos crimes sob a jurisdição do Tribunal cometidos a partir de 28 de novembro de 2010. Ver: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-14, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire” (Sala Preliminar III, 3 de outubro de 2011). Posteriormente, e em consideração às informações adicionais trazidas pelo Procurador, a Sala Preliminar III ampliou o marco da autorização para compreender os crimes sob a jurisdição do Tribunal cometidos entre 19 de setembro de 2002 e 28 de novembro de 2010. Ver: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-36, “Decision on the ‘Prosecution’s provision of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010’” (Sala Preliminar III, 22 de fevereiro de 2012).

63 *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01/05-1, “Decision on the Prosecutor’s Application for warrants of arrest under Article 58” (Sala Preliminar II, 8 de julho de 2005).



Não dispõe o Estado de faculdade para impor limitações ao Procurador no sentido de que este possa investigar somente certos crimes, ou crimes cometidos por determinadas pessoas ou, ainda, antes ou depois de determinada data [...].

interposta contra esse julgamento, decidiu que não lhe competia interferir no exercício das faculdades discricionárias da Sala Preliminar para determinar a admissibilidade do caso conforme o artigo 19(1) do Estatuto. Neste ponto, a Câmara de Recursos apontou que somente poderia intervir no exercício dessas funções da Sala Preliminar “quando se houver demonstrado que a decisão contenha vício por erro de direito, erro de fato ou erro processual e, em tal caso, somente se o erro tiver afetado materialmente a decisão.”⁶⁶.

Na situação da RDC, até o momento, foram iniciados cinco casos contra seis acusados⁶⁷, dois dos quais (Bosco Ntaganda e Sylvestre Mudacumura) ainda não foram presos.

No caso contra Callixte Mbarushimana, a Sala Preliminar I determinou que não havia fundados motivos para crer que ele cometera os crimes que lhe foram imputados e decidiu não confirmar as acusações⁶⁸. Ainda assim, durante o procedimento preliminar, o réu impugnou a jurisdição do

o governo e os rebeldes, ao final do ano de 2008, a Sala Preliminar II deu início aos procedimentos para determinar a admissibilidade do caso contra os acusados⁶⁴.

Após a análise das informações relevantes, a Sala Preliminar II determinou que, à míngua de implementação concreta dos acordos de paz, a situação de “total inércia por parte das autoridades nacionais competentes” se mantinha. E, portanto, decidiu que não existiam razões para revisar o juízo positivo sobre a admissibilidade do caso, de acordo com o artigo 17 do Estatuto⁶⁵.

A Câmara de Recursos, no acórdão da apelação

64 *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-320, “Decision initiating proceedings under article 19, requesting observations and appointing counsel for the Defence” (Sala Preliminar II, 21 de outubro de 2008).

65 ICC-02/04-01/05-377, parágrafo 52.

66 *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05-408, “Judgment on the appeal of the Defence against the ‘Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of 10 March 2009’” (Câmara de Recursos, 16 de setembro de 2009), parágrafo 80.

67 Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo, Callixte Mbarushimana e Sylvestre Mudacumura.

68 *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red, “Decision on the confirmation of charges” (Sala Preliminar I, 16 de dezembro de 2011), parágrafo 340. Nota: nos termos do Estatuto, « decision on the confirmation of the charges » prevista no artigo 61(7) do Estatuto, traduzido para o português como “procedência da acusação”. Essa decisão equivale, de certa maneira, à decisão de pronúncia ou de impronúncia, exarada nos procedimentos de competência do Tribunal do Juri em nossa legislação, já que é a decisão pela qual se remete ou não um suspeito a julgamento.

Tribunal, alegando que não existia o nexo causal necessário entre as acusações e o marco da situação de crise pela qual a jurisdição havia sido ativada⁶⁹.

A Sala Preliminar refutou o argumento apresentado por Mbarushimana sustentando, para tanto, que a situação de crise pela qual se ativa a jurisdição do Tribunal inclui, não somente aqueles crimes cometidos anteriormente ou durante o momento da remessa da situação ao Tribunal, mas também aqueles crimes cometidos após tal evento desde que estes sejam, de qualquer maneira, ligados à situação de crise que se desenvolvia no momento da remessa⁷⁰.

Nesse sentido, a Sala especificou que o fator fundamental para se determinar se um crime faz parte, ou não, do contexto de uma situação de crise é a existência de um vínculo entre os respectivos crimes e a crise que desencadeou a jurisdição do Tribunal, no momento em que tais eventos tenham ocorrido⁷¹. Ademais, a Sala decidiu que, de acordo com os artigos 13 e 14 do Estatuto, um Estado Parte pode remeter ao Procurador apenas uma situação de crise em sua totalidade.

Não dispõe o Estado de faculdade para impor limitações ao Procurador no sentido de que este possa investigar somente certos crimes, ou crimes cometidos por determinadas pessoas ou, ainda, antes ou depois de determinada data, uma vez que “desde que crimes sejam cometidos dentro do contexto de uma situação de crise que ativou a jurisdição do Tribunal, as investigações e processos podem ser iniciados.”⁷².

Thomas Lubanga Dyilo, o primeiro indivíduo julgado e condenado – a 14 anos de prisão – pelo TPI⁷³, impugnou a jurisdição do Tribunal no ano de 2006, logo no início dos procedimentos. O recurso foi interposto nos termos do artigo 21(3) do Estatuto⁷⁴, fundamentado na teoria do abuso do processo, sob o argumento de que o Tribunal estaria obrigado a exercer sua jurisdição de maneira consistente com os princípios gerais de direitos humanos. E, portanto, em caso de

69 *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-290, “Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court” (Equipe da Defesa, 19 de julho de 2011), parágrafo 12.

70 *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-451, “Decision on the confirmation of charges” (Sala Preliminar I, 16 de dezembro de 2011), parágrafo 16.

71 ICC-01/04-01/10-451, parágrafo 41.

72 ICC-01/04-01/10-451, parágrafo 27.

73 Ver *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant 1 to Article 74 of the Statute”, 14 de março de 2012, ICC-01/04-01/06-2842 e “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 10 de julho de 2012, ICC-01/04-01/06-2901, parágrafo 107.

74 Tal norma indica que “A aplicação e interpretação do direito de acordo com o presente artigo deverão ser compatíveis com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem qualquer distinção fundada em questões de gênero, definido parágrafo 3 do artigo 7, idade, raça, cor, idioma, religião ou credo, opinião pública ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, nascimento ou outra condição.”



EXPOSIÇÃO NA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL MEMÓRIA: AMÉRICA LATINA EM PERSPECTIVA INTERNACIONAL E COMPARADA, PUC/RJ RIO DE JANEIRO/RJ, 14 DE AGOSTO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

existência de sérias violações aos direitos humanos de um acusado, o exercício dessa mesma jurisdição configuraria abuso de processo⁷⁵.

A Sala Preliminar I decidiu que, de acordo com os paradigmas de direitos humanos, qualquer violação aos direitos humanos de um acusado em relação à sua detenção e cometido anteriormente à data de sua transferência para o Tribunal deveria ser examinada somente caso se comprove que houve uma ação concertada entre o próprio Tribunal ou seus agentes e as autoridades nacionais que cumpriram o mandado de prisão e entregaram o acusado⁷⁶.

Ademais, a Sala consignou que, posto não haja tal ação concertada, a teoria do abuso do processo outorga uma garantia adicional aos direitos do acusado no sentido de que o Tribunal declinará o exercício da jurisdição quando estiver demonstrado que o indivíduo tenha sido sujeito a tortura ou a sérios maus tratos durante o processo de detenção e de transferência.⁷⁷

A Câmara de Recursos, quando da confirmação da decisão da Sala Preliminar I, esclareceu que o abuso de processo por graves violações aos direitos humanos de um acusado não é uma das

⁷⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-197 "Conclusions suite à l'ordonnance du 13 juillet 2006" (Equipe de Defesa, 17 de julho de 2006).

⁷⁶ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-512. "Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute" (Sala Preliminar I, 3 de outubro de 2006), p. 9.

⁷⁷ ICC-01/04-01/06-512, p. 10.



fontes de inadmissibilidade, pelas quais o Tribunal pode deixar de exercer jurisdição no caso concreto⁷⁸. Ao contrário, a Câmara de Recursos indicou que o conceito de “abuso do processo” é um princípio associado com a devida administração da justiça, que confere ao Tribunal a faculdade de suspender os procedimentos judiciais e de se negar a exercer a jurisdição no caso concreto, quando tal exercício implicasse um mau uso da administração da justiça e um desvio do propósito para o qual tenha sido estabelecida⁷⁹.

Germain Katanga, cujo processo encontra-se em vias de conclusão, impugnou a admissibilidade de seu caso em 2009 e, desta vez, fundado diretamente no princípio da complementaridade, nos termos do artigo 19(2)(a) do Estatuto. A impugnação, basicamente, discutia o teste de admissibilidade aplicado pelo Tribunal, a interpretação e a aplicação dos conceitos de “falta de vontade” e de “falta de capacidade” do artigo 17 do Estatuto. O argumento utilizado questionou se a determinação de admissibilidade de um caso deveria levar em consideração a situação no momento da expedição do mandado de prisão contra o acusado⁸⁰.

O acusado impugnou aquilo que identificou como “renúncia à complementaridade”, por meio da qual tinha sido convertido em espécie de “vítima” da divisão de funções entre a Procuradoria do Tribunal e o governo da RDC. Em acréscimo, ele sustentou, que o seu direito de desafiar a competência do Tribunal converteu-se em algo meramente teórico ou ilusório⁸¹. A Sala Preliminar II refutou os argumentos e considerou o caso admissível⁸².

De fundamental importância para a decisão, foi a postura do governo da RDC que, claramente, indicou não estar disposto a julgar Germain Katanga em seu próprio território⁸³. Tendo isto em mente, a Sala Preliminar aduziu que uma forma adicional – não contemplada no Estatuto – de “falta de vontade” pode ser aquela em que um Estado, apesar de não tentar obstruir o curso do processo, pretende e espera que a pessoa seja posta à disposição da justiça, mas

78 ICC-01/04-01/06-772, parágrafo 24.

79 ICC-01/04-01/10-772, parágrafos 26-27.

80 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-949. “Motion challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute” (Equipe da Defesa, 10 de fevereiro de 2009), parágrafo 28.

81 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01-04-01/07-1008. “Defence Reply to ‘Prosecution Response to Motion Challenging the Admissibility of the Case by the Defence of Germain Katanga, pursuant to Article 19(2)(a)’” (Equipe da Defesa, 30 de março de 2009), parágrafo 26.

82 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1213-tENG. “Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)” (Sala de Primeira Instância II, 16 de junho de 2009).

83 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-65-ENG. “Hearing Open Session” (Sala Preliminar II, 1º de junho de 2009), página 90. Ver também *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-968». «Observations de la RDC sur l’exception d’irrecevabilité soulevée par la défense de Germain Katanga» (Equipe da Defesa, 14 de março de 2009).

não diante de seus tribunais nacionais⁸⁴. Dessa forma, logo após concluir que existia uma clara e explícita expressão da falta de vontade por parte do governo da RDC para levar a cabo o processamento do feito, decidiu que o caso era admissível perante o Tribunal. E rejeitou a impugnação da defesa⁸⁵.

A Câmara de Recursos confirmou a admissibilidade do caso, mas não a totalidade dos argumentos esposados pela Sala de Primeira Instância II.⁸⁶ Com efeito, o órgão indicou que a admissibilidade de um caso deveria ser determinada com base em fatos. Levando-se em consideração a forma como se apresentam quando do procedimento de impugnação, uma vez que a inadmissibilidade de um caso, nos termos do artigo 17 do Estatuto, depende das atividades investigativas e do processamento dos Estados com jurisdição, as quais podem variar no tempo.⁸⁷

Seguindo este raciocínio, e de acordo com a linguagem clara das letras “a” e “b” do parágrafo 1 do artigo 17 do Estatuto, a análise da vontade e da capacidade de um Estado somente se torna relevante quando, em razão de investigações ou de processamento – em curso, ou já concluídos – o caso parece ser inadmissível⁸⁸.

Dessa forma, quando houver inércia por parte dos Estados no momento dos procedimentos de impugnação, a pergunta sobre a vontade ou a capacidade dos Estados não deveria sequer surgir. Porquanto, a inércia transforma o caso em automaticamente admissível pelo Tribunal⁸⁹.

Ressalte-se o fato de a Câmara de Recursos ter deixado claro que o termo “decisão de não iniciar a ação penal” do artigo 17(1)(b) do Estatuto não compreende as decisões de um Estado de encerrar certos procedimentos judiciais contra um acusado, a fim de que este seja entregue para julgamento pelo TPI⁹⁰.

Na situação de Darfur-Sudão, foram expedidos, até o presente momento, mandados de prisão contra quatro acusados – Ahmad Harun, Ali Kushayb, Omar Al-Bashir e Abdel Hussein – e citações para comparecimento para outros três – Bahar Idriss Abu Garda, Abdallah Banda e Saleh Jerbo.

84 ICC-01/04-01/07-1213-tENG, parágrafo 77.

85 ICC-01/04-01/07-1213-tENG, parágrafo 95.

86 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497. “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case” (Câmara de Recursos, 25 de setembro de 2009).

87 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 56.

88 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 75.

89 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 78.

90 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 83.

Nenhum dos mandados de prisão foi cumprido, mas todos os sujeitos citados para comparecer o fizeram voluntariamente.

No caso de Barhar Idriss Abu Garda, a Sala Preliminar I determinou que não existiam fundados motivos para crer que ele havia cometido os crimes que se lhe imputaram. E, assim, decidiu não confirmar as acusações contra ele⁹¹. A Sala rejeitou o pedido de autorização para recorrer, interposto pela Procuradoria⁹², e o processo, por ora, está arquivado⁹³.

No caso de Abdallah Banda e Saleh Jerbo, as acusações foram confirmadas e os acusados enviados a julgamento⁹⁴. Até o presente momento, nenhuma impugnação à jurisdição do Tribunal ou à admissibilidade dos casos foi apresentada em relação à situação no Sudão⁹⁵.

Na situação da República Centro-Africana (RCA), somente um caso foi aberto contra apenas um acusado, Jean-Pierre Bemba Gombo, o qual se encontra, atualmente, em julgamento. No começo da fase de julgamento, em fevereiro de 2010, antes do início da apresentação de provas por parte da Procuradoria, o acusado impugnou a admissibilidade do caso, nos termos dos artigos 17 e 19(2) do Estatuto, com fundamento no princípio da complementaridade, no princípio do *ne bis in idem* e na ausência da necessária gravidade do caso, bem como no fato de que existiria abuso do processo em seu desfavor⁹⁶.

91 *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red."Decision on the Confirmation of Charges" (Sala Preliminar I, 8 de fevereiro de 2010).

92 *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-267."Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the 'Decision on the Confirmation of Charges'" (Sala Preliminar I, 23 de abril de 2010).

93 O caso poderá ser reanalisado se a Procuradoria trazer novas provas, de acordo com o artigo 61(8) do Estatuto.

94 *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red."Corrigendum of the Decision on the Confirmation of Charges" (Sala Preliminar I, 7 de março de 2011).

95 Aqui é importante levar em consideração que, em relação à situação no Sudão, já atendidos os pedidos de cooperação para a expedição de mandados de prisão contra o presidente em exercício, Omar Al Bashir, existe uma forte oposição dos Estados Africanos e da União Africana a qualquer tipo de cooperação que possa resultar no cumprimento da ordem e na transferência do acusado. Ver: African Union, "Decision on the meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court", 3 de julho de 2009, Doc. Assembly/AU/13(XIII), Assembly/AU/DEC.245(XIII), parágrafo 10, no qual a União Africana instrui seus Estados-Partes a não cooperar com o TPI, de acordo com o artigo 98 do Estatuto, e deixar de proceder à prisão ou à transferência do Presidente Omar Al Bashir. Da mesma forma, logo após duas decisões da Sala Preliminar I, determinando que os Estados do Chade e Malawi haviam deixado de cumprir com suas obrigações de cooperação perante o Tribunal ao permitir que o Presidente do Sudão, Omar Al Bashir, viajasse a seus territórios e não fosse preso (*The Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140, "Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir" (Pre-Trial Chamber I, 13 December 2011) and *The Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr, "Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir" (Pre-Trial Chamber I, 13 December 2011)). a União Africana novamente condenou a ação do Tribunal, indicando que, conforme sua interpretação, o Estatuto não é capaz de remover as imunidades outorgadas pelo direito internacional a autoridades que não fazem parte do Estatuto de Roma, porquanto Estados não podem ser privados dos direitos que ordinariamente possuem por meio de um tratado ao qual não aderiram. Ademais, o Chade e Malawi foram ordenados pela União Africana a não dar cumprimento aos mandados de prisão, e o artigo 23(2) do Ato Constitutivo da União Africana obriga seus Estados-Partes a cumprir as decisões e políticas do órgão. Ver: African Union, Press Release No. 002/2012, Addis Ababa, 9 de janeiro de 2012, "On the decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (ICC) pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the alleged failure by the Republic of Chad and the Republic of Malawi to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of President Omar Hassan Al Bashir of the Republic of Sudan".

96 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-704-Red-3. «Requête en vue de contester la recevabilité de l'Affaire conformément aux articles 17 et 19(2)(a) du Statut de Rome» (Equipe da Defesa, 25 de fevereiro de 2010), p. 3.

Em relação à complementaridade, o réu alegou que investigações e procedimentos efetivos sobre as mesmas acusações perante o TPI foram conduzidos junto à Justiça da RCA, a qual tinha jurisdição sobre a matéria. Ademais, o acusado aduziu que as autoridades da RCA sempre demonstraram irrefutável vontade e seus tribunais contavam com a habilidade requerida para levar os processos a cabo⁹⁷.

A defesa alegou que a razão pela qual os procedimentos em desfavor do acusado foram suspensos pela RCA era unicamente política. E não devido à inabilidade das autoridades judiciárias, uma vez que o processo foi arquivado a fim de evitar conflitos com a RDC⁹⁸. A Sala de Julgamento rejeitou a impugnação⁹⁹, seguindo a jurisprudência da Câmara de Recursos no caso *Katanga*, no sentido de que a decisão de que um caso deveria ser remetido ao TPI, ao invés de prosseguir perante as Cortes nacionais, não equivaleria a uma decisão de não iniciar uma ação penal¹⁰⁰.

A Câmara de Recursos confirmou a decisão da Sala de Julgamento III, sob o argumento de que a decisão do governo da RCA de encerrar a investigação, antes iniciada perante as autoridades locais a fim de transferir o caso contra o réu para o TPI, não pode ser considerada uma “decisão de não se iniciar a ação penal”, nos termos do artigo 17(1)(b) do Estatuto¹⁰¹. Do contrário, chegar-se-ia à absurda conclusão de que o encerramento das investigações – e a subsequente ausência de ação penal – a fim de remeter o caso para o TPI, tornaria este mesmo caso inadmissível¹⁰².

Na situação ocorrida no Quênia, foram emitidas seis citações para comparecimento contra seis indivíduos. E todos se apresentaram, voluntariamente, ao Tribunal. A Sala Preliminar II confirmou as acusações somente contra quatro deles – William Ruto, Joshua Sang, Francis Muthaura e Uhuru Kenyatta – e decidiu não receber a denúncia contra os outros dois: Henry Kosgey e Mohammed Hussein Ali¹⁰³.

No curso do procedimento de confirmação das acusações, pela primeira vez na história do Tribunal, um Estado impugnou a admissibilidade dos casos, alegando que estavam sendo investigados os

97 *Idem, ibidem.*

98 ICC-01/05-01/08-704-Red3-tENG, parágrafos 81-90.

99 ICC-01/05-01/08-802.

100 ICC-01/05-01/08-802, parágrafos 240-241.

101 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-962. “Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled ‘Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges’” (Câmara de Recursos, 19 de outubro de 2010), parágrafos 73-74.

102 *Idem, ibidem.*

103 *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-373, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute” (Sala Preliminar II, 23 de janeiro de 2012) e *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red. “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute” (Sala Preliminar II, 23 de janeiro de 2012).

Assim, deve o Estado prover as evidências com grau de especificidade e valor probatório suficientes para demonstrar que o caso encontra-se, efetivamente, sob investigação, sendo considerada insuficiente a mera afirmação de que há investigações em curso.

altos níveis;” de modo a “começar pela investigação e o processamento dos perpetradores de menor nível até chegar àqueles de mais alto nível que puderem ser responsabilizados;” a Sala considerou que existiam apenas propostas de reforma judicial e promessas de futuras investigações, mas nenhuma ação concreta em relação aos acusados e, portanto, a situação de inércia se mantinha¹⁰⁶.

A Câmara de Recursos confirmou tal decisão indicando que, como os casos encontravam-se claramente definidos nas citações de comparecimento, eles seriam inadmissíveis perante o TPI, apenas se ficasse demonstrado que os mesmos indivíduos estavam sendo investigados no Quênia. E, ainda, substancialmente, pelas mesmas condutas¹⁰⁷.

Nesse contexto, a Sala definiu que o termo “objeto de investigação” do artigo 17(1)(a) do Estatuto¹⁰⁸ implica que foram tomadas ações concretas direcionadas a determinar se os acusados foram, ou não, responsabilizados pelas condutas que se lhes imputam, nomeadamente, se foram realizados

fatos relacionados à situação de crise que originou a ativação da jurisdição do TPI¹⁰⁴. A Sala Preliminar II rejeitou a impugnação, com base no teste “mesmo indivíduo – mesma conduta”, porquanto não se havia demonstrado, na impugnação, a existência de ações concretas que constituíssem “investigações pendentes” contra nenhum dos acusados¹⁰⁵.

Com efeito, tendo em vista que o Governo do Quênia se ofereceu para, futuramente, apresentar um informativo sobre o progresso das investigações e a forma pela qual estas seriam estendidas aos “mais

104 *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang and The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-01/11-19 and ICC-01/09-02/11-26, “Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya pursuant to Article 19 of the ICC Statute (Governo da República do Quênia, 31 de março de 2011).

105 ICC-01/09-02/11-96, parágrafo 56 e *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-101, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute” (Sala Preliminar II, 30 de maio de 2011), parágrafo 60.

106 ICC-01/09-02/11-96, parágrafos 57-66 e ICC-01/09-01/11-101, parágrafos 61-70.

107 *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-307. “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’” (Câmara de Recursos, 30 de agosto de 2011) e *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-274, parágrafo 40.

108 “O caso for objeto de inquérito” na versão do Decreto nº 4.388/02.



interrogatórios com testemunhas ou com os próprios acusados, colhidas provas documentais ou feitas análises forenses.

Dessa forma, a simples preparação para levar adiante tais ações, ou a investigação de outros suspeitos, não se configura como um requisito suficiente. É que, somente se as investigações se referirem aos mesmos indivíduos, pode-se estimar que o “mesmo caso” está sendo investigado pelas cortes nacionais e pelo TPI; do contrário, não existe nenhum conflito de jurisdição¹⁰⁹.

Além disso, a Câmara de Recursos sublinhou que recai sobre o Estado, que impugna a admissibilidade de um caso, o ônus de demonstrar que o caso é, de fato, inadmissível. Assim, deve o Estado prover as evidências com grau de especificidade e valor probatório suficientes para demonstrar que o caso encontra-se, efetivamente, sob investigação sendo considerada insuficiente a mera afirmação de que há investigações em curso¹¹⁰.

Na situação da Líbia, em junho de ano 2011, a Sala Preliminar I expediu mandados de prisão contra três indivíduos: Muammar Gadaffi, Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi¹¹¹. Muammar Gadaffi foi assassinado e seu processo foi arquivado em novembro de 2011¹¹². De acordo com as informações disponíveis, os outros dois acusados estão atualmente detidos na Líbia.

O Estado líbio impugnou a admissibilidade do caso contra Saif Al-Islam Gaddafi¹¹³. E foi autorizado pela Sala Preliminar I a deferir o cumprimento do mandado de prisão emitido pelo TPI até que se decidisse referida impugnação, até hoje pendente¹¹⁴. A fim de autorizar a suspensão da execução do mandado de prisão, a Sala indicou que o artigo 95 do Estatuto era aplicável aos pedidos de cooperação para a prisão e entrega de presos para o Tribunal. O que significa que, enquanto estiver pendente uma impugnação à admissibilidade de uma causa junto ao TPI, a Sala que

¹⁰⁹ ICC-01/09-01/11-307 e ICC-01/09-02/11-274.

¹¹⁰ ICC-01/09-02/11-274, parágrafo 61.

¹¹¹ Ver *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya (atualmente Situation in Libya)*, ICC-01/11-01/11-1, “Decision on the “Prosecutor’s Application Pursuant to Article 59 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI” (Sala Preliminar I, 27 de junho de 2011).

¹¹² Ver *The Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-28, “Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi” (Sala Preliminar I, 22 de novembro de 2011).

¹¹³ *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-130-Red, “Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute” (The Government of Libya, 1 May 2012). É importante que se considere que, à data da impugnação, somente se havia confirmado a prisão contra Saif Al Islam Gadaffi, por parte das autoridades líbias (Abdalah Al-Senussi estava detido na Mauritânia) e, por esse motivo, a impugnação referiu-se principalmente ao primeiro acusado, o que foi aceito pela Sala Preliminar I. Ver: Carta do Conselho de Transição da Líbia, de 23 de novembro de 2011, ICC-01/11-01/11-34; ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafo 73; e *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-134, “Decision on the Conduct of the Proceedings Following the “Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the Statute” (Sala Preliminar I, 4 de maio de 2012), parágrafo 8.

¹¹⁴ *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-163 “Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute” (Sala Preliminar I, 1º de junho de 2012).

emitiu a ordem de prisão tem autoridade para decidir se um Estado pode adiar a execução de tal mandado¹¹⁵.

Além disso, a Sala anotou que tal suspensão pode ser temporária. E estará em vigor até que se exare decisão sobre a impugnação da admissibilidade do caso. O mandado de prisão, portanto, permanece válido e o Estado deve assegurar que durante a suspensão sejam tomadas todas as medidas necessárias a fim de garantir a imediata execução do requerimento de transferência do indivíduo, quando da eventual decisão de admissibilidade do caso¹¹⁶.

Na impugnação da admissibilidade do caso, o governo da Líbia argumentou que estava investigando o custodiado, tanto por acusações de corrupção e outros crimes financeiros, como por crimes que, conforme as alegações, foram cometidos durante a revolução ocorrida a partir de 17 de fevereiro de 2011¹¹⁷.

Nos termos do afirmado na acusação, no curso de tais investigações, o Procurador-Geral da Líbia já havia começado a analisar provas, particularmente discursos e conversas telefônicas, e a entrevistar potenciais testemunhas com conhecimento direto dos crimes imputados¹¹⁸. Assim, a investigação abrangeria, não apenas os incidentes fáticos descritos no mandado de prisão emitido pelo TPI, mas também outras imputações por graves crimes¹¹⁹. Referindo-se, pois, ao “mesmo indivíduo” e cobrindo “substancialmente as mesmas condutas” que embasam o próprio mandado de prisão¹²⁰.

A Líbia, inclusive, sustenta dois importantes pontos que têm sido fonte de discussão doutrinária e que deverão ser assentados pela jurisprudência do Tribunal. Em primeiro lugar, a Líbia argumenta que, embora as investigações em andamento estejam baseadas na caracterização de condutas tipificadas como crimes ordinários e não internacionais, isto não seria determinante para a conclusão de admissibilidade do caso. Já que, para isso, bastaria reconhecer que a investigação refere-se “substancialmente à mesma conduta”, em termos de contexto e de gravidade. Nesse sentido, a qualificação legal de tais condutas seria irrelevante para a determinação da admissibilidade, porquanto esta seria uma questão de forma e não de direito¹²¹.

115 ICC-01/11-01/11-163, parágrafo 37.

116 ICC-01/11-01/11-163, parágrafo 40.

117 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 42-44.

118 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafo 44.

119 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafo 46.

120 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 83.

121 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 84-86.



Em segundo lugar, o governo líbio alega que, apesar de o Estado que impugna a admissibilidade do caso sustentar o ônus da prova de demonstrar que não está inerte, não lhe cabe fornecer provas adicionais para demonstrar que o sistema de justiça nacional *não* carece de vontade. Nem, tampouco, que é incapaz de levar adiante investigações e processo, uma vez que o sistema da complementaridade estaria baseado na presunção de que os Estados agem de boa-fé¹²². A decisão à impugnação da admissibilidade está por ser proferida.

Na situação da Costa do Marfim, expediu-se um mandado de prisão contra o ex-Presidente Laurent Gbagbo¹²³, já detido e transferido ao Tribunal e, atualmente, sujeito aos procedimentos de confirmação das acusações. Em maio de 2012, a defesa de Gbagbo impugnou a jurisdição do Tribunal¹²⁴, sob o argumento de que a declaração de sua aceitação, feita pelo governo em 18 de abril de 2003, definiu a jurisdição do Tribunal. E, ainda, que as cartas posteriores de confirmação de tal competência não possuem nenhum valor jurídico¹²⁵.

A Sala Preliminar I indeferiu o pedido, fundamentando a decisão no fato de que, apesar de os Estados terem a opção de consentir, ou não, com o exercício de jurisdição do TPI, por meio de uma declaração feita nos termos do artigo 12(3) do Estatuto, o âmbito de aplicação de tal declaração é pré-determinado pelo marco legal do Tribunal¹²⁶.

Em razão disso, mesmo que os Estados possam delimitar as margens da aceitação da jurisdição, tal determinação não pode estabelecer parâmetros arbitrários à situação de crise, porquanto esta deve compreender todos os crimes que lhe são relevantes; caberá, ainda, em última análise, ao Tribunal definir se o âmbito fixado para a aceitação da jurisdição, na declaração do Estado, é ou não consistente com os parâmetros objetivos da situação sob exame¹²⁷.

Por último, de acordo as informações disponíveis até o momento, a Procuradoria está atualmente realizando investigações preliminares¹²⁸ no Afeganistão, na Geórgia, na Guiné,

122 ICC-01/11-01/11-130-Red, parágrafos 90-92.

123 *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-01/11-1, "Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo" (Sala Preliminar II, 23 de novembro de 2011).

124 *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-129-Corr-tENG, "Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo" (Equipe da Defesa, 29 de maio de 2012).

125 ICC-02/11-01/11-129-Corr-tENG, parágrafo 73.

126 *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-212, "Decision on the "Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo" (ICC-02/11-01/11-129)"; (Sala Preliminar I, 15 de agosto de 2012), parágrafo 59.

127 ICC-02/11-01/11-212, parágrafo 60.

128 Investigações preliminares podem ser entendidas como uma etapa anterior à decisão do Procurador de abrir investigações nos termos do artigo 15 do Estatuto. Nesta fase, o Procurador deve analisar a validade das informações recebidas acerca de uma potencial situação de crise. Para tanto, poderá requerer informações dos Estados, organismos internacionais, entre outros, a fim de embasar o pedido

na Colômbia, em Honduras, na Coréia do Sul, na Nigéria¹²⁹ e em Mali¹³⁰. Além destes, já se decidiu não proceder com investigações em relação às situações comunicadas no Iraque, na Palestina e na Venezuela¹³¹.

6. OS DESAFIOS FUTUROS DO SISTEMA DE COMPLEMENTARIDADE DO TPI

Como visto ao longo deste breve estudo, em seus dez primeiros anos de exercício, o Tribunal enfrentou diversos desafios na interpretação e determinação dos limites de sua jurisdição e do princípio da complementaridade. Em resposta a uma série de questões não contempladas no Estatuto, nem nas Regras de Procedimento e Prova, os órgãos judiciais do Tribunal têm contribuído com a produção de importante jurisprudência sobre a matéria.

A seguir, faremos breve análise sobre alguns assuntos que, apesar de já contarem com pronunciamento judicial do Tribunal, e terem sido recentemente analisados, merecem atenção especial. Serão abordados aspectos particulares, nos quais as respostas originalmente oferecidas podem parecer insuficientes para os desafios que o Tribunal atualmente enfrenta.

6.1 A VALIDADE DO TESTE “MESMO INDIVÍDUO - MESMA CONDUTA”

Como indicado anteriormente, as normas de complementaridade do Estatuto pareciam indicar que, nos casos de total inércia por parte dos Estados, o Tribunal seria imediatamente competente. A jurisprudência tem assim interpretado, indicando que “a questão da falta de vontade ou inabilidade do Estado que tem jurisdição sobre o caso torna-se relevante apenas quando, em face de investigações ou processos passados ou atuais, o caso parece ser inadmissível.”¹³².

de abertura de uma investigação.

129 *The Office of the Prosecutor*, “Report on Preliminary Examinations activities”, 13 de dezembro de 2011, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/A94cr>.

130 ICC, Press Release (18.07.2012) “ICC Prosecutor Fatou Bensouda on the Malian State referral of the situation in Mali since January 2012”, ICC-OTP-20120718-PR829, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/P9Emr>

131 Ver página eletrônica do TPI, “Communications, Referrals and Preliminary Examinations”, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/ibpRK>.

132 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 75.

Assim, em casos de total inércia por parte dos Estados, não existiria nenhuma necessidade de que as Salas analisassem as questões de admissibilidade do artigo 17 do Estatuto¹³³. Com efeito, o Tribunal não atua somente em casos de falta de vontade ou incapacidade; ao contrário, não é sequer necessário provar a ocorrência de algum dos dois requisitos para que o TPI possa atuar em casos de total inércia. É facultado ao Tribunal exercer a jurisdição sempre e em qualquer caso em que exista inércia por parte dos Estados. Como indicado pela Câmara de Recursos, “em casos de inércia, a questão da falta de vontade ou inabilidade não se apresenta; inércia por parte do Estado que tem jurisdição [...] faz com que o caso seja admissível perante o Tribunal, sujeito ao artigo 17(1)(d) do Estatuto.”¹³⁴.

Mas o que se entende exatamente por inércia? No exercício do poder de definir os limites do direito aplicável, e, levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso, a Sala Preliminar I, no caso Lubanga, interpretou de maneira estrita o conceito de inércia, concebendo o teste conhecido como “mesmo indivíduo - mesma conduta”.

Segundo tal teste: “é uma *conditio sine qua non* para que um caso que surge de uma investigação seja inadmissível, que os procedimentos nacionais refiram-se tanto a um indivíduo como à conduta objeto do caso perante o Tribunal”¹³⁵. Como veremos adiante, o teste tem por objetivo demonstrar que apenas as ações do Estado voltadas à investigação ou persecução do mesmo acusado – e, substancialmente, pelas mesmas condutas perante o TPI – podem configurar fonte de inadmissibilidade como exposto até aqui.

Seguindo tal precedente, ao requerer os primeiros mandados de prisão na situação em Darfur, Sudão, o Procurador argumentou que a existência isolada de procedimentos em nível nacional não seria motivo suficiente para determinar a inadmissibilidade. Em particular, se os procedimentos nacionais não compreendem os mesmos incidentes ou abrangem um rol de condutas significativamente limitado, ainda que se refiram aos mesmos sujeitos, não haveria obstáculo para a admissibilidade perante o TPI¹³⁶.

Tal interpretação ainda pode dar margem à conclusão de que o Tribunal se reserva, em qualquer circunstância, o poder de julgar indivíduos por determinadas ações específicas, mesmo que existam processos, no nível nacional, contra esses mesmos indivíduos, mas por fatos distintos. Isso se torna mais relevante no caso em que as condutas específicas pelas quais

133 ICC-02/04-01/05-377, parágrafo 52.

134 ICC-02/04-01/05-377, parágrafo 78.

135 ICC-01/04-01/06-8-Corr, parágrafo 31.

136 *Situation in Darfur, Sudán*, ICC-02/05-56, ‘Prosecutor’s Application under Article 58 (7)’, (Gabinete do Procurador, 27 de fevereiro de 2007), parágrafos 253-267.

o Tribunal reclama seu poder punitivo poderiam ser objetivamente consideradas como menos relevantes, em termos da gravidade da conduta, nível de participação ou, inclusive, em relação às consequências provocadas.

No caso Lubanga, por exemplo, no momento em que o mandado de prisão foi expedido pelo Tribunal, o réu estava detido na República Democrática do Congo, em virtude de dois outros mandados de prisão, um por acusações de genocídio e crimes de lesa-humanidade, e, o outro, por crimes de homicídio, cárcere privado e tortura¹³⁷.

Ainda assim, como nenhuma das acusações referia-se diretamente ao recrutamento, alistamento ou utilização de menores de 15 anos para participar ativamente das hostilidades – a única acusação que a Procuradoria do Tribunal apresentou contra Thomas Lubanga – o caso foi considerado admissível¹³⁸.

Da mesma forma, no caso Katanga, quando da expedição do mandado de prisão em seu desfavor, o réu encontrava-se detido na RDC, em razão de um mandado expedido pelas autoridades congoleesas, datado de 19 de março de 2005, por acusações de crimes de lesa-humanidade¹³⁹. Apesar disso, como a informação provida pela Procuradoria dava conta de que tais acusações não incluíam o ataque à vila de Bogoro ocorrido em 24 de fevereiro de 2003 – único ataque pelo qual o réu está sendo processado – o caso também foi considerado admissível¹⁴⁰.

Essa interpretação restritiva tem sido seguida pela jurisprudência das demais Salas do Tribunal¹⁴¹, particularmente durante o período em que a Câmara de Recursos ainda não havia enfrentado a questão¹⁴². Nos acórdãos das apelações contra as impugnações à admissibilidade dos casos oriundos da situação no Quênia, a Câmara de Recursos pronunciou-se, pela primeira vez, a respeito do teste, indicando ser necessário levar-se em conta que o artigo 17 do Estatuto está destinado a resolver conflitos de jurisdição entre o Tribunal e os Estados.

Portanto, e particularmente em relação ao artigo 17(1)(a) do Estatuto, não se trata apenas de determinar se existem investigações – ou processos – em abstrato, mas se o mesmo caso está sendo investigado por ambos, Tribunal e jurisdição nacional¹⁴³.

137 ICC-02/05-56, parágrafo 33.

138 ICC-02/05-56, parágrafos 37-40.

139 ICC-01/04-01/07-55, parágrafo 18.

140 ICC-01/04-01/07-55, parágrafos 20-21.

141 ICC-01/09-02/11-96, parágrafo 51; ICC-01/09-01/11-101, parágrafo 55.

142 No caso Katanga, a Câmara de Recursos deixou claro que não estava se pronunciando sobre a validade do teste. Ver ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 81.

143 ICC-01/09/02/11-274, parágrafo 36.

É necessário, apesar disso, ter em mente que os parâmetros do artigo 17 aplicam-se não somente em relação a casos concretos. Mas também em relação a decisões de admissibilidade preliminares – como as dos artigos 15 e 53(1) do Estatuto – nas quais os contornos dos casos futuros ainda estão por ser definidos¹⁴⁴.

Dessa forma, e somente em relação à admissibilidade de casos concretos, nos quais o indivíduo e a conduta já estão definidos – seja pelo mandado de prisão ou pela citação de comparecimento emitidos pela Sala, seja pelas acusações trazidas pelo Procurador – as “investigações” nacionais a que se refere o artigo 17(1)(a) devem se referir concretamente “ao mesmo indivíduo e substancialmente à mesma conduta a que se referem os procedimentos perante o Tribunal.”¹⁴⁵.

Este sutil esclarecimento feito pela Câmara de Recursos – que as investigações devem se referir “substancialmente” à mesma conduta – permitirá, caso seja necessário, adotar, no futuro, uma interpretação menos restritiva do teste. Isto pode contribuir para um melhor enfrentamento das novas circunstâncias, diferentes daquelas existentes no início do funcionamento do Tribunal, nas quais suas atividades resultaram principalmente da auto-remessa de situações por parte dos próprios Estados afetados. E, ainda, com a cooperação destes, sobretudo em relação à detenção e entrega dos suspeitos ao Tribunal.

Com efeito, no cenário atual, no qual Estados como o Quênia e a Líbia impugnam a competência do Tribunal, os desafios que se apresentam são claramente distintos. Na situação no Quênia, apesar de esta ter sido considerada admissível pela Sala Preliminar II, apresentou-se o dilema conceitual sobre se o teste anteriormente referido deveria, ou não, ser aplicado de maneira igualmente estrita em relação a sistemas judiciais estáveis¹⁴⁶.

Na Líbia, a situação é ainda mais complexa. Em primeiro lugar, existe uma clara divergência entre as posturas da Procuradoria – que apoiou a moção da Líbia de levar adiante os processos diretamente no nível nacional – e da Sala Preliminar I – que até agora tem insistido na obrigação da Líbia de entregar os acusados.

Ademais, é necessário levar-se em consideração que ainda existe uma série de questões sem resposta no Estatuto e nas Regras para as quais uma interpretação estrita do teste “mesmo indivíduo-mesma conduta” possa resultar insuficiente. Em especial, podemos mencionar, por exemplo, o conflito entre a classificação legal das condutas como crimes ordinários no nível

144 ICC-01/09/02/11-274, parágrafo 38.

145 ICC-01/09/02/11-274, parágrafo 39.

146 Stahn, C. (2012) “Libya, the International Criminal Court and complementarity: a test for ‘shared responsibility’” en *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), p. 338.

interno e não como crimes internacionais, como seria a hipótese de atuação do TPI. Outra questão diz respeito à real necessidade de que os elementos contextuais sejam incorporados como parte integrante da conduta em questão¹⁴⁷.

Em consequência disso, como destacado pela Sala Preliminar II nos casos do Quênia, ilustrando o que foi decidido pela Câmara de Recursos no caso Katanga, a Procuradoria e as Salas não devem perder de vista que “a *ratio* fundamental subjacente ao conceito de complementaridade visa a conseguir um equilíbrio entre a salvaguarda da primazia dos procedimentos nacionais *vis-à-vis* o Tribunal, de um lado, e o cumprimento do objetivo do Estatuto de Roma de ‘por fim à impunidade’, por outro lado.”¹⁴⁸.

6.2 MOMENTO DE APLICAÇÃO DO TESTE DE ADMISSIBILIDADE

Outro aspecto muito importante, que não está claramente definido no Estatuto ou nas Regras, e a respeito do qual a jurisprudência do Tribunal tem apontado, até o momento, para uma interpretação restritiva, é a determinação do momento no qual devem estar cumpridas as condições requeridas pelo teste de admissibilidade.

No caso Katanga, a defesa impugnou a admissibilidade do caso posteriormente à decisão de confirmação das acusações, alegando que, no momento da emissão do mandado de prisão, a Procuradoria não havia apresentado à Sala a informação que reconhecia que os crimes cometidos na vila de Bogoro (único ataque pelo qual se está processando o réu) faziam parte do processo que tramitava na RDC¹⁴⁹. De acordo com os argumentos da defesa, a determinação de admissibilidade do caso deveria dar-se no momento da expedição do mandado de prisão, e não no momento da impugnação da admissibilidade da causa¹⁵⁰.

A Câmara de Recursos indicou que a admissibilidade deve ser determinada com base nos fatos no momento do procedimento de impugnação da admissibilidade¹⁵¹. De igual modo, no caso de Uganda, a Sala Preliminar II ressaltou que a determinação de admissibilidade de um caso encontra-se sujeita a mudanças em razão das circunstâncias. E, portanto, o marco legal dos artigos 17, 18 e 19 do Estatuto pressupõe que a determinação de admissibilidade seja um

147 *Idem, ibidem*, pp. 338-340.

148 ICC-01/09-02-11-96, parágrafo 40; ICC-01/09-01/11-101, parágrafo 44 [livre tradução das autoras].

149 ICC-01/04-01/07-1213-ENG, parágrafo 16.

150 ICC-01/04-01/07-1213-ENG, parágrafo 9.

151 ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 56.



processo em desenvolvimento durante a fase preliminar, cujo resultado está sujeito à revisão dependendo da evolução fática do respectivo cenário¹⁵².

Tal interpretação, apesar de fundada no texto do Estatuto, foi seguida levando-se em conta as circunstâncias de cada caso no momento da impugnação¹⁵³. Dessa forma, adotando-se uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto, as Salas têm garantido o cumprimento do objetivo central desse texto: exercer sua jurisdição com o objetivo de pôr fim à impunidade e de assegurar que os crimes mais graves que afetam a comunidade internacional, em seu conjunto, não fiquem impunes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFORD, S., *Some oughts on the Trial of Saddam Hussein: The Realities of the Complementarity Principle*, Int'l Crim. L. R. Vol. 8, No. 3, 2008.

ARSANJANI, M. H. *Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanisms of the international Criminal Court*, en *Reflections on the International Criminal Court*, Eds. von Hebel, H. et al., 1999.

BENZING, M., *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity*, 7 M.P.Y.B. UN L, 2004.

BLEICH, J. L., *Complementarity*, 13 *Nouvelles Etudes Pénales*, 1997.

BURKE-WHITE, W. W. *Complementarity in Practice: The International Court as Part of System of Multilevel Global Governance in the Democratic Republic of the Congo*, 18 *Leiden J. Int'l L.* 557, 2004.

CARDENAS ARAVENA, C., *The admissibility test before the International Criminal Court under special consideration of amnesties and truth commissions*, In: *Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the international criminal court-Amsterdam, 25/26 june 2004*, Eds. Kleffner, J.K. & Kor, G. (The Hague, The Netherlands), T. M. C. Asser Press, 2006.

DELMAS-MARTY, M., *Interactions between national and international criminal law in the preliminar phase of trial at the ICC*, 4 *Journal of International Criminal Justice* 6, 2006.

¹⁵² ICC-02/04-01/05-377, parágrafos 27-28.

¹⁵³ Ver, por exemplo: ICC-01/04-01/07-1497, parágrafo 82. No momento de transferir o Sr. Katanga para o Tribunal, a República Democrática do Congo deu por terminados os processos em tramitação contra o acusado.

DUGARD, J., *Possible Conflicts of Jurisdictions with Truth Commissions*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press, 2002.

EL ZEIDY, M., *Some Remarks on the Question of the Admissibility of a Case during Arrest Warrant Proceedings before the International Criminal Court*, 19 *Leiden J. Int'l L.* 1, 2006.

_____, *The Gravity Threshold Under the Statute of the International Criminal Court*, Vol. 19, No. 1, *Crim. L.F.*, 2008.

_____, *The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law*, 23 *Mich. J. Int'l L.* 869, 2002.

FAIRLIE, M. A., *Establishing Admissibility at the International Criminal Court: Does the Buck Stop with the Prosecutor, Full Stop?* 39 *Int'l Lawyer* 817, 2005.

FLORESAGUIRRE, J.A., *La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, en *American University International Law Review*, Volume 20 n 1, (Washington D.C., United States of America), 2004.

_____, *La Responsabilidad Penal Internacional del individuo y su Complementariedad con la Tribunal Penal Internacional: Perspectivas desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, en *American University International Law Review*. Volume 20, n° 1. (Washington DC, United States of America), 2004.

FRONZA, E. *Principio di Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, en *Introduzione al Diritto Penale Internazionale, Seconda edizione*, Ed. Amati E. et al., (Milano, Italia) Giuffrè Editore, 2010.

GIOIA, F., *State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court*, *Leiden J. Int'l L.* 1095, 2006.

GURULÉ, J. *United States Opposition to the Rome Statute Establishing an International Criminal Court: Is the Court's Jurisdiction Truly Complementary to National Criminal Jurisdictions*, 35 *Cornell Int'l L. J.* 1, 2001-2.

HELLER, K. J., *The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process*, 17 *Crim. L.F.* 255.

HOLMES, J. T., *The Principle of Complementarity*, en *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results*, Ed. Roy S. Lee, (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, 1999.

HOLMES, J. T., *Complementarity: National Courts versus the ICC*, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Eds. Cassese A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D. (Oxford, Great Britain), Oxford University Press, 2002.

ICC, Press Release (18.07.2012), *ICC Prosecutor Fatou Bensouda on the Malian State referral of the situation in Mali since January 2012*, ICC-OTP-20120718-PR829, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/P9Emr> .

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Informal Expert Paper: The principle of complementarity in practice* (Tribunal Penal Internacional, Gabinete do Procurador, 2003).

JENSEN, R., *Complementarity, 'Genuinely' and article 17: assessing the boundaries of and effective ICC*. In: *Complementary views on complementarity. Proceedings of the international roundtable on the complementarity nature of the International Criminal Court - Amsterdam, 25/26 June 2004*, Jaan K. Kleffner & Gerben Kor (A Haia, Países Baixos), Asser Press.

KLIP, A., *Complementarity and Concurrent Jurisdiction*, 19 *Nouvelles Etudes Pénales* 173, 2004.

KRESS, K., *"Self-Referrals" and "Waivers of Complementarity": Some Considerations in Law and Policy*, 2 *J. Int'l C. Just.* 944, 2004.

LATTANZI, F., *Il Principio de Complementarità*, en *La Corte Penale Internazionale, Organi – Competenza – Reati – Processo*, Eds. Lattanzi, G. y Monetti, V. (Milano, Italia), Giuffrè Editore, S.p.A., 2006.

LLEWELLYN, J. J., *A Comment on the Complementary Jurisdiction of the International Criminal Court: Adding Insult to Injury in Transitional Contexts?*, 24 *Dalhousie L. J.* 192, 2001.

M. P., *The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 32 *Cornell Int'l L. J.* 507, 1999.

MALARINO, E., *Evaluación comparativa. Implementación y dificultades de implementación del Estatuto de Roma a la luz de la experiencia latinoamericana*, In: *Dificultades Jurídicas y Políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Tribunal Penal Internacional*, Ed. K Ambos, E Malarino y J Woischnik, (Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo), 2006.

MEYER, F., *Complementing Complementarity*, 6 Int'l C. L. Rev. 549, 2006.

MISKOWIAK, K., *Complementarity between the International Criminal Court and national jurisdictions*, en *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation* (Copenhagen, Denmark) Djof-Publishing, 2000.

MURPHY, R., *Gravity Issues and the International Criminal Court*, 17 Crim. L.F. 281, 2006.

NERONI SLADE, T. y CLARK, R. S., *Preamble and Final Clauses*, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Ed. Lee, R. S. (The Hague, The Netherlands), Kluwer Law International, 1999.

NEWTON, M. A., *Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court*, 167 Mil. L. Rev. 20, 2001.

OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Report on Preliminary Examinations activities*, 13 de dezembro de 2011, acesso em: 25 de outubro de 2012, disponível em: <http://goo.gl/A94cr>.

_____. *The Principle of Complementarity in Practice*.

_____. *Policy Paper on the Interests of Justice* [online]. Tribunal Penal Internacional, setembro de 2007, A Haia, acesso em: 10 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf>

OLÁSULO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of the Office of the Prosecutor*, 5 Int'l C. L. Rev. 121, 2005.

PHILLIPS, R. B., *The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility*, 10 Crim. L.F. 61, 1999.

PICHON, J., *The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court*, Int'l Crim. L. R. Vol. 8, No. 1, 2008.



RAZESBERGER, F., *The International Criminal Court, The Principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2006.

RAZESBERGER, F., *The International Criminal Court. The Principle of Complementarity* (Peter Lang GmbH Europäischer Verlag der Wissenchaften, Frankfurt am Main 2006), 2006.

ROJO, E. C., *The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From “No Peace Without Justice” to “No Peace with Victor’s Justice”*, 18 Leiden J. Int’l L. 829, 2005.

RYNGAERT C., *Applying The Rome Statutes Complementarity Principle: Drawing Lessons From The Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle*, Vol. 19, No. 1, Crim. L.F., 2008.

SALINAS CERDA, Ania e SLOAN, James, *The impact of the Distinction Between Situations and Cases on the Participation of Victims in the International Criminal Court. In: The Public in Law, Representations of the Political in the Legal Discourse*, Michelon, C at al. (eds.), (Ashgate Publishing Limited), 2012.

SALINAS, A. *Principio de Complementariedad en la Política Persecutoria del Fiscal de la Tribunal Penal Internacional». In: Rule of Law and Fundamental Rights of Citizens: The European and American Conventions on Human Rights. European Law Series SCIII* (Esperia Publications Ltd., Londres), p. 294.

SCHABAS, W. A., *Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts*, Vol. 19, No. 1, Crim. L.F., 2008.

STAHN, C., *Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court*, 3 J Int’l C. Just. 695, 2005.

_____, *Complementarity: A Tale of Two Notions*, Vol. 19, No. 1, Crim. L.F., 2008.

_____, *Libya, the International Criminal Court and complementarity: a test for ‘shared responsibility’* en *Journal of International Criminal Justice*, 10(2), 2012.

TRONCOSO REPETTO, C., *La Tribunal Penal Internacional y el Principio de la Complementariedad*, en *Ius et Praxis*, año/volumen 6, número 2, Universidad de Talca (Talca, Chile), 2000.

UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, *Report of the International Commission of inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004* (United Nations Secretary-General, Geneva, 25 January 2005), 2006.

WHITE, W. W., *Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice*, Vol. 19, No. 1 *Crim. L.F.*, 2008.

WILLIAMS S. A., SCHABAS W. A., *Article 17, Issues of admissibility*, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ed. Triffterer O., (Munich, Germany), Verlag C.H.Beck oHG, 2008.

YANG, L., *On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 4 *Chinese J. Int'l L.* 121, 2005.

OS DESAFIOS DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. UM BALANÇO DOS 10 ANOS DA ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

SYLVIA STEINER

Juíza do Tribunal Penal Internacional desde 2003. Foi membro do Ministério Público Federal de 1982 a 1995, e Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região de 1995 a 2003. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília (UNB). *Visiting Professor da Human Rights Academy da American University, Washington*. Membro da delegação brasileira na Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional de 1999 a 2002. Associada fundadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) , e membro de sua primeira Diretoria. Membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD). Membro da *International Association of Women Judges (IAWJ)*.

ANIA SALINAS CERDA

Assessora Legal da Divisão de Salas Preliminares e da Sala de Julgamento III do Tribunal Penal Internacional. Mestre em Direito Público pela Universidade de Concepción, Chile. Doutoranda pela Universidade de Glasgow, Escócia. Mestre em Direito Publico Europeu pela Academia de Direito Publico Europeu, Atenas, Grécia. *Research Fellow* da Universidade de Trento, Italia. *Research Fellow da Queen's University, Belfast, Irlanda*. Membro do Grupo Europeu de Direito Público (EGPL).



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E AS ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL NA FASE DE EXAME PRELIMINAR: POR QUE A CORTE PENAL INTERNACIONAL MANTÉM SEU EXAME PRELIMINAR, MAS NÃO INICIA UM INQUÉRITO SOBRE A SITUAÇÃO NA COLÔMBIA?

Héctor Olásolo Alonso

Presidente do Instituto Ibero-Americano de Haia para a Paz, os Direitos Humanos e para a Justiça Internacional (IIH). Professor Titular de Direito Internacional da Universidade do Rosário (Colômbia)

1. INTRODUÇÃO: IMPORTÂNCIA DO TPI NO ÂMBITO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DE COMPLEMENTARIDADE

No seu décimo aniversário, o Tribunal Penal Internacional (“TPI”), enfrenta um dos momentos mais críticos de sua história. Foram detidos, na Líbia, em 7 de junho de 2012, vários integrantes de uma delegação do escritório de apoio à defesa, enviada para informar a Saif Al-Islam Gaddafi (que, desde o ano passado, permanece detido pelas autoridades do Conselho Revolucionário da Líbia) sobre seus direitos no processo atualmente aberto em sua contra na TPI.¹

Tal incidente manifestou a relevância assumida, nos últimos dez anos, pela TPI, no marco da Comunidade Internacional, como consequência de mais de 9.000 comunicações recebidas, até hoje, os exames preliminares sobre as situações de crise no Afeganistão, Colômbia, Coreia do Sul, Geórgia, Guiné, Honduras, Iraque, Nigéria, Palestina e Venezuela, e os inquéritos sobre as situações na Costa do Marfim, Darfur (Sudão), Quênia, Líbia República Centro-Africana, República Democrática do Congo, e Uganda² – além das situações relacionadas à violência sistemática e a grande escala desatada, desde o ano de 2006, no México, a raiz da chamada “guerra contra os cartéis do narcotráfico,” estão localizadas no estágio prévio para o exame preliminar propriamente dito, como atesta a comunicação recebida pela Promotoria em 25 de novembro de 2011³.

Fazendo uma rápida revisão dos numerosos conflitos armados e situações de violência sistemática ou a grande escala em que se desenvolveram, nos últimos dez anos, no mundo, a relevância da função da TPI era só uma questão de tempo. Ela leva em consideração seu mandato e o objetivo de acabar com a impunidade dos responsáveis por aqueles delitos que, mais gravemente, afetam a Comunidade Internacional, como o genocídio, os delitos de lesa humanidade e os crimes de guerra.

No entanto, ninguém podia esperar que, em 2002, a TPI se tornasse, em poucos anos, um ator de relevância num número tão significativo de situações ocorridas ao longo da geografia

1 Veja, <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/64EFE7B7-5951-4102-BF03-B1C758EB1AD0.htm>.

2 Veja, <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Communications+and+Referrals.htm>.

3 Veja, http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2011/11/111125_ultnot_mexico_solicitud_corte_penal_internacional_investigacion_calderon_jrg.shtml.

[...] se pode afirmar que, uma vez aceita a sistematicidade, ou grande escala da conduta punível, a análise requerida na fase de exame preliminar irá focar se estão presentes as condições necessárias para que o TPI exercite sua jurisdição, levando-se em conta seu caráter complementar.

nas quais atua, de maneira direta ou indireta, fez com que a própria TPI, e, em particular, sua Promotoria, desenhasse um plano de ação a respeito de cada uma delas, dependendo de suas principais características e da finalidade última do mandato da TPI: Daí que em 2003⁴, 2006⁵ e 2007⁶ a Promotoria apresentou três documentos relativos a diferentes aspectos de sua política criminal, além de documentos sobre exames preliminares em 2010⁷.

Depois que a Promotoria do TPI percebeu a dimensão das funções que lhe tinham sido encomendadas (e, em particular, da relevância do exame preliminar das diferentes situações de crise com o objetivo de terminar a procedência de iniciar um inquérito sobre os delitos cometidos nelas), preparou, em maio de 2010 um documento sobre os “exames preliminares”, no qual se afirma que, para distinguir aquelas situações em que se justifica a abertura de um inquérito de outras que não se justifica, a Promotoria estabeleceu um processo de filtragem que inclui quatro fases. São elas:

- (a) A Fase 1 proporciona uma valorização inicial de toda a informação recebida sobre supostos delitos conforme o artigo 15 (“comunicações”), para filtrar as informações relativas a delitos que se encontram manifestamente fora da jurisdição da Corte;

africana, latino-americana e asiática. De fato, ainda é possível lembrar aqueles tempos não muito distantes, quando, em 2004, a Promotoria da TPI tinha dificuldades em iniciar sua primeira investigação, centrando-se apenas nos delitos cometidos em Ituri, uma província periférica da República Democrática do Congo com uma população de menos de quatro milhões de pessoas.

A relevância do papel assumido pela TPI no marco da Comunidade Internacional, em seus dez primeiros anos de existência, e as numerosas situações

4 Promotoria do TPI, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, 1-9, ICC-OTP 2003 (Set. 2003), disponível em www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf

5 Promotoria do TPI, *Report on Prosecutorial Strategy*, 1-11 (Set. 14, 2006), disponível em http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf.

6 Promotoria do TPI, *Policy Paper on the Interests of Justice*, 1-9, ICC-OTP 2007 (Set. 2007), disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>

7 Promotoria do TPI, “Minuta de Políticas sobre Exames Preliminares” 4 de outubro de 2010, disponível em: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-F3D7-38D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf.



- (b) A Fase 2, que representa o início formal do exame preliminar, consiste em uma análise de toda a informação sobre supostos delitos, incluindo as “comunicações” que não foram rejeitadas durante a Fase 1, a informação sobre as remissas de um Estado-Parte ou do Conselho de Segurança, as declarações realizadas conforme o artigo 12 (3), informação de fontes públicas, bem como as declarações recebidas na sede da Corte;
- a. Na Fase 2(a), a análise foca as questões relativas à jurisdição pessoal, temporal ou territorial da Corte;
- b. Na Fase 2(b), a análise tem como objetivo os supostos delitos dentro da jurisdição material da Corte.
- (c) A Fase 3 foca na análise de admissibilidade;
- (d) A Fase 4 examina a questão dos interesses da justiça para, desta maneira, realizar uma recomendação final sobre a existência de uma base razoável para iniciar-se um inquérito⁸.

Destas quatro fases, a terceira implica uma análise de admissibilidade por meio da aplicação dos critérios recolhidos no art. 17 do ER, independente da situação ter sido remetida à instância do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de um Estado Participante, ou por qualquer outra pessoa jurídica ou física através de uma comunicação⁹. Mesmo assim, se considerarmos que o art. 53 (1) e (2) ER requerem uma análise exclusivamente negativa dos chamados “interesses da justiça” (de maneira que a abertura de um inquérito não requeira que a mesma sirva para promover os interesses da justiça, mas é suficiente para identificar qualquer fator em particular que não recomende começar a investigar uma situação num determinado momento)¹⁰, se pode afirmar que, uma vez aceita a sistematicidade, ou grande escala da conduta punível, a análise requerida na fase de exame preliminar irá focar se estão presentes as condições necessárias para que o TPI exercite sua jurisdição, levando-se em conta seu caráter complementar.

Neste sentido, o princípio de complementaridade (não de subsidiariedade como alguns autores descreveram), desenvolvido pelos arts.1, 17, 18, 19 e 20 ER, é fundamentado num sistema

8 Ibid, par. 86.

9 Ibid, parágrafos 51-72. Em 2011, o Promotor anunciou a abertura de um inquérito sobre a base da remissão por parte do Conselho de Segurança da ONU da “situação” na Líbia desde o dia 15 de fevereiro de 2011, após concluir que “depois de um exame preliminar da informação disponível [...] um inquérito está justificado”. Veja o comunicado da imprensa da Promotoria do TPI, “O Promotor do TPI abrirá um inquérito na Líbia”, 2 de março de 2011.

10 H. Olásolo Alonso, “Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante el Tribunal Penal Internacional”, em H. Olásolo Alonso, *Ensayos sobre Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de Haia (IIH), Valencia, 2011 (reimpresso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito de Colômbia), p. 86 [adiante: Olásolo Alonso, Admisibilidad de situaciones y casos].

de soberania partilhada entre o TPI e as jurisdições nacionais¹¹. Conforme este princípio, o TPI constitui uma jurisdição de *última ratio* que só pode ser ativada e exercida perante a inação, a falta de disposição ou a falta de capacidade das jurisdições nacionais¹². Daí sim, pode-se afirmar a primazia formal das jurisdições nacionais sobre o TPI, com a que se pretende promover, em nível nacional, os inquéritos e os ajuizamentos dos “crimes mais graves de transcendência para a Comunidade Internacional no seu conjunto” com pleno respeito aos princípios de justiça previstos no Estatuto de Roma (“ER”)¹³.

Ao mesmo tempo, pode-se observar, também, como o princípio de complementaridade inclui um segundo aspecto consistente na primazia material do TPI, pois é ela quem tem a última palavra sobre a possibilidade de, à luz da atuação das jurisdições nacionais, uma situação vir a ser admissível perante o TPI. A primazia material do TPI visa terminar com a impunidade naqueles supostos processos que tenham conseguido impedir o inquérito e ajuizamento pelas jurisdições nacionais dos supostos responsáveis dos delitos previstos no Estatuto de Roma¹⁴.

Desta forma, conforme o artigo 17 (1) ER, o TPI poderá exercer sua jurisdição só se (i) as autoridades nacionais estão inativas, têm falta de disposição ou têm falta de capacidade, e (ii) a situação/caso se trate de assunto suficientemente grave¹⁵. A primeira parte desta análise refere-se aos inquéritos e ajuizamentos desenvolvidos pelas jurisdições nacionais. Assim, o art. 17(1)(a) a (c) do ER, estabelece que o TPI não pode exercer sua jurisdição por problemas de admissibilidade porque a situação de que trate: (i) esteja sendo realmente investigada ou ajuizada por um estado que tem competência sobre a mesma, (ii) tenha sido realmente investigada por um estado que tem competência sobre a mesma e tal estado tenha decidido não ajuizar à pessoa de que se trate; ou (iii) a pessoa de que se trata já foi realmente ajuizada pela conduta a que faz referência a denúncia e um juízo na Corte violaria o princípio um *bis in idem*¹⁶. A partir destes pressupostos, só quando é possível verificar-se a existência de um problema de falta de disposição, ou de falta de capacidade das jurisdições nacionais dos estados afetados, caberá declarar-se a situação admissível e proceder-se a abertura do inquérito¹⁷.

11 H. Olásolo Alonso, “De los Riesgos y las Precauciones necesarias en la Aplicación del Principio de Complementaridad por el Tribunal Penal Internacional: El Estudio de la Determinación das Penas como Objeto de Análisis de Admisibilidad”, em H. Olásolo Alonso, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de Haia (IIH), Valencia, (reimpresso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito de Colômbia), p. 128.

12 Ibid, p. 119.

13 Olásolo Alonso, *Admisibilidad de situaciones y casos* (supra n. 10), pp. 60-61.

14 Ibid, p. 61.

15 Idem.

16 Ibid, pp. 61-62.

17 Idem.

Segundo o art. 17(2) ER, estamos diante da suposta falta de disposição das jurisdições nacionais, mesmo no caso em que estejam investigando, ou tenham investigado e/ou ajuizado, quando, à luz dos princípios de um processo com todas as garantias reconhecidas pelo direito internacional, seja possível afirmar-se que as atuações nacionais: (a) realizam-se, com o “propósito de tirar o acusado de sua responsabilidade penal por crimes da competência da Corte”; (b) sofrem uma demora injustificada, que é incompatível com a intenção de fazer comparecer a pessoa perante a justiça; ou (c) não são substanciadas de maneira independente ou imparcial, e não resultam compatíveis com a intenção de fazer comparecer a pessoa perante a justiça¹⁸.

Por sua parte, o artigo 17 (3) ER define os pressupostos da falta de capacidade como aqueles aos quais as jurisdições nacionais afetadas, devido “ao colapso total ou substancial de sua administração de justiça ou pela carência da mesma”, não podem fazer comparecer o acusado, não dispõem das provas ou das testemunhas necessárias ou não estão em condições de finalizar o juízo oral. Trata-se, definitivamente, de pressupostos excepcionais que podem ter lugar, por exemplo, num contexto de ausência de governo central, de uma guerra civil ou de um desastre natural que provoque um colapso total ou substancial na administração da justiça¹⁹.

Finalmente, a segunda parte da análise de admissibilidade refere-se à “gravidade” do assunto. O art. 17(1)(d) do ER estipula que uma situação é inadmissível quando não é de gravidade suficiente para justificar a adoção de outras medidas pelo TPI²⁰, o que, segundo as decisões para autorizar a abertura do inquérito nas situações do Quênia e da Costa de Marfim, requer a aplicação de critérios como o número de vítimas, o tipo de delito, a maneira como foi cometido ou o impacto provocado nas comunidades afetadas²¹.

18 S.A. Williams, “Article 17. Issues of Admissibility”, em O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 394; y T. Holmes, “The Principle of Complementarity”, em R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer International Law, 1999, pp. 41-78, pp. 54-55. Logicamente, nos casos do art. 17 (1) (c) ER nos quais as jurisdições nacionais emitem sentença firme, não cabe falar-se de uma demora injustificada no desenvolvimento de atuações nacionais já concluídas. Por isso, nestes casos, o art. 20 (3) ER se refere unicamente às atuações nacionais que se realizam com o “propósito de tirar o acusado de sua responsabilidade penal por crimes da competência da Corte”; ou (b) não tenham sido substanciadas de maneira independente ou imparcial, nem sejam compatíveis com a intenção de fazer comparecer a pessoa perante a justiça. Na opinião do autor, este procedimento deveria ter sido dado aos supostos do art. 17(1)(b) ER que se caracterizam porque as autoridades nacionais concluíram sua investigação e decidiram não exercer a ação penal. De outra maneira, uma vez que se toma a decisão de não iniciar a ação penal, as atuações nacionais adolerescerão necessariamente de uma “demora injustificada” porque dita decisão provocará o arquivo das atuações. Veja a respeito, H. Oráoslo, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2003, pp. 219-221.

19 Olásolo Alonso, *Admisibilidad de situaciones y casos* (supra n. 10), p. 62.

20 H. Olásolo Alonso & E. Carnero Rojo, “Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia”, em H. Olásolo Alonso, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de Haia (IIH), Valencia, 2011 (reimpresso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito da Colômbia), p. 98 [em diante: Olásolo Alonso & Carnero Rojo, *Admisibilidad de la situación en Kenia*].

21 *Situacion in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de março de 2010, par.. 60-62 e 188. Veja também, *Situacion in Cote d'Ivoire*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Cote d'Ivoire, 3 de outubro de 2011.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE COMPLEMENTARIDADE ATRAVÉS DA ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DE CASOS: CONSIDERAÇÕES PARA AFIRMAR A ADMISSIBILIDADE DOS CASOS ANTE O TPI CONTRA GERMAIN KATANGA, JOSEPH KONY E JEAN PIERRE-BEMBA

A análise de admissibilidade é realizada em dois momentos diferentes. Em primeiro lugar, na fase de exame preliminar, tem-se o objetivo de decidir-se sobre a pertinência de iniciar-se, ou não, uma investigação sobre uma determinada situação de crise (“análise da admissibilidade de uma situação”)²². Posteriormente, quando é aberta a investigação, e chega-se ao resultado da mesma, é ditada uma ordem de apreensão ou de comparecimento contra uma pessoa, por sua suposta intervenção na execução de certos delitos (“análise de admissibilidade de um caso”)²³.

A jurisprudência do TPI examinou, primeiro, as análises de admissibilidade de casos, afirmando que neles se observa, além da gravidade da conduta imputada ao suspeito, a participação dos órgãos jurisdicionais nacionais em relação à possível responsabilidade penal do suspeito nos delitos que lhe são imputados perante o TPI, aos efeitos de determinar a ação ou a inação das autoridades nacionais e, em caso de se terem desenvolvido atuações judiciais a nível nacional, analisar se elas não sofrem de uma falta de disposição ou de capacidade²⁴.

Somente *a posteriori*, o TPI definiu a análise de admissibilidade de situações durante a fase de exame preliminar, afirmando que essa análise deve realizar-se em casos potenciais, definidos por categorias de pessoas e tipos de delitos, que centrarão a investigação da Promotoria do TPI caso seja aberta a investigação²⁵. Desta maneira, a TPI entende que atuações judiciais foram feitas sobre o grupo de casos potenciais da situação de crise em exame preliminar, sob efeito de

22 Olásolo Alonso & Carnero Rojo, Admisibilidad de la situación en Kenia (supra n. 20), pp. 94 a 97.

23 Idem.

24 Idem.

25 Ibid, pp. 107-110.

determinar a participação, ou não, das autoridades nacionais, e, no seu caso, sua possível falta de vontade ou capacidade²⁶.

No referente à aplicabilidade prática, as primeiras análises da admissibilidade foram realizadas nos casos da Uganda, da República Democrática do Congo e a da República Centro-Africana. Assim, no processo contra Joseph Kony e vários comandantes do mais alto escalão do Exército da Libertação do Senhor (grupo armado de oposição ao governo desde 1985), a Sala de Questões Preliminares II concluiu que o Acordo sobre Responsabilidade e Reconciliação entre a República da Uganda e o Exército de Resistência do Senhor e seu correspondente Anexo (redigidos após a emissão das ordens de apreensão contra os imputados) não mudam o cenário de inação do estado pela ausência de investigações e ajuizamento contra Joseph Kony e seus comandantes, pelos delitos aos quais lhes foram imputados perante a TPI²⁷. A Sala de Apelações não encontrou nenhum erro nesta decisão²⁸.

No caso contra Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui, a Sala de Primeira Instância afirmou a admissibilidade do caso com base, entre outros fundamentos, na decisão do governo da República Democrática do Congo de não investigar ou ajuizar os delitos supostamente cometidos por ele, e deixar, assim, que o TPI o fizesse em seu lugar, de forma que não dava lugar a nenhuma das causas de inadmissibilidade enumeradas no art. 17(1) (a) a (c) do ER, e era coerente com o princípio de “complementaridade”²⁹. Esta interpretação foi confirmada pela Sala de Apelações³⁰.

Por sua vez, a Sala de Questões Preliminares III concluiu que Jean-Pierre Bemba não estava sendo ajuizado na República Centro-africana (“RCA”) pelos delitos alegados pela Promotoria da TPI. E que as autoridades judiciais desse estado tinham abandonado toda e qualquer tentativa de julgá-lo, devido ao reconhecimento de sua imunidade como vice-presidente da RDC³¹. Outrossim,

²⁶ Idem.

²⁷ Ibid, p. 100. Veja também *The Prosecutor vs Joseph Kony et al. Pre-Trial Chamber II.*, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, em 10 de março de 2009.

²⁸ *The Prosecutor. Joseph Kony et al., Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Defense against the “Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute” of 10 March 2009*, ICC-02/04-01/05-408, de 16 de setembro de 2009.

²⁹ Olásolo Alonso & Carnero Rojo, Admisibilidad de la situación en Kenia (supra n. 20), pp. 100-101. Veja também, *The Prosecutor vs Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, ICC- 01/04-01/07-4, 6 de julho de 2007, parágrafos 17-21; *The Prosecutor vs Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/07-3, 6 de julho de 2007, parágrafos 17-22; e *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber II, Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 de junho de 2009, parágrafos. 77-79.

³⁰ *The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de setembro de 2009, parágrafos. 85-86.

³¹ Olásolo Alonso & Carnero Rojo, Admisibilidad de la situación en Kenia (supra n. 20), p. 101. *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-

a Sala de Primeira Instância concluiu que a RCA não tinha tomado uma decisão de “não ajuizar” o caso contra Jean-Pierre Bemba no sentido do art. 17(1)(b) do ER, mas que tinha promovido que seu ajuizamento fosse feito pelo TPI³². A Sala também concluiu que o sistema judicial nacional da RCA era “incapaz” de realizar esse julgamento porque não tinha a capacidade de encarar a complexidade e a amplitude do caso contra o acusado, e, portanto, esse sistema não estava disponível devido à sua falta de capacidade (art. 17(3) do ER). Esta interpretação também foi posteriormente confirmada pela Sala de Apelações³³.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE COMPLEMENTARIDADE NO EXAME PRELIMINAR, A FUNÇÃO DO MESMO NA ATUAÇÃO DAS JURISDIÇÕES NACIONAIS E NO FORTALECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO

Em relação à análise da admissibilidade de situações, destaca-se diferente forma de proceder nas situações da Líbia, do Sudão, do Quênia e da Colômbia. Com relação à situação da Líbia, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, na resolução 1970, do 26 de fevereiro de 2011, definiu a situação de crise existente na Líbia, desde 15 de fevereiro desse ano, como consequência da reação das forças de segurança do regime de Gaddafi às manifestações que, desde aquela data, estavam ocorrendo nas principais cidades do país (Trípoli, Misrata e Benghazi). Só cinco dias depois, em 3 de março de 2011, a Promotoria concluía seu exame preliminar e anunciava a abertura de um inquérito, conforme o artigo 53 (3) (i) ER.

Uma dinâmica semelhante aconteceu no caso da abertura da investigação em Darfur (Sudão). Em sua resolução 1593, de 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança das Nações Unidas encaminhou a análise da situação dos três estados de Darfur da República de Sudão à Promotoria

01/05-01/08-14, 10 de junho de 2008, parágrafo 21. Esta decisão sobre a admissibilidade do caso não foi modificada pela Sala de Questões Preliminares II na sua decisão, confirmando os cargos contra Jean-Pierre Bemba em 2009. Veja, *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junho de 2009, par. 25-26.

32 Olásolo Alonso & Carnero Rojo, Admisibilidad de la situación en Kenia (supra n. 20), p. 102. Veja também, *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, ICC-01/05-01/08-802, 24 de junho de 2010, par. 241-249.

33 Olásolo Alonso & Carnero Rojo, Admisibilidad de la situación en Kenia (supra n. 20), p. 102. Veja também, *Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”*, ICC-01/05-01/08-962, 19 de outubro de 2010, par. 74 and 107-109.

do TPI, solicitando o início de uma investigação sobre o delito de genocídio, lesa humanidade e crimes de guerra supostamente lá cometidos. Após dois meses de exame preliminar, em 6 de junho de 2005, a Promotoria anunciou a abertura da investigação.

Notadamente diferente, foi o comportamento da Promotoria do TPI antes do início da investigação, que só aconteceu quase dois anos após a abertura do exame preliminar como consequência das primeiras comunicações sobre os delitos de lesa humanidade que foram cometidos, supostamente, após as eleições presidenciais de dezembro de 2007, em seis das oito províncias do Quênia³⁴.

Assim, em fevereiro de 2008, a Promotoria do TPI emitiu um comunicado divulgando que iria realizar um exame preliminar da violência pós-eleitoral no Quênia.

Quênia é um Estado-Parte do Estatuto de Roma. A Promotoria considera, cuidadosamente, toda informação referente a crimes dentro de sua alçada, supostamente cometidos no território de estados-partes ou por nacionais de estados partes, sem levar em conta as pessoas ou o grupo que, presumidamente, tenham cometido o crime³⁵.

Um ano após, a Promotoria ratificou que estava examinando a situação no Quênia e esclareceu que “continuava monitorando o desenvolvimento de processos nacionais em relação à violência pós-eleitoral do começo de 2008”³⁶. O Promotor também indicou que, desde janeiro de 2008, vinha recebendo comunicações de indivíduos e organizações não governamentais, a respeito do art. 15 do ER³⁷.

Em julho de 2009, o Promotor reuniu-se na sede do TPI com uma delegação do governo queniano. Este último acordou passar para o Promotor um relatório sobre as investigações e os ajuizamentos que ocorreram no Quênia referentes à violência pós-eleitoral, e, assim, informou-lhe que o parlamento queniano estava debatendo o estabelecimento de um tribunal especial ou outro mecanismo judicial para investigar e ajuizar os responsáveis pela violência de 2008. Ambos acordaram que o governo do Quênia encaminharia a situação ao Promotor, conforme o art. 14 do ER, caso não alcançasse um acordo parlamentar para conseguir o “final da impunidade dos máximos responsáveis pelos crimes mais graves” nos doze meses seguintes³⁸.

34 Olásolo Alonso & Carnero Rojo, Admisibilidad de la situación en Kenia (supra n. 20), pp. 105-108.

35 Promotoria do TPI, “Declaração em relação aos acontecimentos no Quênia”, 5 de fevereiro de 2008.

36 Folha informativa da Promotoria do TPI, “O Promotor reafirma que seu escritório segue observando a situação no Quênia”, 11 de fevereiro de 2009.

37 Idem.

38 Promotoria do TPI, “Atas do Acordo da reunião entre o Procurador Moreno Ocampo e a delegação do Governo do Quênia”, 3 de julho

Como consequência do acordo com o governo do Quênia, o Promotor do TPI recebeu um relatório do Promotor Geral do Quênia sobre delitos cometidos durante a violência pós-eleitoral³⁹. Além disso, a Comissão de Investigação sobre a Violência Pós-Eleitoral no Quênia (“Comissão Waki”) também entregou à Promotoria materiais que tinha recolhido, junto com um envelope selado, contendo uma lista de pessoas que poderiam estar implicadas no desenvolvimento da violência⁴⁰. Após a recepção destes materiais, o Promotor da Corte afirmou que:

“Consideraremos, especialmente, a existência de procedimentos nacionais. As autoridades quenianas estão discutindo opções para estabelecer uma corte nacional que julgue tais casos. Segundo o Estatuto de Roma, a responsabilidade principal para a investigação e o ajuizamento destes crimes é do Quênia. As conclusões da Comissão Waki são importantes, mas não vinculantes para meu escritório; devo ter uma conclusão imparcial⁴¹.”

Após manter consultas com o governo do Quênia, em setembro de 2009, a Promotoria do TPI sugeriu uma abordagem de três vias para tratar a violência pós-eleitoral de 2008 no Quênia. O TPI ajuizaria “os mais responsáveis”; processos nacionais estabelecidos pelo parlamento do Quênia se encarregariam de “outros responsáveis”; e uma “Comissão de Justiça, Verdade e Reconciliação” seria criada no Quênia para esclarecer toda a história dos acontecimentos passados e para sugerir mecanismos de prevenção de delitos similares no futuro⁴².

Em novembro de 2009, não houve quórum suficiente no parlamento queniano para discutir a proposta do estabelecimento de um tribunal nacional especial para a violência pós-eleitoral, apesar de o governo do Quênia ter decidido não encaminhar a situação do Quênia à Promotoria do TPI. Em reação, a Promotoria do TPI, após informar às autoridades quenianas, notificou o Presidente do TPI que tinha intenção de pedir autorização judicial para começar a investigar a situação no Quênia, segundo o disposto no art. 15(3) do ER⁴³, e informou, publicamente, às vítimas, a respeito da possibilidade de apresentar suas observações à Sala de Questões

de 2009.

39 Comunicado de imprensa da Promotoria do TPI, “O Promotor do TPI recebe materiais sobre a violência pós-eleitoral no Quênia”, 16 de julho de 2009.

40 Comunicado de imprensa da Promotoria do TPI, “A lista de nomes preparada pela Comissão Waki está na mão do Promotor do TPI”, 16 de julho de 2009.

41 Comunicado da imprensa da Promotoria do TPI, “O Promotor do TPI recebe materiais sobre a violência pós-eleitoral no Quênia”, 16 de julho de 2009.

42 Comunicado da imprensa da Promotoria do TPI, “O Promotor do TPI Apoia um Enfoque de Três Vias para a Justiça no Quênia”, 30 de setembro de 2009.

43 Folha informativa da Promotoria do TPI, “As autoridades do Quênia mostram-se comprometidas em cooperar com o TPI quando o Promotor do TPI lhes informa que em dezembro pedirá aos juizes do TPI a abertura de uma investigação sobre a violência pós-eleitoral”, 5 de novembro de 2009.



A Promotoria sustenta que os casos que surgiram de sua investigação da situação seriam admissíveis, nesse momento, porque não tinha aberto investigações ou processos nacionais contra “os máximos responsáveis” pelos delitos anteriormente mencionados.

ONU e de várias ONGs, o Promotor argumentou, na sua petição, que os atos cometidos no território de Quênia, no final de 2007 e começo de 2008, eram constitutivos de delitos de lesa humanidade. E os que o TPI tinha competência para tratar (assassinato, estupro e outras formas de violência sexual, deportação ou deslocamento forçoso da população e outros atos desumanos, todos eles supostamente cometidos em um estado-parte após sua ratificação do ER)⁴⁶.

A Promotoria sustenta que os casos que surgiram de sua investigação da situação seriam admissíveis, nesse momento, porque não tinha aberto investigações ou processos nacionais contra “os máximos responsáveis” pelos delitos anteriormente mencionados. A Promotoria declarou que, segundo os relatórios das autoridades quenianas, só um pequeno número de procedimentos penais por delitos menos graves tinha começado no Quênia, na relação com os delitos supostamente cometidos durante a violência pós-eleitoral. A Promotoria também considera que a informação disponível, nesse momento, não indicava a existência de procedimentos nacionais em outros estados com competência sobre a violência pós-eleitoral (art. 17(1)(a) a (c) do ER)⁴⁷. O Promotor também afirmou que estes delitos eram o suficientemente graves, levando-se em conta o número de vítimas, organização e planejamento e impacto sobre as comunidades locais (art. 17(1)(d) do ER)⁴⁸.

Preliminares. Em acréscimo, questionou se deveria abrir, ou não, uma investigação sobre a violência pós-eleitoral sofrida no Quênia entre dezembro de 2007 e fevereiro de 2008⁴⁴.

Uma vez que a situação no Quênia foi assinada junto à Sala de Questões Preliminares II⁴⁵, a Promotoria do TPI apresentou, no dia 26 de novembro de 2009, perante a Sala, a petição de autorização para a abertura da investigação. Sobre a base de relatórios públicos das autoridades quenianas, da

44 *Situacion in the Republic of Kenya*, Presidency, Decision Assigning the Situacion in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1-Anexo, 6 de novembro 2009; Anúncio público da Promotoria do TPI, “As vítimas da violência pós-eleitoral no Quênia têm 30 dias para apresentar observações à TPI em Haia”, 23 de novembro de 2009.

45 *Situacion in the Republic of Kenya*, Presidency, Decision Assigning the Situacion in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1, do 6 de novembro de 2009.

46 *Situacion in the Republic of Kenya*, *Office of the Prosecutor*, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09-3, 26 de novembro de 2009.

47 *Ibid*, par. 55.

48 *Ibid*, par. 56-59.





66ª CARAVANA DA ANISTIA, PÚBLICO NA SESSÃO DE JULGAMENTO, MEMORIAL DA RESISTÊNCIA, SÃO PAULO/SP, 8 DE DEZEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Antes de decidir sobre a petição da Promotoria, a Sala de Questões Preliminares II procedeu à análise da admissibilidade da situação. Em resposta, em fevereiro de 2010, a Sala solicitou informação adicional à Promotoria sobre (i) os episódios que provavelmente seriam o centro de sua investigação; (ii) os grupos de pessoas comprometidas que, presumivelmente, seriam investigados, e (iii) as investigações nacionais existentes, caso tivesse alguma, em referência direta aos “casos potenciais” conformados pelos dois elementos anteriores⁴⁹. Sobre a base da

⁴⁹ *Situacion in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, Decision Requesting Clarification and Additional Information, ICC-01/09-15, 18 de fevereiro de 2010, par. 11 e 14.*

informação proporcionada pela Promotoria e as observações recebidas de supostas vítimas⁵⁰, em 31 de março de 2010, a Sala de Questões Preliminares autorizou a abertura de uma investigação sobre a situação no Quênia⁵¹.

O diferente tratamento dado pela Promotoria, durante a fase de exame preliminar às situações da Líbia, de Darfur (Sudão) e do Quênia, está estreitamente relacionado ao potencial dos exames preliminares da Promotoria para incentivar as autoridades nacionais dos estados afetados a pôr fim aos delitos e dar encaminhamento à investigação e ao ajuizamento. Daí que, frente ao desafio da legitimação do TPI e à negativa das autoridades da Líbia e do Sudão em proceder de maneira independente e imparcial, num prazo razoável à investigação dos supostos responsáveis por genocídio, delitos de lesa humanidade ou crimes de guerra que ali estavam sendo cometidos, a resposta imediata da Promotoria foi a abertura de um espaço de dias, ou semanas, da investigação (máxime depois que o Conselho de Segurança das Nações Unidas acordara solicitar à Promotoria do TPI que procedesse a investigação de tais delitos).

Por outro lado, no caso do Quênia, a atitude mais receptiva das autoridades locais, e sua inicial disposição para a criação de um tribunal especial em nível nacional que reconhecesse a violência sistemática e a grande escala ocorrida após as eleições de dezembro de 2007, foi fazer com que a Promotoria tratasse de iniciar, enquanto parecia uma opção viável, a criação deste tribunal ou de outro mecanismo de justiça alternativa em nível nacional, antes de solicitar à Sala de Questões Preliminares II a autorização para a abertura da investigação. De fato, só depois da constatação da ausência de uma vontade real das autoridades nacionais de estabelecer os instrumentos necessários para iniciar a investigação e o ajuizamento dos responsáveis pela campanha de violência, é que a Promotoria, quase dois anos depois do início do exame preliminar, decidiu apresentar a solicitação de autorização para a abertura da investigação.

Neste sentido, é importante dizer que, apesar da falta de resultados positivos da estratégia da Promotoria em promover, o quanto antes, o estabelecimento dos instrumentos necessários em nível nacional para que a jurisdição queniana se encarregasse da investigação e ajuizamento dos delitos objetos da violência pós-eleitoral de dezembro de 2007 e janeiro/fevereiro de 2008, esta forma de operar não está na contramão do princípio de complementaridade do TPI. E nem apresenta, em todas as ocasiões, resultados tão pouco positivos como no caso da situação no Quênia.

50 *Situacion in the Republic of Kenya*, Registry, Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims' Representations, ICC-01/09-17-Corr-Red, 18 de março de 2010.

51 *Situacion en la República de Kenia*, Sala de Questões Preliminares II, Decisão Conforme o Artigo 15 do Estatuto de Roma relativa à Autorização de uma Investigação da Situação na República do Quênia, ICC-01/09-19, 31 de março de 2010.

Assim como foi demonstrado em vários exames preliminares, incluídos aqueles relativos às situações na Geórgia⁵², na Guiné⁵³ e na Palestina⁵⁴, o Promotor, além de receber testemunhos e buscar informação de diversos tipos de fontes⁵⁵, pode: (i) enviar missões aos estados afetados; (ii) receber, no seu escritório de Haia, delegações de governos nacionais, representantes do poder judicial, líderes da oposição e organizações não governamentais; (iii) recomendar medidas que devam ser tomadas em nível nacional para eliminar a ameaça de delitos atrozes; (iv) discutir uma estratégia de prevenção com as Nações Unidas, assim como com outras organizações e estados interessados; (v) trocar informação com atores nacionais e internacionais; e (vi) publicar, nos meios de comunicação, a evolução dos acontecimentos nos estados afetados, e o grau de cooperação das autoridades nacionais⁵⁶.

A utilização de canais diplomáticos e meios de comunicação permite chamar-se a atenção da Comunidade Internacional para os delitos cometidos e para a impunidade de seus supostos autores. E sublinha, ainda, a possibilidade de as autoridades nacionais evitarem uma investigação e ajuizamento perante ao TPI, se forem tomadas as medidas necessárias para que as jurisdições nacionais cumpram com sua obrigação de investigar e ajuizar esses delitos.

Neste sentido, a Promotoria do TPI, em seu relatório sobre exames preliminares, de 13 de dezembro de 2011, afirmou que, dentro do exame preliminar que se realiza sobre a situação da Colômbia, desde 2005, foram adotadas as seguintes medidas:

“O escritório mantém um diálogo constante com o governo da Colômbia e recebeu, recentemente, informação atualizada sobre as atuações das autoridades judiciais nacionais competentes. Mais recentemente, em 21 de setembro de 2011, o Promotor se encontrou com a nova Promotora Geral de Colômbia, Vivian Morales. As

52 Em relação ao exame preliminar da situação na Geórgia, quando o Promotor do TPI torna público em 14 de agosto de 2008: (i) o ministro da justiça da Geórgia visitou o Promotor do TPI em Haia; (ii) 3817 comunicações individuais foram enviadas ao Promotor do TPI da Rússia (um Estado não parte); (iii) o Promotor solicitou informação aos governos da Rússia e da Geórgia em 27 de agosto de 2008, e ambos responderam; (iv) duas visitas a Geórgia foram feitas pelo pessoal da Promotoria do TPI em novembro de 2008 e em junho de 2010; e (v) uma visita a Rússia foi feita pelo pessoal da Promotoria do TPI em março de 2010. Veja, www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+And+Ref/Georgia/, acessado pela última vez em 20 de dezembro de 2010.

53 Em relação ao exame preliminar da situação de Guiné, quando o Promotor do TPI tornou público em 14 de outubro de 2009: (i) o Promotor do TPI realizou, em janeiro de 2010, consultas com o presidente de Burkina Faso (mediador do grupo de contato para Guiné) e com o presidente de Senegal, para ter certeza de que ambos estavam adequadamente informados sobre o trabalho do Promotor; (ii) duas visitas do pessoal da Promotoria a Guiné ocorreram em Fevereiro e Maio de 2010 para discutir vários assuntos com o Ministro de Justiça e vários magistrados. A respeito, veja www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Guinea/, acessado pela última vez em 20 de dezembro de 2010.

54 Em relação ao exame preliminar da situação na Palestina, uma delegação da Autoridade Nacional Palestina, e Representantes da Liga Árabe visitaram, respectivamente, o Promotor do TPI em 15 e 16 de outubro de 2009, e o 11 de janeiro de 2010. Veja www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Palestine/, acessado pela última vez em 20 de dezembro de 2010.

55 Artigo 15 (2) ER, e regras 104 e 105 das Regras de Procedimento e Prova.

56 Sobre este assunto veja, W. Burke-White, 'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice', en *Criminal Law Forum*, Vol 19 (2008), pp. 59 y ss, p. 61; e C. Hall, 'Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy', em C. Stahn/G. Sluiter, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009, pp. 220 e ss.



autoridades colombianas transmitiram, posteriormente, nova informação atualizada sobre as atuações de JPL. O Escritório interveio em discussões públicas sobre a aplicação do princípio de complementaridade na Colômbia. Em uma reunião bianual com as ONGs, ocorrida em 20 de outubro de 2010, o Escritório realiza uma sessão sobre a complementaridade no contexto do exame preliminar na Colômbia, com especialistas que comentaram a resposta das autoridades colombianas diante da luta contra a impunidade. A sessão focou, especificamente, nas atuações da JPL [...] Em maio de 2011, em Londres, a Promotoria participou de uma conferência de alto nível, na qual estiveram presentes especialistas, funcionários colombianos, magistrados e representantes de ONGs, o que gerou um saudável debate sobre o papel do Escritório no fortalecimento do princípio de complementaridade na Colômbia [...] O Escritório continuará examinando a situação e as atuações nacionais na Colômbia. Neste contexto, e conforme o princípio de complementaridade positiva adotado, o Escritório dá as boas-vindas aos atuais esforços do governo colombiano em buscar maior apoio internacional para as atuações judiciais nacionais e de promover a cooperação, como explicou o atual presidente da Colômbia, D. Juan Manuel Santos, durante a nona Assembleia dos Estados-Partes em dezembro de 2010 [...] A nomeação do juiz espanhol Baltasar Garzón, que trabalhou para o Escritório como assessor na Missão de Apoio do Processo de Paz na Colômbia da Organização dos Estados Americanos (OEA) é um exemplo da cooperação entre os Estados-Partes, as organizações internacionais e o Escritório”⁵⁷.

Os exames preliminares constituem, portanto, uma potencial ferramenta importante para o estado de direito em nível nacional, favorecendo a adoção de ferramentas necessárias para que as jurisdições nacionais possam realizar a investigação e o ajuizamento dos delitos da competência do TPI de maneira independente, imparcial e dentro de um prazo razoável. É por isso que a própria Promotoria do Tribunal Penal Internacional vem sublinhando que, em princípio, não tem uma duração definida, senão que sua extensão dependerá das circunstâncias específicas de cada situação:

O exame preliminar da informação disponível a respeito de uma situação é realizado de maneira compreensiva e detalhada. O Promotor é obrigado a continuar com o exame até o momento em que a informação mostra que existe, ou não existe, uma base razoável para proceder à investigação. Por exemplo, os critérios de complementaridade requerem o monitoramento de certos procedimentos nacionais para determinar se os mesmos se referem aos delitos mais

57 Promotoria do Tribunal Penal Internacional, Report on the Preliminary Examination Activities, de 13 de dezembro de 2011, par. 83-86, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPPReportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf>

graves e se são genuínos. Em consequência, o tempo e duração das atividades para serem desenvolvidas durante o exame preliminar terão que se basear, necessariamente, na situação de que se trate⁵⁸.

Neste contexto, todo incentivo às autoridades nacionais para dar fim à realização de genocídio, delitos de lesa humanidade e crimes de guerra devem vir acompanhado de⁵⁹:

(i) Assistência às autoridades nacionais para que possam cumprir com o dever de investigar e ajuizar os delitos já cometidos (“complementaridade positiva”)⁶⁰; e

(ii) A partilha com o TPI, sobretudo quando tem-se problemas sérios de falta de capacidade, da responsabilidade de investigar e ajuizar esses delitos (“complementaridade cooperativa”)⁶¹.

Desta maneira, pode-se afirmar que o apoio aos estados afetados receptivos para que fortaleçam seus sistemas nacionais de justiça e resolvam suas próprias atuações, constitui-se em um elemento essencial do mandato do TPI, enquanto alicerce básico de seu mandato preventivo⁶².

A este respeito, William Burke-White⁶³ e Christopher Hall⁶⁴ afirmaram que a Promotoria pode recorrer ao tipo de medida que acabamos de ver para cumprir com este mandato através de seus exames preliminares e investigações. Em particular, o Promotor pode treinar os atores jurídicos

58 Promotoria do TPI, “Minuta de Políticas sobre Exames Preliminares”, 4 de outubro de 2010 (supra nota 7), par. 83.

59 Tanto a complementaridade positiva como a complementaridade cooperativa parecem ter sido, em grande medida, implicitamente confirmadas pela decisão da Sala de Apelações de 22 de junho de 2009 no caso Katanga y Ngudjolo. Veja Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision of the Presiding Judge of the Appeals Chamber in the appeal of Germain Katanga against the Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07-1286, de 10 de julho de 2009.

60 Veja W Burke-White, ‘Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice’ em *Criminal Law Forum*, Vol 19 (2008), pp. 59 e ss, p. 61; e C Hall, ‘Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy’ en C. Stahn/G. Sluiter (coords.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009, pp. 220 y ss. Veja também, M.E. Cross/S. Williams, ‘Recent Developments at the ICC: Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui: A Boost for Co-operative Complementarity?’, em *Human Rights Law Review*, Vol 10 (2010), pp. 336 ess, p. 339.

61 A. Cassese, ‘The Rome Statute: A Tentative Assessment’, en Cassese et al. (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p.1901 e ss, p. 1906; C. Kress, “Self-Referrals” and “Waivers of Complementarity”: Some Considerations in Law and Policy’, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol 2 (2004), pp. 944 e ss, pp. 947-948; e F. Gioia, ‘State Sovereignty, Jurisdiction, and “Modern” International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court’, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19 (2006), pp. 1095 e ss, p. 1115.

62 H. Oráoslo Alonso, “La función de la Tribunal Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina da intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post-facto al concepto de responsabilidad de proteger y la intervención oportuna da Tribunal Penal Internacional”, em H. Oráoslo Alonso, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011 (reimpresso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito de Colômbia), p. 50, 52 e 54.

63 W. Burke-White, ‘Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice’, em *Criminal Law Forum*, Vol 19 (2008), pp. 59 e ss, p. 61.

64 C. Hall, ‘Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy’ en C. Stahn/ G. Sluiter (coord.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009, pp. 220 e ss.

nacionais na investigação e o ajuizamento de delitos atrozes, e apoiá-los no estabelecimento de programas de diversa índole, incluindo programas de proteção a vítimas, testemunhas, e administração e gestão da informação. Assim mesmo, pode monitorar o desenvolvimento das atuações nacionais e dar seu parecer a respeito, assim como trabalhar em coordenação com os outros órgãos do TPI para incrementar a eficácia das medidas preventivas adotadas.

Quanto aos resultados desta forma de operar, e apesar da ausência, ainda, de provas concludentes, há vários indícios de que o exame preliminar no Afeganistão contribuiu para que a OTAN, e em particular os Estados Unidos, definissem de maneira mais precisa as condições para o lançamento de bombardeios aéreos⁶⁵. Os Estados Unidos também parecem ter reafirmado seu compromisso de recorrer a seus próprios mecanismos de investigação e ajuizamento internos⁶⁶, o que parece ter provocado a abertura, em abril de 2010, de uma investigação em relação às mortes de civis supostamente provocadas pelas forças especiais norte-americanas⁶⁷.

Por sua parte, o exame preliminar no Iraque, que começou por causa das numerosas comunicações individuais recebidas pelo Promotor, desde o ano 2003, foi fechado devido às atuações iniciadas pelo Reino Unido com respeito a todas e cada uma das instâncias nas quais britânicos puderam ver-se envolvidos na execução de crimes de guerra⁶⁸.

Então, a situação pode ser vista de maneira mais positiva, sobretudo à luz das sentenças sobre a vinculação de parlamentares e governadores com os grupos paramilitares na Colômbia, às quais vêm sendo promulgadas na Sala de Cassação Penal da Corte Suprema de Justiça desde 2009 (“Sala de Cassação Penal”), as compreensivas sentenças de primeira instância que, no último ano, foram emitidas pela Sala de Conhecimento de Justiça e Paz do Tribunal Superior de Bogotá (“SJP”) sobre a criação, a consolidação e a expansão dos grupos paramilitares na Colômbia. Vejamos, a seguir, a maneira como a estratégia da Promotoria, durante o exame preliminar da situação na Colômbia, vem operando, desde sua abertura, em 2005.

65 Veja D. Schwammenthal, ‘Prosecuting American ‘War Crimes’’, en *The Wall Street Journal*, Section Opinion Europa, The Hague, 26 de novembro de 2009. Veja também, D. Filkins ‘U.S. Tightens Airstrike Policy in Afghanistan’ en *The New York Times*, section Asia-Pacific, 21 de junho de 2009.

66 Veja E. Barbour/M.C. Weed, ‘The International Criminal Court (ICC): Jurisdiction, Extradition, and U.S. Policy’, en Congressional Research Service, de 16 de março de 2010 (disponível em http://assets.opencrs.com/rpts/R41116_20100316.pdf, acessado, pela última vez, em 20 de dezembro de 2010), p. 15.

67 Veja L King, ‘Inquiry puts Spotlight on U.S. Special Forces in Afghanistan’ *The Los Angeles Times* (Los Angeles, 9 de abril de 2010), falando de uma investigação de alto perfil aberta pelo exército norte-americano em abril de 2010 sobre as supostas mortes de civis causadas pelas forças especiais que, até então, tinham sido ocultadas ao público.

68 Promotoria do TPI, ‘OTP Response to communications received concerning Iraq’, de 9 de fevereiro de 2010, disponível em www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB774CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf, acessado pela última vez em 20 de dezembro, p. 9.

4. O EXAME PRELIMINAR DA SITUAÇÃO NA COLÔMBIA E O ATUAR DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS (2005-2012)

Esta situação fica evidente ao analisar-se o devir dos acontecimentos na Colômbia, apesar de que as investigações sobre os paramilitares desmobilizados no país, a partir do ano 2003⁶⁹, não começaram até que a Corte Constitucional colombiana tivesse se pronunciado, em maio de 2006, sobre a constitucionalidade da lei de Justiça e Paz, peça-chave do processo de desmobilização⁷⁰. Pouco depois, o Promotor do TPI tornou público seu exame preliminar⁷¹, e, em outubro de 2007 e agosto de 2008, realizou duas visitas à Colômbia⁷². Posteriormente, no ano de 2010, tanto o Procurador Geral da Colômbia, como uma ampla representação da Sala de Cassação Penal, visitaram a Promotoria da Corte⁷³, e, em setembro de 2011, o Promotor do TPI realizou uma nova visita à Colômbia. O encontro foi com a recém-nomeada Procuradora Geral, Vivianne Morales⁷⁴.

Só três meses depois desta última visita, a Promotoria publicou seu relatório sobre atividades nos exames preliminares em que explicava o recebimento das 86 comunicações sobre a Colômbia, das quais 17 referiam-se a fatos sobre os quais o TPI não tinha jurisdição, sendo que as outras 69 estavam em processo de análise como parte do exame preliminar sobre a Colômbia, desenvolvido pela Promotoria desde 2005⁷⁵. A seguir, mencionou os principais atores envolvidos no conflito que tem castigado a Colômbia durante décadas, enfatizando a redução do poder dos grupos paramilitares, nos últimos anos, através do processo de desmobilização, patrocinado pela Lei de Justiça e Paz, ainda que observasse que alguns desmobilizados tinham voltado a tomar as armas, reconfigurando unidades de menor tamanho e um alto grau de

69 O processo de desmobilização foi o resultado do acordo de Santo Fe de Ralito firmado em 15 de julho de 2003. Esse acordo foi feito entre o governo nacional da Colômbia e as AUC.

70 Veja a Sentença da Corte Constitucional da Colômbia, C-370/2006, de 18 de maio de 2006. Veja também, J.E. Arvelo 'International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process', en *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 77 (2006), pp. 411 e ss.

71 Veja www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Colômbia, acessado pela última vez em 20 de dezembro de 2010.

72 Idem.

73 Olásolo Alonso, *Función de prevención de la TPI* (supra n. 62), p. 76.

74 Promotoria do Tribunal Penal Internacional, *Report on the Preliminary Examination Activities*, de 13 de dezembro de 2011 (supra n. 57), par. 85.

75 Promotoria do Tribunal Penal Internacional, *Report on the Preliminary Examination Activities*, de 13 de dezembro de 2011 (supra n. 57), par. 61.



autonomia⁷⁶. Finalmente, procedia a análise numérica das atuações desenvolvidas, nos últimos anos, pelos órgãos jurisdicionais colombianos, em que a Promotoria do TPI sublinhava os seguintes dados:

- (a) A Colômbia tem um aparato judicial que se encontra disponível para investigar e ajuizar os delitos de lesa humanidade e crimes de guerra cometidos desde a entrada em vigor do Estatuto de Roma para este estado⁷⁷.
- (b) Os órgãos jurídicos colombianos estão realizando atuações contra (i) dirigentes dos grupos armados à margem da lei direcionada para os envolvidos nos delitos; (ii) dirigentes paramilitares; (iii) oficiais das forças armadas e da polícia; (iv) políticos vinculados com esses grupos armados; e (v) suspeitos de ter incorrido em casos de falsos positivos⁷⁸;
- (c) Um número importante do alto comando dos grupos de guerrilhas das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e do Exército de Libertação Nacional (ELN) foi sentenciado ou imputado na ausência por delitos da alçada do TPI⁷⁹;
- (d) Foram apresentadas 451 acusações contra paramilitares desmobilizados no processo de Justiça e Paz. E foram condenados onze comandantes paramilitares (contudo, entre setembro de 2008 e março de 2009, as autoridades colombianas extraditaram 29 membros de grupos paramilitares – sendo que, dentre estes, se encontravam dez de seus máximos dirigentes – para os Estados Unidos, devido às suas relações com o narcotráfico; sete dos comandantes paramilitares extraditados foram condenados por delitos comuns em relação aos fatos supostamente constitutivos de delitos da competência do TPI)⁸⁰;
- (e) Desde agosto de 2011, 59 senadores, 48 membros da Câmara de Representantes, 33 governadores, 252 prefeitos e 84 autoridades locais estão sendo investigados por causa das confissões realizadas pelos paramilitares desmobilizados, conforme a Lei de Justiça e Paz. Também foram emitidas 16 condenações por formação de quadrilha com os grupos paramilitares e por assassinato, as quais representaram, em alguns casos, penas de 40 anos⁸¹;

76 Ibid, par. 63 e 64.

77 Ibid, par. 74.

78 Idem.

79 Ibid, par. 75.

80 Ibid, par. 76.

81 Ibid, par. 78.

- (f) Realizam-se ações contra vários membros e altos escalões dos serviços de inteligência civil (Departamento Administrativo de Segurança, DAS) em relação a escutas telefônicas ilegais, falsos positivos e vinculação com o paramilitarismo.⁸²
- (g) Por causa do processo de Justiça e Paz, foram iniciadas ações contra 191 oficiais do exército colombiano e 57 membros de patente menor, assim como contra 121 oficiais da polícia nacional e 128 integrantes da mesma, mas que tinham patente menor (seis oficiais da marinha também foram vinculados aos crimes)⁸³.

Contudo, tanto no relatório da Promotoria do TPI de 13 de dezembro de 2011, como em outros relatórios apresentados pelas organizações que monitoram o desenvolvimento das ações nacionais na Colômbia (por exemplo, em 31 de maio de 2012, a organização de advogados sem fronteiras do Canadá apresentou o último dos relatórios em uma rodada em Haia, juntamente com os membros da Federação Internacional dos Direitos do Homem), observa-se a falta de análise detalhada das decisões judiciais referidas. Desta maneira, os relatórios estão centrados, em grande parte, na apresentação de cifras sobre o progresso (ou a falta de progresso) das atuações nacionais, limitando-se apenas a uma espécie de “guerra de cifras”, em vez de se aprofundarem na análise jurídica das decisões as quais se referem. Em outras palavras, o relatório deixa de lado a questão relativa ao detalhe e precisão com que essas decisões descrevem a composição e o acionamento das estruturas armadas envolvidas, e dos atores políticos, econômicos, militares e administrativos que favoreceram sua criação, consolidação e expansão.

Em nossa opinião, tal aproximação nos parece inadequada, pois não passa apenas de uma detalhada contextualização dos diferentes grupos armados à margem da lei, da investigação dos vínculos que eles possam ter com as diferentes administrações públicas, o que realmente permitir-nos-á determinar se as atuações judiciais nacionais trarão à luz a forma de organização, o *modus operandi* e o apoio externo que permitiu aos grupos paramilitares exercitar, nos princípios dos anos 2000, um controle tão amplo sobre uma boa parte do território da Colômbia, que o próprio Salvatore Mancuso (comandante do Bloco Norte das Autodefesas Unidas de Córdoba e Urabá, ACCU) chegou a afirmar que estas milícias são um “estado de fato”, exerceram o governo, cobraram impostos, decidiram conflitos e inclusive “até o poder eclesiástico foi substituído por nós na zona”.⁸⁴ No mesmo sentido, Iván Roberto Duque, codinome “Ernesto Báez”, comandante político do Bloco Central Bolívar, foi mais explícito ainda ao dizer que:

82 Ibid, par. 77 e 79.

83 Ibid, par. 80.

84 Conhecimento de Justiça e Paz do Tribunal Superior de Justiça de Bogotá, Decisão de controle de legalidade no caso contra Gian Carlos Gutiérrez Suárez, El Tuerto (Bloco Calima), caso (radicado), núm. 110016000253200880786, de 30 de setembro de 2010, par. 120 [adiante: controle de legalidade no caso contra el Tuerto].



“As milícias construíram uns Estados e, através desses Estados, administraram justiça, exerceram autoridade, ditaram leis, estabeleceram um sistema impositivo de contribuições, prestaram o serviço militar, ou seja, tudo o que se faz em um Estado de direito [...] Quando o chefe do Estado, de fato, mandava chamar alguém e essa pessoa não se apresentava imediatamente, a ameaça era contundente e clara: “ou se apresenta, ou vamos buscá-lo”⁸⁵.

Por esta razão, desde 2009, a Sala de Cassação Penal da Corte Suprema da Colômbia (“Sala de Cassação Penal”) sublinhou a importância de centralizar as investigações e ajuizamentos relativos a grupos paramilitares em: (i) o padrão de delitos de lesa humanidade e crimes de guerra, ao qual a população civil se viu submetida; e (ii) a estrutura, composição e apoio externo recebido pelos grupos paramilitares que cometeram tais delitos em seu processo de criação, consolidação e expansão⁸⁶. Estas diretrizes jurisprudenciais estão refletidas no Protocolo para a Apresentação de Meios de Prova, adotado em 23 de agosto de 2010 pela SJP.

A partir daí, além das cifras oferecidas por uns e outros, o que realmente é relevante, na hora de analisar o funcionamento do princípio de complementaridade, em uma situação como a colombiana, é aprofundar-se, na análise detalhada do conteúdo das decisões emitidas, até o momento, por seus órgãos jurisdicionais. É precisamente esta tarefa que, apesar das limitações de espaço⁸⁷, nos propomos realizar nas próximas seções.

4.1 ANÁLISE DO FENÔMENO DA “PARA-POLÍTICA” NOS FATOS DECLARADOS PROVADOS PELA SALA DE CASSAÇÃO PENAL E A SJP

Para desenvolver os critérios de investigação e ajuizamento estabelecidos na sua própria jurisprudência, a Sala de Cassação Penal, com base nas confissões (versões livres) realizadas, a partir do ano de 2007, por membros de grupos milicianos desmobilizados, conforme a Lei 975 de Justiça e Paz, vem realizando a investigação e ajuizamento, em única instância, dos membros da Câmara de Representantes e do Senado, assim como dos governadores (todos eles com foro privilegiado), que formaram parte, ou contribuíram na formação, consolidação e expansão dos grupos paramilitares. Este fenômeno, conhecido como “para-política”, afetou vários setores da classe política local, regional e nacional e foi definido pela própria Sala de Cassação Penal,

⁸⁵ Ibid, par. 122.

⁸⁶ Veja, entre outras, as decisões da Sala de Cassação Penal da Corte Suprema da Colômbia nos casos contra: (i) Wilson Salazar Carascal, codinome, El Loro, Caso Núm. 31539, de 31 de julho de 2009; e (ii) Gian Carlo Gutiérrez Suarez, El Tuerto, Caso Núm. 32022, de 21 de setembro de 2009.

⁸⁷ H. Olásolo Alonso, Para uma análise mais exaustiva, veja H. Olásolo Alonso, *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH)/Universidades Sergio Arboleda y El Rosario, 2013.

no auto de 18 de novembro de 2009, e, na sentença de 23 de fevereiro de 2010, da seguinte maneira: Como é de público conhecimento, o agrupamento paramilitar fixou, como meta, ingressar o maior número de candidatos em todas as corporações públicas, sendo indiferentes aos partidos políticos ou vertentes representados por eles, sendo que o mais importante era seu compromisso com a expansão do projeto *paramilitar*⁸⁸. Isso determinou insólitas alianças entre grupos tradicionalmente opostos, ideologicamente, ou entre acirrados inimigos, que representavam diferentes vertentes de um mesmo partido⁸⁹.

Esta situação levou a Sala de Cassação Penal a declarar que:

“As evidências históricas e probatórias, que agora fazem parte dos fatos notórios, nos revelam, de maneira incontestável, que o grande objetivo era se apossar do Estado como um todo. Isto, mediante a imposição e nomeação de candidatos em diversos cargos públicos da mais alta hierarquia. É importante dizer, financiar, apoiar e controlar as eleições populares nos municípios, nos estados, em nível nacional. Propósito iniciado através dos diferentes pactos delituosos que se firmaram de maneira distribuída por todo o território colombiano. Tudo isto ocorreria conforme um plano dirigido para a “refundação da pátria, de destruição e construção de um para-estado mafioso”⁹⁰.

Por sua vez, a SJP indicou as alianças entre grupos paramilitares e a classe política colombiana:

As alianças não se limitaram às relações entre Blocos regionais e as elites locais, incluíram também acordos de caráter nacional, com o objetivo de “Refundar o País e fazer um novo contrato social”, estratégia que pode ser comprovada através de evidência documental, a exemplo do “Pacto Santa Fé de Ralito”, assinado há dez anos, no município de Tierra alta, Córdoba. O pacto resultou no apoio a líderes nacionais e em campanhas em prol do Congresso da República. Como este pacto, ocorreram diversos acordos firmados entre grupos paramilitares e elites regionais. Conhecidos pela opinião pública e pelas instâncias judiciais, são eles: o pacto de Chivolo, o pacto do Magdalena, o pacto de Granada, o pacto de Puerto Berrio, a denominada Reunião de Coordenação, o pacto da Lorena, o denominado grupo “sindicato”, os pactos de Pivijay e o pacto do Eixo do Café e Caldas⁹¹.

88 Corte Suprema de Justiça, Sala de Cassação Penal, sentença condenatória no caso contra o ex-senador Álvaro Alfonso García Romero, caso (radicado) núm.32805, de 23 de fevereiro de 2010 [adiante: sentença em única instância contra o senador Álvaro Alfonso García Romero].

89 Idem.

90 Corte Suprema de Justiça, Sala de Cassação Penal, auto de 18 de novembro de 2009, inscrição 28540.

91 Sentença da Sala de Conhecimento de Justiça e Paz de Bogotá de 16 de dezembro de 2011 no caso contra o comandante do Bloco Elmer Cárdenas Fredy Rendón Herrera, El Alemán, caso (radicado), núm 110016000253200782701, par. 487 [adiante: sentença de primeira instância no caso contra El Alemán], par. 486.

Referente ao chamado “Pacto de Santa Fé do Ralito”, a Sala de Cassação Penal, no caso contra os ex-senadores Juan Manuel López Cabrales e Reginaldo Montes Álvarez, afirmou:

É bem provável que, no começo, esse fenômeno foi ao enalço de substituir o Estado democrático para enfrentar um “estado guerrilheiro”. Porém, a dinâmica do conflito aponta para outro rumo. Em nome de uma concepção fundamentalista da ultradireita, que não permitia a menor dissidência, de impor “ordem”, as milícias armadas, decidiram incidir no político, no econômico e no espiritual. [...] Nesse contexto, cujas manifestações de violência são conhecidas, Salvatore Mancuso, codinome “Santander Lozada”, e outros líderes das milícias, convocaram dirigentes políticos do mais elevado nível, dirigentes regionais, empresários e pecuaristas para a reunião de Ralito, realizada em 23 de julho de 2001. Nesta sessão, depois que dois conferencistas estrangeiros publicaram uma visão sobre os conflitos políticos num mundo globalizado, foi assinado um acordo “confidencial e secreto” que teve, como seus eixos temáticos, a “refundação da pátria” e a pretensão de assinatura de um “novo pacto social”⁹².

“Na reunião de Santafé de Ralito, e, no documento subsequente, pretendeu-se minimizar o impasse com o argumento de que, ali, não se falou nada de diferente sobre a possibilidade de se avançar para um processo de paz. Além disto, o texto não expressa nada diverso, também, referente a um enclave, tal como ocorrera no “acordo do Nudo del Paramillo”. Porém, o tema da paz é um “ato de governo”, cuja direção corresponde, de maneira “exclusiva”, ao Presidente da República responsável pela ordem pública, razão pela qual o mínimo que se podia esperar da suposta “bondade” da proposta era que o senador Montes Álvarez, membro da Comissão de Paz, tivesse informado ao Governo Nacional sobre isso. E, ainda, que, supostamente, o doutor López Cabrales também o fizesse. [] No entanto, não foi por ter escutado alguns dissertarem sobre os conflitos internos em outras latitudes, nem pelas referências feitas no Prefácio e em outros artigos da Constituição Política, que o documento de Santafé de Ralito pode ser considerado como um documento que não se refere à promoção de um grupo ilegal. Ao contrário, além do “elegante toque de filantropia”, ao que parece, convidar-nos por meio da referência a cláusulas do ordenamento superior, o qual ali se consigna, é um acordo para “refundar a pátria”. Um acordo firmado entre aqueles que, ao representar a institucionalidade, não tinham por que se comprometer em fazer este trabalho fora de uma política de Estado, e grupos à margem da lei interessados apenas em que se reconhecessem suas ações violentas como atos políticos [...] De maneira que o pacto de Santafé de Ralito corresponde a uma ação e uma estratégia das milícias, focadas em conseguir acordos com a classe política e em promover a expansão de suas ações. Consequentemente, se os convidados não fossem cidadãos comuns, sem possibilidades de agenciar com este propósito, mas pessoas com capacidade para atuar em instâncias de ordem

92 Corte Suprema de Justiça, Sala de Cassação Penal, Sentença contra os senadores Juan Manuel López Cabrales e Reginaldo Montes Álvarez, caso (radicado) núm. 26942, de 25 de novembro de 2008.

[...] não somente a violência física e moral, à qual foi submetida a comunidade impedida de optar livremente pela alternativa política de suas preferências, quando dos assassinatos, inclusive de copartidários do acusado.

por codinome: Jorge 40), e políticos do Estado do Cesar, e que beneficiou senadores como Álvaro Araujo Castro⁹⁴. Nas palavras da própria Sala de Cassação Penal:

nacional ou com possibilidade de fazê-lo – como, de fato, o fizeram Eleonora Pineda, Rocío Arias e Miguel de la Espriella –, mas, sobretudo, com poder para influenciar, na vida da região, propiciando, dessa maneira, que o paramilitarismo fizesse o possível para incidir nas políticas públicas”⁹³.

Em relação com o pacto de Pivijay, a Sala de Cassação Penal declarou sua conclusão pelo Bloco Norte (comandado,

“É demonstrado que os resultados eleitorais de 10 de março de 2002, favoráveis a Álvaro Araújo Castro, foram produto de acordos celebrados com “Jorge 40”, que tinha acordado o mesmo com outros candidatos ao Congresso. Por isso, foi necessário dividir o estado de Cesar, atribuir zonas aos postulados para beneficiá-los, e, por sua vez, exercer a intimidação da população dominada pelo bloco norte das AUC, que equivale, aproximadamente, a 70% desse território, para que fossem depositados os votos dos candidatos da respectiva comarca⁹⁵ [...] não somente a violência física e moral, à qual foi submetida a comunidade impedida de optar livremente pela alternativa política de suas preferências, quando dos assassinatos, inclusive de copartidários do acusado. Assim como nos casos das ameaças, deslocamentos e demais atividades ilegais que o grupo armado ilegal executou para atingir o resultado eleitoral pretendido, pois a forma que esse organismo de poder atuava era de conhecimento público na região e, portanto, também do acusado. De acordo com a sua própria versão, o acusado teve a oportunidade de adverti-lo graças os comícios políticos que fazia pelo estado, em sua gestão pública, inclusive antes de desenvolver sua campanha política para o Senado, em 2002, época em que, igualmente, pode fazê-lo sem contratempo, diferente de outros aspirantes que sequer se atreveram a visitar populações distantes de Valledupar, como indicou Luis Alberto Monsalvo Gnecco, e aqueles que, ao desconhecer as ameaças, por ir à contramão do determinado pelo grupo armado, viravam suas vítimas”⁹⁶.

93 Idem.

94 Corte Suprema de Justiça, caso (radicado) núm. 27.032.

95 Corte Suprema de Justiça, Sala de Cassação Penal, sentença no caso contra o ex-senador Álvaro Araujo Castro, caso (radicado) núm. 27032, em 18 de março de 2010.

96 Idem.

A Sala de Cassação Penal também afirmou que o Pacto do Eixo do Café e Caldas foi concluído entre o Bloco Cacique Pipintá ligado ao Bloco Central Bolívar e os líderes regionais, beneficiando, entre outros, os representantes à Câmara Dixon Ferney Tapasco e Emilio Enrique Rangel⁹⁷. Segundo explica a Sala:

“A setorização, com fins eleitorais, e sua reafirmação, não teria maior relevância em circunstâncias normais; mas, seu desprestígio surge desde o momento em que se reafirma, não com as lideranças do partido, senão com as milícias, o compromisso de garantir a consolidação da força eleitoral partidária do grupo armado ilegal, que enxergava, no norte de Caldas, uma zona que lhe garantira, no futuro, para a milícia do “Báez”, a consolidação da linha política do paramilitarismo⁹⁸ [] Assim, pese que a natureza ilícita dos acordos, pela estrutura do tipo penal, não requer que ele se materialize, é, sim, essencial, que quando o consenso gira em redor de temas eleitorais, o assunto pode ser verificado através de dados objetivos, como falado em outras ocasiões⁹⁹. Nessa ordem, não pode passar despercebido o fato de que Dixon Ferney Tapasco Triviño tivesse aceito, sem maiores discussões, a inclusão do estudante Sánchez na lista do partido. Algo que, sem dúvida, é muito difícil de se conceber, dentro da dinâmica eleitoral, porque é muito mais admissível a explicação de codinome “Diana”, segundo o qual foi “Ernesto Báez” quem lhe ofereceu apoio a um jovem sem maior experiência política. E, portanto, sem essa ajuda, seria impossível que o candidato aspirasse à Câmara em uma lista cujo sucesso estava garantido, primeiramente, pelo apoio dos chefes liberais, e, segundo, pelo inconfessável apetite de poder das milícias”¹⁰⁰.

Com relação ao pacto do Chivolo, a SJP concluiu que ele se realizou em 28 de setembro de 2000, por iniciativa do comandante do Bloco Norte, codinome “Jorge 40”, com o objetivo de controlar os estados de Guajira, Cesar e Magdalena e selecionar os candidatos a governadores e prefeitos¹⁰¹. Segundo a Sala, deles foi eleito o governador José Domingo Dávila Armenta, que, posteriormente, foi condenado pela Sala de Cassação Penal por seus vínculos com grupos de milícias¹⁰².

Então, devido a este fenômeno de conivência entre grupos milicianos e membros da classe política nacional, regional e local colombiana (que, segundo a Sala de Cassação Penal e a própria

97 Corte Suprema de Justicia, caso (radicado) núm. 26 584.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Cassação Penal, caso contra o ex representante à câmara Dixon Ferney Tapasco Triviño, caso (radicado) núm. 26584, em 3 de fevereiro de 2010.

99 Idem.

100 Idem

101 Sentença de primeira instância contra codinome El Alemán (supra n. 91), par. 486, rodapé 246.

102 Idem.

SJP, se estendeu por boa parte do país), que afetou pessoas com foro privilegiado, as quais, por razão de seu cargo, só poderiam ser investigadas e ajuizadas pela Sala de Cassação Penal, não pode surpreender a enorme relevância de:

(i) A função deste órgão jurisdicional na exposição perante a sociedade nacional e internacional deste fenômeno; e

(ii) A jurisprudência gerada em relação às formas de responsabilidade penal de quem, na política, trabalhou “lado a lado” com grupos de milicianos (e, inclusive, em alguns momentos, formou parte de seu aparato político).

4.2 ANÁLISE DO FENÔMENO DA “PARA-ECONOMIA” NOS FATOS DECLARADOS PROVADOS PELA SALA DE CASSAÇÃO PENAL E DA SJP

Os trabalhos feitos pela Sala de Cassação Penal e pela SJP, à raiz das confissões apresentadas, desde 2007, pelos milicianos desmobilizados, refletem o notável impacto que tiveram os grêmios econômicos e grupos empresariais nacionais, assim como multinacionais de terceiros países, na promoção e financiamento dos grupos paramilitares (fenômeno conhecido como “para-economia”).

Por não ter foro privilegiado, nem ter desmobilizado, conforme a Lei 975 de Justiça e Paz, as atuações frente aos integrantes destes grêmios, grupos empresariais e multinacionais não são julgados pela Sala de Cassação Penal, nem pela SJP. Isso faz com que os processos se encontrem, ainda, em estado incipiente. O atraso nas atuações não significa, no entanto, que, de acordo com os fatos declarados provados pelas duas Salas, a “para-economia” não tenha sido uma coluna essencial para a constituição, o desenvolvimento e a consolidação dos grupos paramilitares na Colômbia. De fato, sem os recursos provenientes da “para-economia” o paramilitarismo na Colômbia não teria alcançado o grau de expansão que teve entre 1999 e 2005.

Um bom exemplo desta situação é descrito pela SJP, no que diz respeito à relação com a Frente José Pablo Díaz do Bloco Norte das ACCU, que operou na cidade de Barranquilla e arredores. Segundo a SJP, depois de um período inicial de financiamento direto pela Casa Castaño (Carlos e Vicente Castaño comandantes das ACCU), esta Frente recorreu às seguintes fontes de financiamento:

(i) A cobrança de porcentagem de participação sobre contratos públicos; assim, em diferentes arquivos dos computadores recolhidos com o codinome Don Antonio



(comandante da Frente José Pablo Díaz), foi encontrada informação sobre as múltiplas irregularidades cometidas na contratação pública nos estados de Atlântico, Magdalena e Bolívar, cometidos por governadores, prefeitos, hospitais, empresas prestadoras de serviços de saúde (IPSS, EPSs e ESEs), abatedouros e outras empresas de serviços públicos¹⁰³; notáveis porcentagens do valor dos contratos (relacionados em particular com obras públicas e saúde) foram parar, segundo a SJP, nos cofres desta Frente paramilitar, que infiltrou-se completamente nas finanças de centros como o hospital materno infantil do município de Soledad¹⁰⁴;

(ii) As contribuições à causa paramilitar, exigidas a comerciantes, funcionários públicos, pecuaristas e agricultores (estes últimos, com base no número de cabeças de gado que tinham ou na extensão de suas fazendas); e

(iii) O imposto às operações do narcotráfico realizadas na área de influência da Frente¹⁰⁵; em particular, o imposto sobre o peso das drogas e substâncias ilícitas que atravessavam municípios da região, como Puerto Colômbia, Juan de Acosta, Tubara e Piojó¹⁰⁶.

Outro exemplo de para-economia é encontrado no Bloco Elmer Cárdenas das ACCU, que atuava na região de Urabá nos estados de Antioquia, Córdoba e Chocó. A respeito dele, a SJP de Bogotá sublinhou que esse Bloco recebeu, desde o ano de 2000, um forte incentivo em suas fontes de financiamento, devido aos recursos dos impostos sobre o narcotráfico, o contrabando e o corte ilegal de madeira¹⁰⁷, de forma que as contribuições dos pecuaristas (incluindo os impostos sobre terras) deixaram de ser uma principal fonte de financiamento¹⁰⁸. Em particular, a SJP explica como, ao tirar o controle dos territórios de coca dos grupos da guerrilha, os ingressos do Bloco aumentaram consideravelmente¹⁰⁹, convertendo-se as atividades relacionadas com o narcotráfico no fator de maior importância em seu crescimento, que aconteceu entre 1995 e 2006 (gerando ingressos de 70 milhões de dólares, equivalente a 80% de seus ingressos, dos quais 25% do arrecadado era enviado aos irmãos Castaño)¹¹⁰.

103 Sala de Justiça e Paz de Bogotá, sentença em 7 de dezembro de 2011, no caso contra o comandante do Bloco Norte, Edgar Ignacio Fierro Flores, codinome *Don Antonio*, Radicado 110016000253-200681366, par. 13 [em diante: sentença de primeira instância no caso contra Don Antonio].

104 Idem.

105 Ibid, pars. 12 y 21.

106 Ibid, par. 15.

107 Sala de Justiça e Paz de Bogotá, sentença de primeira instância de 16 de abril de 2012 no caso contra Orlando Villa Zapata, Radicado 110016000253200883280, par. 419 [adiante: sentença de primeira instância no caso contra Orlando Villa Zapata].

108 Ibid, par. 422.

109 Ibid, par. 421.

110 Ibid, par. 441.

A SJP também indicou que, além do narcotráfico, havia outras fontes de financiamento do Bloco Elmer Cárdenas. Entre estas, destacam-se os pedágios nas estradas da região (cobravam pedágio aos motoristas de toda classe de veículos automotores que circulassem pela via)¹¹¹. Aplicaram um imposto à entrada e saída de mercadorias da zona de operações do Bloco. Impuseram um imposto ao comércio (cobrado no centro do município) e aos estabelecimentos de apostas e bilhares¹¹². Cobravam, também, tributo pelo gás. A partir de 2001, ficou instituído que todas as empresas que se dedicavam a este negócio no norte de Antioquia e na região do Urabá (como Cartagás, Intergás, Corona, Gás de Urabá e Batigás)¹¹³, finalmente, passaram a integrar o tributo também a madeira (sendo Madeiras do Darién o principal “contribuinte”) e as atividades de contrabando.

Segundo a SJP, foram particularmente importantes as relações econômicas deste Bloco com as multinacionais, especialmente as exportadoras de Bananas¹¹⁴. Desde 1997, as ACCU, lideradas por Carlos Castaño, se reuniram com importantes executivos de multinacionais do setor para acertar os mecanismos de segurança e “normalização ou pacificação trabalhista” na região¹¹⁵. Charles Kaiser, diretor general de Banadex S.A. e os grupos paramilitares operativos na região (os Blocos Elmer Cárdenas e Bananeira das ACCU) acertaram uma contribuição da multinacional de três centavos de dólar por cada caixa exportada, o que significou um ingresso, em sete anos, de um milhão e setecentos mil dólares¹¹⁶. Em troca, a indústria bananeira, segundo a SJP, foi beneficiada pela função de “pacificação” de conflitos trabalhistas e manutenção da segurança desempenhada pelos grupos paramilitares. A SJP deu credibilidade às declarações de codinome “H.H.” (comandante do Bloco das Bananeiras), quando afirmou que “à medida que fomos tomando o controle desta zona, todos os benefícios trabalhistas foram-se perdendo, que creio que nossa atitude trouxe, sim, prejuízo para o funcionário das bananeiras e beneficiou, enormemente, os empresários”¹¹⁷.

A SJP sublinhou, também, que o Bloco Elmer Cárdenas foi um “agente facilitador” no desenvolvimento de projetos agroindustriais da Folha de palma na área do Baixo Atrato e Norte de Chocó¹¹⁸. Segundo a SJP, este Bloco teve um papel substancial na consolidação deste tipo

111 Ibid, par. 422.

112 Ibid, par. 425.

113 Idem.

114 Idem.

115 Ibid, par. 426.

116 Idem.

117 Ibid, par. 427.

118 Ibid, par. 428.

de projetos vinculados a circuitos internacionais em prejuízo de comunidades afrodescendentes que possuíam, historicamente, milhares de hectares de terra na região¹¹⁹. Parte do território abandonado pelas comunidades, devido à violência exercida pelo Bloco Elmer Cárdenas (3.406 hectares segundo cifras da Federação Nacional de Cultivadores de Palma de Azeite), foi invadida por empresários de empresas cultivadoras de palmeiras e madeiras, com o objetivo de desenvolver projetos agroindustriais e arrendar a terra para que os donos, sem vínculo algum com os territórios históricos das comunidades do norte do Chocó¹²⁰, pudessem recolonizá-los. Este despejo permitiu, também, a entrada de capitais privados nacionais e internacionais para financiar tais projetos¹²¹.

Um terceiro exemplo é o Bloco Montes de Maria, que operava nos departamentos de Sucre e Bolívar. Vejamos o que a SJP de Bogotá afirmou a respeito:

Este bloco foi financiado, como foram os demais, sob o comando da família Castaño, com: 1) tributos cobrados dos proprietários de fazendas, uns \$10.000 por hectare, uma vez ao ano, em troca de segurança; 2) extorsões a lojistas, transportadores, postos de gasolina (contribuição cobrada em combustível), do comércio em geral, de empresários (como por exemplo, Postobón, que pagava \$10.000.000 mensais), contratistas de Ecopetrol e com a empresa de gás encarregada da instalação das redes de gás domiciliares, contratistas encarregados da manutenção de estrada pavimentada, dinheiro das transferências indígenas e em cidades como Cartagena, cobrança aos comerciantes do mercado de bazurto; e 3) o que realmente se converteu na principal fonte de financiamento deste bloco: o narcotráfico, que a partir de 2000 contribuiu com 75% do valor dos gastos gerados em cada uma das frentes, segundo informação fornecida pelo postulador Cobos Téllez. Uma amostra clara desse processo são as cifras fornecidas por aqueles que, de maneira direta, recebiam o valor do imposto de saída da droga (codinome “Diego Vecino”) que diz ter entregue, às três frentes deste bloco, de junho de 2004 a julho de 2005, como subsídio para os gastos, um total de 3,9 bilhões de pesos, a quatrocentos e vinte e três milhões e oitocentos mil pesos (\$423.800.000.), recebidos das diferentes prefeituras municipais; e setecentos noventa e três milhões e oitocentos e oitenta e quatro mil pesos (\$793.884.000.) de outras contribuições. Este dinheiro foi utilizado no pagamento da Folha, aos integrantes das três frentes; aos informantes, durante esse mesmo tempo, foram pagos dois bilhões, novecentos e sessenta milhões e novecentos seis mil pesos (\$2.960.906.000.); quatrocentos e setenta e sete milhões e cem mil pesos (\$477.100.000.) foram destinados ao pagamento das autoridades que colaboraram; e um bilhão e quinhentos

119 Idem.

120 Ibid, par. 438.

121 Ibid, par. 439.

trinta e dois milhões cento noventa e três mil pesos (\$1.532.193.000.), aproximadamente, foram gastos com logística”¹²².

Mesmo que, segundo a SJP, este Bloco não tenha sido criado especificamente com fins de manter o narcotráfico, teve uma estreita relação com este tipo de comércio. De maneira que o narcotráfico constituiu-se em um fator determinante em seu financiamento, devido ao grande valor dos benefícios que se obtinham dele¹²³. A este respeito, o Grupo de Memória Histórica da Comissão Nacional de Reparação e Reconciliação (“Grupo de Memória Histórica”) afirmou, no relatório sobre o conhecido massacre do El Salado:

“Os interesses que marcam relacionamentos muito próximos entre as milícias e os narcotraficantes voltam a coincidir e se sobrepor. O dispositivo estratégico da expansão nacional dos paramilitares, centrado em criar um corredor que unisse Urabá a Catatumbo, e, logo, consolidar a região Caribe como zona de retaguarda estratégica e, coincidentemente aparece como funcional para os arranjos dos interesses dos narcotraficantes, que se viram afetados pela política de erradicação de cultivos ilícitos do governo Samper com as fumigações aéreas em Putumayo, Caquetá e Guaviare realizadas desde 1996. A política não sofreu modificações no governo de Pastrana (1998-2002). Ao contrário, consolidou-se com o Plano Colômbia, a partir de 1999 [...] É nesse contexto que a guerra territorial pela região do Sul de Bolívar, uma das zonas de importância estratégica para os atores armados pela expansão dos cultivos ilícitos, é instaurada. O controle paramilitar da região do Sul de Bolívar mudou a percepção sobre a importância estratégica dos Montes de Maria: com o controle da zona de produção e processamento da cocaína no Sul de Bolívar, a questão relevante volta-se para o acesso à zona de exportação. Nesse momento, os Montes de Maria assumiram uma importância estratégica por servirem de corredor entre o Sul de Bolívar e o Golfo de Morrosquillo. O desenlace da guerra, nessa região, agravou ainda mais a guerra dos Montes de Maria, pois aumentou o conflito entre os atores armados por um território no qual se concentram interesses vinculados com o negócio do narcotráfico”¹²⁴.

O Bloco Catatumbo das ACCU, operativo junto à fronteira da Venezuela com o estado de Norte de Santander (município de Cúcuta e arredores), é o quarto exemplo do fenômeno da para-economia. Segundo a SJP, a principal fonte de ingressos era a comercialização de substâncias alucinógenas

122 Decisão de controle de legalidade da Sala de Conhecimento de Justiça e Paz de Bogotá, de 25 de janeiro de 2010, no caso contra o comandante paramilitar do Bloco Heróis dos Montes de María, Edgar Cobos Téllez, codinome “Diego Vecino”, e da Frente Canal del Dique, Uber Enrique Bánquez Martínez, codinome “Juancho Dique”, par. 91 [adiante: controle de legalidade no caso contra codinome “Diego Vecino” e codinome “Juancho Dique”]. Veja, também, a sentença proferida pela Sala de Justiça e Paz de Bogotá, nesse caso, em 29 de junho de 2010, par. 66, rodapé 31.

123 Controle de legalidade no caso contra codinome “Diego Vecino” e codinome “Juancho Dique”, (supra n 122), par. 170.

124 Citado com aprovação pela Sala de Justiça e Paz de Bogotá, no controle de legalidade no caso contra codinome “Diego Vecino” e codinome “Juancho Dique”, (supra n. 122), par. 170.



Em todas as guerras isso aconteceu, é algo normal, no mundo todo, se extorque gente, apesar de alguns comandantes terem abusado disso [...] por isso eu, em 2003, dei a ordem de que se colocasse um imposto aos refrigerantes, à cerveja, ao gado e à gasolina para ser manejado por mim, sendo que isso o faziam todos os blocos do país.

Arrocera Gálvez, Carbones la Mirla, Ferretería El Palustre, Inducarga, Colminas e o reservatório de petróleo Cañolimón¹²⁸.

Assim, segundo a Sala, a frente urbana que operava na cidade de Cúcuta foi financiada por: parcelas obrigatórias que eram impostas aos centros comerciais como San Andresito ou a Alexandria (eles contribuíram com uma porcentagem de duzentos mil pesos mensais por espaço), os mercados da Sexta avenida, Cenabastos, mercados de bairros, a Praça das Férias. Também houve cobrança de motoristas de taxis, ônibus clandestinos e transporte formal. Somase a isto as empresas de vigilância que tinham de entregar uma porcentagem semanal do total arrecadado pela vigilância noturna¹²⁹.

produzidas nessa área de operação¹²⁵, o que constituía um “empório econômico” nas mãos das ACCU¹²⁶. A tal ponto chegou a intervenção deste Bloco no tráfico de drogas que, segundo a SJP, “participou em todos os níveis do negócio da cocaína: os cultivos de plantações localizados em nove municípios, laboratórios para o processamento em Tibú, Aguachica, Sardinata, área metropolitana de Cúcuta, e a comercialização pelo rio Magdalena, o litoral Atlântico e a fronteira colombo-venezuelana”¹²⁷.

Mas o narcotráfico não foi a única fonte de financiamento do Bloco Catatumbo. Segundo a SJP, também receberam bonificações, em troca de segurança, de muitas empresas representativas da região, tais como: Termotasajen, Cootranscúcuta, Tejar de Pescadero, Norgas, Gaseosas la Frontera (Postobón), Posto de Serviços San Rafael,

125 Decisão de controle de legalidade de 7 de dezembro de 2009 no caso contra Jorge Iván Laverde Zapata, codinome *El Iguano*, Sala de Conhecimento de Justiça e Paz de Bogotá, caso (radicado) núm. 2006 80281, par. 4.2.3 [adiante: controle de legalidade no caso contra El Iguano].

126 Idem.

127 Idem.

128 Ibid, par. 4.3.2.

129 Idem.

O quinto exemplo da para-economia é encontrado no Bloco Vencedores de Arauca das ACCU, que age no departamento de Arauca, também na fronteira com a Venezuela. A respeito deste Bloco, a SJP frisou que os gastos com a folha de pagamento, durante o tempo de operações do Bloco, eram de, aproximadamente, sete milhões de dólares¹³⁰, mais 525.000 dólares com gastos de intendência¹³¹ e 2.25 milhões de dólares de gastos com alimentação¹³². O Bloco destinou uma verba para o pagamento de informantes da Polícia Nacional. E, entre os quais, estava o Comandante da Estação de Polícia do Tame e o Chefe do Posto Operativo dos serviços de inteligência (DAS)¹³³. Em consequência, os gastos estimados por funcionamento e sustento do Bloco, durante seus cinco anos de atividade, chegava a 10.5 milhões de dólares¹³⁴, o que significa um gasto mensal de 250.000 dólares¹³⁵.

Segundo o comandante do Bloco Vencedores de Arauca, Miguel Ángel Mejía Munera, os recursos originários das atividades do narcotráfico que ele e seu irmão realizavam, foram destinados ao financiamento do Bloco para, assim, equipá-lo da logística necessária e pagar a folha de pagamento de seus membros¹³⁶. Esta foi a única forma de financiamento durante os anos 2001 e 2002. Em meados de 2002, o Bloco começou a realizar outras atividades geradoras de ingressos (embora o narcotráfico continue sendo sua fonte principal de financiamento¹³⁷). Entre estas novas fontes de ingressos, destacaram as exigências de cobranças e contribuições arbitrárias. A respeito disso, a SJP deu credibilidade às declarações de Miguel Ángel Mejía Munera quando afirmou que “em todas as guerras isso aconteceu, é algo normal, no mundo todo, se extorque gente, apesar de alguns comandantes terem abusado disso [...] por isso eu, em 2003, dei a ordem de que se colocasse um imposto aos refrigerantes, à cerveja, ao gado e à gasolina para ser manejado por mim, sendo que isso o faziam todos os blocos do país.”¹³⁸

130 Sala de Conhecimento de Justiça e Paz do Tribunal Superior de Justiça de Bogotá, Decisão de Controle de Legalidade no caso contra José Rubén Peña Tobón, alia Lucho, e José Manuel Hernández Calderas, codinome Platino, de 12 de agosto de 2011, caso (radicado) núm 2008-83194; 2007-83070, par. 168 [adiante: controle de legalidade no caso contra José Rubén Peña Tobón]

131 Ibid, par. 175.

132 Ibid, par. 183.

133 Ibid, par. 184.

134 Ibid, par. 185.

135 Ibid, par. 188.

136 Ibid, par. 186.

137 As diferenças surgidas entre ele e Carlos Castaño durante as negociações no Alto Comissionado de Paz foram de caráter pessoal (em particular o assassinato de codinome Tolima), e não porque Carlos Castaño condenou o fato de que fossem narcotraficantes. Veja, controle de legalidade no caso contra José Rubén Peña Tabón (supra n. 130), par. 188 e 189; e Sala de Conhecimento de Justiça e Paz do Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Decisão de controle de legalidade no caso contra Orlando Villa Zapata (Bloco Vencedores de Arauca) de 12 de dezembro de 2011, radicado 110016000253200883280, par. 210 [adiante: controle de legalidade no caso contra Orlando Villa Zapata].

138 Controle de Legalidade no caso contra José Rubén Peña Tobón (supra n. 130), par. 234.

Em consequência, como a SJP tem sublinhado, a partir de 2002, o Bloco estabeleceu impostos por: (i) cada fazenda e cabeça de gado registrada pelos fazendeiros e produtores das zonas rurais¹³⁹; (ii) cada produto vendido pelos comerciantes; (iii) cada vez que se utilizavam as vias pelos transportadores de mercadorias; (iv) cada contrato celebrado com a administração pública do departamento, incluindo os relacionados à construção de obras públicas (cobrava-se 10% de todos os contratos celebrados com a administração pública¹⁴⁰); (v) a venda de combustível e a propriedade dos postos; e (vi) a colaboração com a guerrilha (“sistema de multas para os colaboradores da guerrilha”)¹⁴¹. Segundo a SJP, para facilitar o pagamento, foram criados canchotos com a identificação do Bloco, o nome de quem efetuava o pagamento, o valor, a data, a série que correspondia ao número do recibo, e o nome de quem cobrava o pagamento¹⁴². Aqueles que se negavam a pagar os valores exigidos pelo Bloco eram vítimas de ameaças, intimidações, retenções e atentados contra a sua pessoa¹⁴³.

Como terceira fonte de ingresso, o Bloco Vencedores de Arauca começou, a partir do fim de 2001, uma prática de sequestros extorsivos de membros da população, roubos de caminhões e motos, furtos de materiais, mantimentos e alimentos em estabelecimentos de comércio¹⁴⁴. Assim, segundo a SJP, foi estabelecida uma política encaminhada ao furto de gado como fonte de financiamento do Bloco. Esta política alcançou tais proporções que a produção pecuária da zona viu-se enormemente afetada, causando uma grave deterioração na economia departamental¹⁴⁵. A SJP sublinha, também, a existência de fontes de ingressos adicionais, como o “cartão de natal”. Instituído no mês de dezembro de 2003, pelo Bloco, o cartão foi colocado em circulação entre a população de Arauca. Tratava-se de uma solicitação por uma contribuição econômica pela temporada natalina, no valor de dois milhões de pesos¹⁴⁶.

O Bloco Calima das ACCU operava nos estados de Tolima, Cauca, Vale do Cauca, Quindío e Huila, e nos proporciona um sexto exemplo do fenômeno da “para-economia”. A respeito dele, a SJP afirmou que, no início de 2000, Carlos Castaño enviou a H.H. (até então, comandante do

139 Ibid, par. 196.

140 A este respeito, na contabilidade do Bloco aparece a verba “*Contratos Arauca e Multa*” com os seguintes três itens: (i) Cobrança a contratistas pela celebração de contratos de obras com o Estado de Arauca; (ii) Cobrança a contratistas pela celebração de contratos de obras com o município de Hato Corozal; e (iii) “*Ingressos por multas a colaboradores da guerrilha e outros*”, no valor de noventa e dois mil e quinhentos milhões (\$92.500.000.) pesos. Veja controle de Legalidade no caso contra Jose Rubén Peña Tabón (supra n.130), pars. 218-220. Veja também controle de Legalidade no caso contra Orlando Villa Zapata (supra n. 137), par. 213.

141 Controle de Legalidade no caso contra José Rubén Peña Tobón (supra n. 130), pars. 195 e 212.

142 Ibid, par. 231.

143 Ibid, par. 232.

144 Ibid, par. 195.

145 Ibid, par. 235.

146 Ibid, par. 233.

Bloco das Bananeiras) para substituir o codinome “Román” como comandante do Bloco Calima, sendo que uma de suas primeiras ações foram as reuniões mantidas na fazenda El Corcobado de Cartago Valle. Estas reuniões contavam com a participação de empresários e representantes das agremiações econômicas da região, engenhos açucareiros, pecuaristas e comerciantes que tinham sido vítimas das cobranças da guerrilha, assim como com o codinome “Ernesto Báez”, codinome “Don Berna” e narcotraficantes que representavam Don Diego, Adolfo Paz e Vicente Castaño. Segundo a SJP, nestas reuniões, acordou-se apoiar a expansão do Bloco Calima e buscar a colaboração econômica de quem controlava o poder no Vale do Cauca¹⁴⁷.

A este respeito, a SJP disse que Carlos Castaño reuniu-se, nesse mesmo ano, com familiares dos sequestrados pelo ELN, em 30 de Maio de 1999, na Igreja La Maria, do bairro Cidade Jardín da cidade de Cali¹⁴⁸. Ali, decidiu-se enviar Hernán Gómez e Carlos Spath (este último, ex-presidente da Avianca) como emissários, diante de comerciantes e industriais da região, em busca de apoio financeiro para o Bloco Calima. Segundo a SJP, a delegação enviada se reuniu com empresários liderados por Edgar Lennis (ex-presidente de Avianca), acordando financiar a ação armada com 250 milhões de pesos mensais¹⁴⁹. Bem, como a própria SJP assinala, uma vez que o Bloco Calima entra em Buenaventura, e se cria à frente do Pacífico, a contribuição mensal é suspensa porque o Bloco é financiado com os ingressos aportados pelos narcotraficantes da região (que pagavam um imposto de cem dólares por quilo de cocaína comercializada) e pelo furto de combustíveis¹⁵⁰.

Sobre isto, a SJP deu credibilidade às declarações de H.H., segundo as quais a principal fonte de financiamento do Bloco Calima foi o narcotráfico. Quando o Bloco recebeu financiamento de alguns narcotraficantes do Cartel do Norte do Vale¹⁵¹, a contribuição foi temporária e só durou até que o Bloco Calima deslocasse a guerrilha de sua área de operações, o que, segundo a SJP, permitiu que se buscasse financiamento cobrando a todos os narcotraficantes um imposto de trânsito proporcional à quantidade de droga que se traficava¹⁵². Para o controle e a garantia de que toda a droga que saía pelo porto de Buenaventura pagasse o imposto, se organizou um grupo de 16 homens no alto Calima, liderado por Chiquito Malo¹⁵³.

147 Ibid, par. 150.

148 Ibid, par. 169.

149 Ibid, par. 152.

150 Idem.

151 Ibid, par. 476.

152 Ibid, par. 477.

153 Idem.

Neste contexto, a SJP ouviu as declarações de H.H., em que afirma que “quando se inicia a etapa de cobrança de impostos no Valle del Cauca [...] um método que nós implementamos na Costa Atlântica [...] quando entramos no Valle [...] fizemos reuniões com proprietários de lanchas e narcotraficantes [...] notificamos que devem pagar um imposto sob a ameaça de reter a mercadoria e/ou da morte das pessoas [...] então, sim, foram feitas reuniões nas quais deviam participar todos os donos de lanchas, foram programadas em Calima Darién [...] quem convocava eram Fino e Mocho [...] eu falava com as pessoas [...] falei pessoalmente com esses traficantes”¹⁵⁴. É por isso que, para a SJP, o narcotráfico constituiu para o Bloco Calima, assim como para outros grupos paramilitares na Colômbia, um fator determinante em sua existência, o que não quer dizer que a razão última de sua fundação seja o tráfico de drogas”¹⁵⁵.

Segundo a SJP, o Bloco Calima foi financiado, também, através de furto de hidrocarburos. Receberam, ainda, contribuições subministradas por empresas privadas, comerciantes e pecuaristas da região¹⁵⁶, que pagavam cinco dólares mensais por hectare de terra¹⁵⁷. Neste sentido, a SJP declarou que realizaram contribuições à causa paramilitar, entre outras, as empresas lideradas por Edgar Lennis, Hernán Gómez e Carlos Spa, o Engenho San Carlos, Incopesca, Bahía Cupica de Javier Armitanche, Manaba ou Playa Nueva, Timelco, Carnes e Carnes, Galería Pueblo Nuevo, Juancho Transporte, JCM, Gustavo Calle, Milton Mejía, Restaurante os Balcones, Víctor Olarte em Tulúa, Juan Bautista García Monsalve, Néstor Fabio Álvarez Pereira, Alfonso Luis Cruz, Funeraria San Martín, Graciela Sánchez, Héctor Mondragón Jiménez, Piedad Vélez Rengifo, Carlos Alberto Rentería Mantilla, Granero JB, García e Hermanos Ltda., Manuel Mosquera, Fernando Piani, Carlos Castro, Bernardo Besna, Andrés Orozco, e a Cooperativa de Ganaderos do Centro do Norte do Valle do Cauca¹⁵⁸.

Como sétimo e último exemplo que, por razões de espaço, abordamos neste trabalho, é o financiamento dos numerosos grupos paramilitares operativos na área metropolitana de Medellín e no nor-ocidente de Antioquia (dentre os quais, cabe mencionar o Bloco Metro, o Bloco Cacique Nutibara, o Bloco Heróis de Granada e o Bloco Heróis de Tolová). Segundo manifestou a SJP, as fontes de ingressos destes grupos variaram notavelmente. Assim, enquanto o Bloco Metro, devido à oposição de seu comandante, Rodrigo Doblecerro, mantinha relação entre paramilitarismo e narcotráfico, financiada por meio de atividades ilegais como o roubo de combustíveis, que não

154 Corte Suprema de Justiça Sala de Cassação Penal, Processo N° 30097, de 25 de janeiro 2010.

155 Controle de legalidad no caso contra El Tuerto, (supra n. 84), par.476.

156 Ibid, par.184.

157 Ibid, par.189.

158 Ibid, par.190.

estivessem relacionadas com o narcotráfico (em particular¹⁵⁹, o resto de Blocos desta região, cujo chefe era Don Berna, tinha, no narcotráfico, sua fonte principal de ingressos – o que acabou gerando um conflito entre grupos paramilitares, provocando o extermínio, entre os anos 2002 e 2003, dos quase mil e quinhentos homens, que formavam parte do Bloco Metro, naquele momento¹⁶⁰.

É por isso que, como afirmou a SPJ, o Bloco Heróis de Granada, criado em 2004, após a desapareição do Bloco Metro e a desmobilização do Bloco Cacique Nutibara, financiado principalmente pelo narcotráfico, atuava realizando outras atividades ilícitas como o roubo de hidrocarburos, extorsões a comerciantes, transportadores e pecuaristas¹⁶¹. O escritório de Cobrança de Envigado (formado por umas 70 pessoas) tinha, a seu serviço, numerosas facções e gangues, com quase 1.160 membros, na zona Metropolitana de Medellín¹⁶².

Em conclusão, como a SJP sublinhou, o fenômeno da para-economia teve um profundo impacto na economia nos diferentes estados do país, devido a suas numerosas manifestações negativas, descritas nos seguintes termos pela própria SJP, em relação com o Departamento de Arauca:

“[...] afetou vários aspectos, a saber: o estabelecimento de um sistema paralelo de tributação por parte dos atores armados; a restrição da circulação de mercadorias e mão de obra; a redução massiva do ingresso provocada por uma desativação econômica crítica, derivada do deslocamento forçado; dando efeito negativo sobre o ingresso da atividade agropecuária, adicional à restrição da passagem de insumos agropecuários, gasolina e cimento; restrição da passagem de mercadorias para o setor rural, incluindo-se os bens de cesta básica e os remédios, sob a hipóteses de que os pequenos produtores são cúmplices ou colaboradores da guerrilha, para quem levam mantimentos ou remédios; e finalmente, os altos custos da provisão de bens públicos na área rural, pelas falhas na conectividade derivada da presença de grupos armados ilegais, provocando um efeito circular de redução de ofertas de bens públicos (construção de estradas, prestação de serviços de assistência técnica para a produção, etc.), o risco que correm os executores destas atividades incrementa o custo de prestação a níveis que não são pagáveis pelo governo local”¹⁶³.

159 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conhecimento de Justiça e Paz. Decisão de legalidade de cargos no caso contra Giraldo Paniagua, o Pitufo, de 6 de dezembro de 2011, M.P: Uldi Teresa Jiménez López. Radicado: 110016000253200682222, par. 20 [adiante: controle de legalidade no caso contra Edison Giraldo Paniagua].

160 Idem

161 Ibid, par. 30.

162 Ibid, par. 165 e 171.

163 Controle de legalidade no caso contra El Iguano (supra n. 125), par. 2.4.2.



4.3 O APOIO ESTRATÉGICO E LOGÍSTICO DOS GRUPOS PARAMILITARES DE SETORES DAS FORÇAS ARMADAS, DA POLÍCIA NACIONAL, DOS SERVIÇOS DE INTELIGÊNCIA (DAS) E DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS

A Sala de Cassação Penal e a SJP também destacaram a importância do apoio estratégico e logístico dos membros das Forças Armadas, da Polícia Nacional, dos serviços de inteligência (DAS) e das administrações públicas (nestas últimas, em particular, as áreas de educação, saúde e justiça) na expansão e consolidação dos grupos paramilitares na Colômbia.

Em relação às Forças Armadas e à Polícia Nacional, e sem ânimo de ser exaustivos¹⁶⁴, baste, para os fins do presente trabalho, afirmar que as Salas identificaram as seguintes modalidades de cooperação de certos setores destas instituições com os grupos paramilitares:

- (i) Uma parte importante do comando dos grupos paramilitares (e, inclusive, alguns comandantes de alta patente, como Rodrigo Doblezero) – abrangendo-se, ainda, os que dirigiam as escolas de treinamento paramilitar e se encontravam a cargo da compra do material de intendência e desenho de operativos de certa envergadura – foi integrante das Forças Armadas e da Polícia Nacional;
- (ii) A assistência na obtenção de armamento, munições e outros materiais de uso privativo do exército;
- (iii) O apoio estratégico e operacional perante a expansão dos grupos paramilitares; e
- (iv) A formação dos novos recrutas dos grupos paramilitares;

Quanto à colaboração recebida pelos serviços de inteligência do Estado (em particular, pelo Departamento Administrativo de Segurança, DAS), a SJP afirmou que o próprio subdiretor geral da instituição, José Miguel Narváez, trabalhou como instrutor nas escolas de formação de paramilitares¹⁶⁵. A SJP também manifestou a estreita relação das ACCU com o ex-diretor de informática do DAS, Rafael García Torres¹⁶⁶. Assim mesmo, a SJP sublinhou, repetidamente, a colaboração com os grupos paramilitares daqueles membros do DAS deslocados para as áreas

¹⁶⁴ Para uma análise mais exaustiva, veja H. Olásolo Alonso, *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH)/Universidades Sergio Arboleda y El Rosario, 2013.

¹⁶⁵ Controle de legalidade no caso contra El Iguano (supra n. 125), par. 4.3.4.

¹⁶⁶ Controle de legalidade no caso contra El Alemán (supra n. 91), par. 10.

de atuação desses grupos. Sem ir muito longe, este é o caso, por exemplo, do subdiretor da regional do DAS em Cúcuta, Jorge Enrique Díaz y Viterbo, e do investigador do DAS nessa cidade, Efraín Morales¹⁶⁷. Todas estas decisões parecem ter sido um fator relevante na decisão adotada, no ano anterior, pelo atual presidente da República, Juan Manuel Santos, de dissolver o DAS.

Em relação ao apoio recebido por autoridades civis e membros das administrações públicas (em particular, nas áreas de educação, saúde e justiça), basta mencionar alguns dos numerosos exemplos apresentados pela SJP. Assim, a SJP afirmou que o Bloco Norte das ACCU contou com uma estrutura política, financeira e armada, que lhe permitiu converter-se em uma macroestrutura criminal, valendo-se da colaboração, por ação ou omissão, de todo tipo de autoridades e funcionários nos processos de consolidação e expansão¹⁶⁸. Em particular, a SJP tem ressaltado que o Bloco Norte chegou a se infiltrar em importantes setores da administração pública local e regional, assim como contou com o apoio de um bom número de parlamentares nacionais e governadores da costa Caribe¹⁶⁹.

Segundo a SJP, uma situação semelhante aconteceu no caso do Bloco Catatumbo (e da Frente Fronteiras), que, na opinião da SJP, beneficiou-se da colaboração de um bom grupo de autoridades civis, políticas e de servidores públicos, entre os quais se encontravam a diretora regional da Promotoria de Cúcuta, Ana María Flórez, e seu assistente, Magali Yaneth Moreno Vera, o prefeito de Cúcuta, Ramiro Suárez Corso, o prefeito de Puerto Santander, Ramón Elías Vergel Lázaro, o prefeito de Puerto Santander, José Edmundo Mogollón, o prefeito de Salazar de las Palmas, Luís Fernando Valero Escalante, o vereador de Cúcuta, Ramón Eder Mendoza Vargas, o vereador de Patios, Carlos Rangel, e o diretor do presídio modelo de Cúcuta, Hernán Darío Mejía Petrocelli¹⁷⁰.

De igual forma, a SJP completou que o Bloco Calima, através de Carlos Efrén Guevara Cano, conhecido como “Fernando, o político”, recebeu o apoio de autoridades civis da região como o governador do Cauca, Juan José Chaux, o prefeito de San Pedro, Cerlimo Bedoya, o prefeito de Puerto Tejada, Fernando Santa, o prefeito de Santander de Quilichao, a prefeita de Yumbo entre 2002 e 2003 e o prefeito de Buenventura, Félix Ocoro¹⁷¹.

Por último, é preciso sublinhar que, segundo a SJP, os grupos paramilitares, além de desviar uma parte muito importante dos recursos públicos destinados à educação e à saúde, em muitos dos

167 Idem.

168 Ibid, par. 3.

169 Ibid, par. 10.

170 Controle de legalidade no caso contra codinome “El Iguano” (supra n. 125), par. 4.3.4.

171 Controle de legalidade no caso contra codinome “El Tuerto” (supra n. 84), par.191.



estados do país, trataram também de controlar as universidades das regiões onde operavam. Neste sentido, a SJP destacou que o Bloco Heróis dos Montes de Maria entrou nas universidades (particularmente nas públicas), por ordem de Salvatore Mancuso, pois existia informação de que ativistas da subversão se encontravam ali infiltrados. Com isso, além de cortar as redes de milicianos nas universidades, pretendia-se ter acesso ao orçamento das universidades, que, em casos como o da Universidade de Córdoba, era similar ao orçamento do Governo do estado. Para isto, segundo a SJP, ordenou-se o assassinato de reitores e docentes vinculados à universidade. A própria SJP acrescentou que não conseguiu reproduzir, em todas as universidades nas quais tentou (veja, por exemplo, o caso da Universidade de Sucre), o mesmo grau de controle que as ACCU chegaram a ter na Universidade de Córdoba¹⁷².

4.4 CONCLUSÕES DO EXAME PRELIMINAR DA SITUAÇÃO NA COLÔMBIA E DA AÇÃO DOS ÓRGÃOS DE JURISDIÇÃO NACIONAIS

Ao analisarmos, detalhadamente, o conteúdo e o alcance das resoluções da Sala de Cassação Penal e da SJP sobre a formação, consolidação e expansão dos grupos paramilitares na Colômbia, e o contubérnio político, econômico, militar e administrativo que facilitou este processo, observa-se como a profundidade com a que se analisam fenômenos como o da “para-política” ou a “para-economia” é maior que aquela encontrada na análise de fenômenos semelhantes por tribunais internacionais na relação com os protagonistas armados que intervieram nos conflitos da ex-Iugoslávia, da Serra Leoa, de Ruanda, da República Democrática do Congo, da República Centro-Africana ou Sudão (Darfur), citando alguns exemplos. Esta situação não é surpreendente, se levarmos em consideração que, juntamente com o alto nível de independência, mostrado pelos magistrados da Sala de Cassação Penal e da SJP frente aos poderes executivo e legislativo, temos os seguintes fatores:

- (i) O minucioso entendimento da situação colombiana possuído pelos magistrados, letrados e analistas responsáveis pelas decisões da Sala de Cassação Penal e pela SJP;
- (ii) A proximidade da cena dos delitos e o acesso aos elementos de prova (em particular, as confissões dos comandantes paramilitares desmobilizados sobre a maneira como criaram, consolidaram e expandiram as estruturas que eles mesmos dirigiam); e
- (iii) O alto nível de capacitação que receberam magistrados, letrados e analistas por parte de formadores com ampla experiência profissional em investigações e ajuizamentos perante tribunais penais internacionais.

172 Idem.

Nestas circunstâncias, pode-se entender por que a Promotoria do TPI, em lugar de decidir a abertura da investigação em Colômbia, decantou até o momento por promover o desenvolvimento das atuações nacionais, apesar de que as mesmas atuações levam tempo em concretizar, e desenvolveu desde o início, com notáveis dificuldades, como o fato de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tenha adotado medidas de proteção a favor da maioria dos magistrados da Sala de Cassação Penal devido às ameaças de morte recebidas como consequência de atuações judiciais.

Com uma forma peculiar de procedimento na situação na Colômbia, a Promotoria da Corte respondeu tanto desde a perspectiva da extensão temporal de seus exames preliminares, como do conteúdo da análise de admissibilidade que foram realizadas antes de solicitar a autorização para iniciar uma investigação, vejamos:

Apesar de ter indícios da independência e vontade dos órgãos jurisdicionais nacionais competentes em resolver as atuações processais e esclarecer minuciosamente a composição, operações e apoio recebido pelos autores armados que intervieram na comissão de delitos da competência do TPI, o inquérito deveria ser aberto quando fosse percebida a existência de dificuldades notáveis no desenvolvimento de tais atuações? Ou o contrário, consiste a função da Promotoria do TPI em manter aberto o exame preliminar para apoiar indiretamente o enfraquecimento dos elementos que obstaculizam o avanço das atuações judiciais nacionais, e respaldar àqueles outros atores nacionais, que frequentemente arriscam suas vidas, decidem seguir adiante com a investigação e ajuizamento dos principais responsáveis desses delitos?

Ao optar, no caso de Colômbia, pela segunda opção, a Promotoria do TPI, não só adotou uma posição dirigida ao fortalecimento do estado de direito e às instituições judiciais colombianas, como evitou cair em uma interpretação do princípio de complementaridade que tem o risco de converter esse princípio em uma bonita ideia que não pode ser realmente aplicada na prática, pois em jurisdições submetidas a processos de violência massiva de caráter sistemático ou generalizado, durante períodos prolongados de tempo: (i) se produzisse uma ruptura abrupta com o “antigo regime” (o que normalmente ocorre de maneira violenta e com intervenção direta ou indireta de terceiros estados); (ii) ou as autoridades judiciais nacionais enfrentam o problema com os autores dos delitos, ou seus cúmplices, que se encontram ainda em situações de poder, de onde tratam de obstaculizar as investigações e ajuizamentos que se pretendem desenvolver a nível nacional.

Em consequência, se a Promotoria tivesse adotado, como critério de política criminal, o começo de uma investigação quando são apresentadas dificuldades sérias na ação dos órgãos jurisdicionais nacionais, o princípio de complementaridade seria privado de eficácia.



No caso colombiano, as dificuldades estão centradas, principalmente, em quatro aspectos fundamentais:

- (i) A lentidão com que tramitam os primeiros processos no nível nacional (em média, as SJP necessitaram de três anos e meio para ditar a primeira sentença condenatória de um comandante paramilitar em 29 de junho de 2010):
- (ii) A impossibilidade em finalizar os modelos de conduta que tem operado durante décadas;
- (iii) A extradição, em 2008, de vários comandantes paramilitares para os Estados Unidos, com o objetivo de fazê-los enfrentar acusações de narcotráfico; e
- (iv) A falta de difusão em nível nacional, regional e local das decisões da Sala de Cassação Penal e da SJP, no que se refere ao extenso contubérnio político, econômico, militar e administrativo que permitiu a criação, consolidação e expansão dos grupos paramilitares na Colômbia.

A respeito do primeiro fator, a lentidão nos processos, este reflete bem as dificuldades que a SJP enfrentava na contextualização das diferentes estruturas paramilitares e do complexo arranjo que as apoiou. Estas dificuldades têm incluído, entre outros, os seguintes elementos:

- (i) A necessidade de receber formação sobre a construção deste tipo de contextos complexos que, mesmo sendo habituais em tribunais penais internacionais, não haviam sido construídos judicialmente em nível nacional;
- (ii) A resistência encontrada nos que intervêm em processos de justiça e paz aportou ao processo a prova necessária para contextualizar a maneira como operam os grupos paramilitares (razão pela qual a SJP emitiu sentença, em 23 de agosto de 2010, para acolher o Protocolo para a Apresentação de Meios de Prova);
- (iii) Os problemas resultantes de uma legislação nacional incompleta que, embora tenha introduzido na Lei 599 de 2000 os delitos de genocídio e as infrações graves do Direito internacional humanitário, não contempla a categoria dos delitos de lesa humanidade (o que é, exatamente, o respaldo legal para julgar as ações criminais dos grupos paramilitares).

De caráter mais estrutural, a questão do tempo necessário para acabar com formas de comportamento que o país tem adotado durante décadas. Neste sentido, é importante sublinhar

[...] destacamos a situação dos operadores jurídicos que atuam fora das grandes cidades; atuam nas zonas rurais do país, e que, devido à falta de estado, ou à sua fragilidade frente aos grupos armados operativos dessas regiões, e, no geral, para preservar sua segurança.

o fato de que apenas metade dos membros mandantes dos grupos paramilitares (inclusive dirigentes de alta patente, como Vicente Castaño) decidiram não desmobilizar-se durante o processo de justiça e paz, formando, assim, os chamados “Bandos Criminais” (BACRIM). Agora, é preciso analisar esse fenômeno no contexto de uma situação em que, durante décadas, a recorrência à violência organizada para salvaguardar o poder político e econômico era frequente. E, ainda, uma grande parte do financiamento dos grupos armados, através daqueles que exerciam tal violência organizada, beneficiou, com ingressos originários do narcotráfico, do contrabando ou da exploração ilegal de recursos naturais, atividades que ainda continuam existindo no

país. Em consequência, não parece razoável esperar-se que haja mudança, de um dia para outro, na cultura de quem vem operando desta maneira e, em uma boa parte do país, bem como das muitas pessoas, cuja principal profissão foi o assassinato e a extorsão nos grupos paramilitares, guerrilhas, ou estruturas do crime organizado. Se bem o objetivo deve ser a redução progressiva dos níveis de violência, para isso faz-se necessário que uma nova geração, que não tenha “absorvido”, desde a juventude, tal forma de atuar, chegue ao poder político, econômico, militar e administrativo. Assim, possa ser possível uma verdadeira transição para um modelo no qual o meio para preservar o poder político e econômico deixe de ser o recurso à violência.

Intimamente relacionado com os modelos de conduta assumidos durante décadas de violência massiva na Colômbia, o alto grau de desconfiança das vítimas e de suas associações diante das medidas de investigação, ajuizamento e reparação promovidas pelo Executivo e Legislativo e dirigidas por grupos políticos, que na melhor das hipóteses, são percebidos como “não afins”, e, no pior deles, como alinhados com os algozes, contribuíram para o agravamento da situação. O diálogo e a busca de consensos são um elemento fundamental para gerar confiança e sair de uma situação inicial de enfrentamento. Porém, o processo de tramitação da Lei 975 de Justiça e Paz respondeu, na Câmara de Representantes e no Senado, a um projeto do Executivo, apoiado pela maioria parlamentar, que, na opinião da oposição, teve pouca relevância. Foi por isso que, apesar das profundas modificações introduzidas na Lei pela sentença C-370 do Tribunal Constitucional, as vítimas dos grupos paramilitares e as associações representativas rejeitaram essa lei e, portanto, decidiram não participar nas ações judiciais que foram iniciadas a partir de 2007. As

peçoas, só com o passar dos anos, incorporam, paulatinamente, o processo de participação nas audiências, servindo como testemunha e oferecendo nova versão sobre os fatos confessados pelos paramilitares desmobilizados.

Os modelos de comportamento não afetam só às vítimas e os madantes, representam, também, um papel muito importante nos processos jurídicos com competência para conduzir as investigações e ajuizamentos. A exemplo disso, destacamos a situação dos operadores jurídicos que atuam fora das grandes cidades; atuam nas zonas rurais do país, e que, devido à falta de estado, ou à sua fragilidade frente aos grupos armados operativos dessas regiões, e, no geral, para preservar sua segurança (são numerosos os casos de assassinatos de promotores, de defensores públicos e de juizes que tentaram seguir adiante com suas ações, apesar das ameaças recebidas), decidiram tradicionalmente fazer “vista grossa”. E arquivaram os processos, ou colaboraram, ativamente, com os grupos armados (só isso explica por que, apesar de mais de duzentos mil assassinatos e desaparecimentos na Colômbia, entre 1991 e 2005, só se tenham tramitado umas dezenas de processos).

A criação das condições materiais necessárias para se preservar, nos vários estados do país, a segurança de juizes, de promotores, de defensores públicos e de representantes de vítimas, condição essencial para que estes possam operar com independência e imparcialidade, precisa de um período de tempo razoável e da adoção de medidas que, não necessariamente, tenham uma natureza penal, como a realização de programas de desvinculação administrativa dos membros das Forças Armadas, da Polícia Nacional, e dos serviços de inteligência e outras administrações públicas; como afirmam as sentenças da Sala de Cassação Penal e da SJP, o que esses segmentos sociais têm feito é promover, financiar ou assistir aos grupos paramilitares realizarem atos de violência sistemática contra a população civil.

Contudo, a adoção de medidas legislativas, como as formuladas nos últimos meses, que prevê uma extensão dos já existentes foros de natureza militar, ou que atribuem ao Chefe do Estado a potestade para determinar quem pode ser excluído de um processo penal, não parecem ajudar a fortalecer essas condições materiais, ao contrário, ajudam no retrocesso; no caminho inverso que, apesar das dificuldades, começou a caminhar, o que, sem dúvida, não pode passar despercebido, nem ser indiferente, a quem, com seu exame preliminar da situação na Colômbia, pretende incentivar as autoridades nacionais para que sigam caminhando pelo caminho iniciado com as investigações e ajuizamentos da Sala de Cassação Penal e da SJP.

Por isso, é difícil entender a persistência do Executivo em querer dar foro privilegiado aos militares. À luz da tendência internacional, respaldada pelas exigências da jurisprudência dos tribunais regionais de direitos humanos, para uma progressiva limitação do alcance de uma

jurisdição excepcional como é a jurisdição militar (ainda mais no momento em que as sentenças da Sala de Cassação Penal e da SJP indicam a suposta responsabilidade penal por vinculação com grupos paramilitares de um número significativo de mandantes de vários patentes das forças armadas). Também causa preocupação que, através do chamado “Marco Jurídico para a Paz”, se queira atribuir ao Chefe de Estado a competência para determinar quem não deve ser objeto de persecução penal num momento em que, depois de vários anos, as sentenças da Sala de Cassação Penal e da SJP manifestam o amplo contubérnio político, econômico, militar e administrativo que facilitou a criação, consolidação e desenvolvimento dos grupos paramilitares. Ademais, não pode passar despercebido, segundo a normativa proposta, que a exclusão do processo penal não é adotada por uma comissão que garanta independência e imparcialidade em sua seleção e atuação, nem implique contraprestação (como a contribuição à determinação da verdade dos fatos e identificação das pessoas que, dentro ou fora do próprio grupo ou instituição, colaboraram de maneira semelhante), ou consequência alguma para seus beneficiários (como a entrega de bens para a reparação das vítimas ou a desvinculação administrativa da instituição a qual pertençam).

A terceira dificuldade enfrentada pelas investigações e ajuizamentos desenvolvidos na Colômbia, a respeito dos grupos paramilitares, tem sido a extradição, em 2008, de um número significativo de comandantes paramilitares, o que constituiu, para alguns, o golpe de misericórdia num processo de justiça e paz que nem acabava de começar. Para quem defende esta posição, as extradições evitavam que os comandantes extraditados pudessem ser ajuizados na Colômbia por delitos de lesa humanidade e crimes de guerra, impedindo, assim, que pudessem contribuir com suas declarações para esclarecer a verdade (ademais, estes comandantes detêm um conhecimento mais próximo dos vínculos com os grupos paramilitares que comandavam de maneira política, militar e administrativa em todo o território nacional).

Contudo, se a gravidade dessas extradições não pode ser avaliada, o certo é que o efeito imediato que elas tiveram em muitos dos subordinados diretos dos comandantes extraditados foi a decisão de dar por encerradas as declarações prévias, ao entender que a extradição de seus superiores era uma “traição” ao acordado com o Executivo durante o processo de negociação da Lei de Justiça e Paz. Um bom exemplo desta situação é o caso do El Iguano, comandante do Frente Fronteiras do Bloco Catatumbo. Nas novas declarações realizadas após a extradição de seu superior (Salvatore Mancuso, comandante do Bloco Norte das ACCU), ele revelou o contubérnio político, econômico, militar e administrativo que favoreceu a formação, consolidação e expansão do Bloco Catatumbo no estado do Norte de Santander.

O quarto fator que dificultou as investigações e ajuizamentos desenvolvidos na Colômbia foi a falta de difusão nacional, regional e local das decisões da Sala de Cassação Penal e da SJP,



no que se refere à extensa aliança política, econômica, militar e administrativa que permitiu a criação, consolidação e expansão dos grupos paramilitares em Colômbia. Convém sublinhar que, entre as condições materiais necessárias para que os processos penais por delitos de lesa humanidade e crimes de guerra, assim como as atuações relativas às reparações às vítimas, avançassem adequadamente, no país, dentro de um espaço de tempo razoável, surgiu como um elemento fundamental: a adequada divulgação nos meios de comunicação sobre os grupos que cometeram esses delitos e que, até hoje, foram minuciosamente recolhidos em várias sentenças da SJP.

Levar à luz pública os diferentes fatores que rodearam, durante anos, situações de violência sistemática, e informar adequadamente sobre eles à população que sofreu essa violência, é um passo fundamental para alcançar os objetivos. E, portanto, deveria ter sido considerada pelo TPI, ao aplicar-se o princípio de complementaridade. No caso da Colômbia, isto significa analisar: (i) os mecanismos e o grau de difusão que têm as decisões ditadas pela Sala de Cassação Penal e pela SJP; (ii) os esforços para divulgar na imprensa escrita, nas rádios e nas emissoras de televisão, os fatos provados nas sentenças das Salas (assim como de outros órgãos jurisdicionais colombianos que processaram por delitos de lesa humanidade ou crimes de guerra), de maneira que a sociedade colombiana possa ter acesso e conhecer o que realmente aconteceu, as razões pelas quais aconteceram e os dirigentes que promoveram e facilitaram os tais fatos.

A esse respeito, convém indicar que, apesar das ações nacionais antes descritas, o nível de exposição pública, na Colômbia, dessas ações, é muito limitado, tendo-se realizado apenas um esforço neste sentido, em relação à primeira sentença ditada pela SJP em 29 de junho de 2010. Foi no caso contra os comandantes paramilitares do Bloco Montes Maria, Diego Vecino e Juancho Dique. Nesta mesma dinâmica, estão as universidades colombianas. Os cursos devem abordar a aplicação interna do Direito Penal Internacional na Colômbia. O assunto chama bastante atenção e é abordado frequentemente nos seminários sobre o funcionamento e a atuação do Tribunal Penal Internacional organizada na Colômbia. – É por isso que devemos estar contentes com a decisão da Universidade Santo Tomás de Aquino em abrir a proposta curricular para esta disciplina, unindo-se, desta maneira, à Escola Superior de Guerra e à Clínica Jurídica de Direito Penal Internacional e Direito Internacional Humanitário da Faculdade de Jurisprudência de Nuestra Señora del Rosario, onde há um ano estuda-se esta disciplina regularmente.

Apesar das grandes dificuldades enfrentadas pelas ações nacionais na Colômbia, muitas ainda se mantêm. Assim como é firme a posição da Promotoria do TPI em manter aberto o exame preliminar para, através da promoção, enfraquecer os elementos que obstaculizam o avanço das atuações judiciais nacionais. E respaldar os autores que, apesar das dificuldades,

estão investigando e ajuizando, na Colômbia, os principais responsáveis pela violência massiva expandida pelo paramilitarismo contra a população civil. A análise, antes apresentada na jurisprudência da Sala de Cassação Penal e da SJP, permite afirmar que os esforços genuínos destes órgãos jurisdicionais estão, finalmente, refletidos nas sentenças ditadas pelos tribunais a partir de fins de 2008 e de 2010, respectivamente.

Ainda que essas sentenças não sejam mais que o princípio das que terão, necessariamente, que vir, à vista dos contextos que descrevem, milhares de cópias de processos que hoje estão sendo iniciados fora do âmbito das atuações da Sala de Cassação Penal e da SJP, e das próximas atuações perante à SJP, em relação com os desmobilizados das guerrilhas das FARC e do ELN, é certo que, dificilmente, se chegaria a esta situação sem que a Promotoria do TPI tivesse mantido seu exame preliminar sobre a Colômbia, perante ao TPI; e sem que os órgãos jurisdicionais colombianos tivessem mostrado o grau de abertura à recepção do Direito Penal Internacional como o mostra: (i) a intensa formação solicitada e recebida a este respeito; (ii) a implantação do Protocolo para a Apresentação de Meios de Prova; (iii) a introdução pela Sala de Cassação Penal da categoria dos delitos de lesa humanidade através da aplicação do Bloco de Constitucionalidade; e (iv) a aceitação de formas de autoria e participação (como a autoria mediata através de estruturas organizadas de poder, a coautoria mediata e também a responsabilidade do superior) que são de aplicação habitual nos tribunais penais internacionais mas que não tinham sido previamente aplicadas em todo o território nacional da Colômbia¹⁷³.

5. CONCLUSÃO

A estratégia que está sendo aplicada pela Promotoria do TPI, no caso da Colômbia, deve-se, em grande medida, a certas características singulares da situação como: (i) a independência e operatividade de certos órgãos jurisdicionais nacionais colombianos (em particular as Salas de Cassação Penal e a SJP); (ii) a vontade dos órgãos jurisdicionais de proceder com as investigações e o ajuizamento por delitos de lesa humanidade e crimes de guerra, inclusive o enfrentamento com setores políticos, econômicos, militares ou administrativos próximos ao governo de turno; (iii) o alto nível de acesso aos elementos de prova mediados pelas declarações realizadas pelos próprios comandantes paramilitares desmobilizados; e (iv) a abertura para criar cursos de formação profissionais com uma ampla experiência profissional no desenvolvimento de investigações e ajuizamentos perante tribunais penais internacionais.

173 H. Olásolo Alonso, *Problemas de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Temis, Universidade Sergio Arboleda & Instituto Ibero-americano da Haia para a Paz, os Direitos Humanos e a Justiça Internacional (IIH), Bogotá, 2012 (no prelo).



Não acreditamos, porém, que esta estratégia possa ser aplicada com sucesso em outras situações com características muito diferentes da Colômbia porque (i) não existe um apartado judicial operativo que seja capaz de manter sua independência frente aos poderes Executivo e Legislativo; (ii) os órgãos jurisdicionais nacionais não têm vontade de investigar e ajuizar os principais protagonistas dos grupos armados implicados na comissão de delitos internacionais; (iii) não se tem acesso aos elementos de prova porque a falta de confissões de quem cometeu os delitos, ou colaborou na sua realização, não se permite o acesso aos arquivos oficiais para poder documentá-los; ou (iv) devido à falta de abertura em receber uma adequada formação na investigação e ajuizamento de delitos como o genocídio, lesa humanidade ou crimes de guerra (especialmente seus elementos contextuais), os casos são fracionados, sem que sejam analisados os padrões de conduta e o contexto político, econômico, militar ou administrativo e o processo torna-se frágil.

Isto ocorreu, precisamente, nas situações na Líbia e em Darfur, quando, ao iniciar o exame preliminar, foi constatada a falta de independência de seu aparato judicial, e a atitude desafiante de seus máximos dirigentes (Muammar Gaddafi e Omar al Bashir) perante o mandato, função e legitimidade do TPI.

Uma situação parecida foi a ocorrida na República do Quênia: depois de promover as atuações nacionais durante quase dois anos, a Promotoria do TPI chegou à conclusão de que a falta de vontade do governo e do parlamento em adotar as ferramentas necessárias para realizar uma adequada investigação e ajuizamento dos principais responsáveis pela violência acontecida após as eleições de dezembro de 2007, enfraqueceu o processo.

Por isso, as diferentes estratégias adotadas pela Promotoria do TPI em cada uma destas situações, longe de serem arbitrárias, como alguns se esforçam em apresentar, encontram justificativas que caracterizavam cada uma delas (o relatório apresentado pela Promotoria, em 13 de dezembro de 2011, não tem relação com o exame preliminar da situação da Colômbia). Faltou a profundidade desejada para o primeiro relatório sobre o estado desse exame preliminar desde seu início em 2005.

Este fato não afeta, no entanto, a conclusão de que hoje, depois dos dez primeiros anos no trabalho do TPI, pode-se afirmar:

- (i) A importante função que o TPI começou a exercer no âmbito da Comunidade Internacional (fruto de seu mandato nas situações em que se produzem delitos de lesa humanidade, crimes de guerra ou genocídio);

(ii) A constatação de que cada situação sob análise requer uma estratégia de atuação diferente por causa de suas particularidades e circunstâncias; e

(iii) A relevância da fase de exame preliminar para que, através dela, sempre e quando as circunstâncias da situação sob análise assim o permitam, promova-se o fortalecimento do estado de direito e dos órgãos jurisdicionais nacionais, e que as investigações e ajuizamentos dos delitos da competência do TPI sejam feitas em seu território ou por pessoas do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOUR, E., WEED, M.C., *The International Criminal Court (ICC): Jurisdiction, Extradition, and U.S. Policy*, en Congressional Research Service, de 16 de março de 2010 (disponível em http://assets.opencrs.com/rpts/R41116_20100316.pdf, acessado pela última vez em 20 de dezembro de 2010).

BURKE-WHITE, W., *'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice'*, em *Criminal Law Forum*, Vol 19, 2008.

CASSESE, A., *The Rome Statute: A Tentative Assessment*, en Cassese et al. (coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

CROSS/S. WILLIAMS, M.E. *Recent Developments at the ICC: Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui: A Boost for Co-operative Complementarity?*, em *Human Rights Law Review*, Vol 10, 2010.

FILKINS, D., *U.S. Tightens Airstrike Policy in Afghanistan* en *The New York Times*, section Asia-Pacific, 21 de junio de 2009.

PROMOTORIA DE LA TPI, *Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares*, 4 de outubro de 2010, disponível em: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-F3D7-38D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf.

_____, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, 1-9, ICC-OTP 2003 (Set. 2003), disponível em www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf.



PROMOTORIA DE LATPI, *Policy Paper on the Interests of Justice*, 1-9, ICC-OTP 2007 (Set. 2007), disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>

PROMOTORIA DE LA TPI, *Report on Prosecutorial Strategy*, 1-11 (Set. 14, 2006), disponível em http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf.

PROMOTORIA DE LATPI, *Report on the Preliminary Examination Activities*, de 13 de dezembro de 2011, par. 83-86, disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf>.

GIOIA, F., *State Sovereignty, Jurisdiction, and “Modern” International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court*, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006.

HALL, C., *Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy*, en C. Stahn/G. Sluiter, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, 2009.

KING, L., *Inquiry puts Spotlight on U.S. Special Forces in Afghanistan*, *The Los Angeles Times* (Los Angeles, 9 de abril de 2010).

KRESS, C., *‘Self-Referrals’ and ‘Waivers of Complementarity’: Some Considerations in Law and Policy*, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol 2, 2004.

OLÁSOLO ALONSO, H. e CARNERO ROJO, E., *Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia*, en H. Olásolo Alonso, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de Haia (IIH), Valencia, 2011 (reimpresso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito de Colômbia).

OLÁSOLO ALONSO, H., *Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de procesos de justicia de transición ante la Tribunal Penal Internacional*, en H. Olásolo Alonso, *Ensayos sobre Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de Haia (IIH), Valencia, 2011 (reimpresso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito de Colômbia).

_____, *De los Riesgos y las Precauciones necesarias en la Aplicación del Principio de Complementariedad por la Tribunal Penal Internacional: El Estudio de la Determinación de las Penas como Objeto de Análisis de Admisibilidad*, en H. Olásolo Alonso, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de Haia (IIH), Valencia, 2011 (reimpreso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito de Colômbia).

_____, *Problemas de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Temis, Universidad Sergio Arboleda & Instituto Ibero-Americano de Haia para a Paz, os Direitos Humanos e a Justiça Internacional (IIH), Bogotá, 2012 (no prelo).

_____, *La función de la Tribunal Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post-facto al concepto de responsabilidad de proteger y la intervención oportuna de la Tribunal Penal Internacional*, en H. Oráoslo Alonso, *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de Haia (IIH), Valencia, 2011 (reimpreso em 2012 em Medellín, Colômbia, pela editorial Dike, a União Europeia e o Ministério da Justiça e o Direito de Colômbia).

_____, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar?*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, Valencia, 2003.

SCHWAMMENTHAL, D., *Prosecuting American 'War Crimes*, en *The Wall Street Journal*, Section Opinion Europa, The Hague, 26 de novembro de 2009.

WILLIAMS, S.A., *Article 17. Issues of Admissibility*, en O. Triffterer (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 383-394, p. 394; y T. Holmes, "The Principle of Complementarity", em R.S. Lee (coord.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer International Law, 1999.

O PRINCÍPIO DE COMPLEMENTARIDADE E AS ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL NA FASE DE EXAME PRELIMINAR: POR QUE A CORTE PENAL INTERNACIONAL MANTÉM SEU EXAME PRELIMINAR, MAS NÃO INICIA UM INQUÉRITO SOBRE A SITUAÇÃO NA COLÔMBIA?

HECTOR OLÁSOLO ALONSO

Mestre em Direito pela Universidade de Columbia (Nova York); licenciatura e prêmio extraordinário de doutorado pela Universidade de Salamanca (Espanha); Presidente do Instituto Ibero-Americano de Haya para a Paz, os Direitos Humanos y para a Justiça Internacional (IIH); Catedrático de direito internacional público e direito internacional penal e processual e Diretor da área de justiça internacional da Universidad Santo Tomás de Aquino (USTA) em Bogotá (Colombia); Co-diretor da clínica jurídica sobre direito internacional humanitário da Universidade de Rosario em Bogotá (Colombia); Professor Visitante na Universidade de Ciências Aplicadas de Haya. O autor foi também letrado da Sala da Corte Penal Internacional (2004-2010), Membro da Assessoria Jurídica e da Sessão Apelações do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (2002-2004); Membro da delegação espanhola na Comissão Preparatória para a Corte Penal Internacional, celebrada na sede da Organização das Nações Unidas em Nova York (1999-2002); e Catedrático de Direito Penal e Processual Internacional da Universidade de Utrecht (fevereiro de 2009 a setembro de 2012). O autor escreveu uma dezena de monografias e mais de cinquenta artigos em revistas de reconhecido prestígio, em Espanhol e Inglês.

60ª CARAVANA DA ANISTIA, MANIFESTAÇÃO REALIZADA NAS RUAS, FORTALEZA/CE, 4 DE AGOSTO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.





RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL PELO ARTIGO 25(3)(D) DO ESTATUTO DE ROMA

Heloísa Estellita

Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo

Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Mariana Tumbiolo Tosi

Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo

Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

Desde a criação dos Tribunais pós-guerra, em especial o Tribunal de Nuremberg, tem-se reconhecido a responsabilidade individual pelos crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos. A questão da imputação da responsabilidade, contudo, sempre se apresentou como um problema, levantando inúmeras dificuldades e calorosos debates que se arrastam até os dias de hoje, mesmo após a instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Além de carregar as mesmas questões problemáticas dos sistemas penais nacionais, a imputação da responsabilidade do âmbito internacional gera novas dificuldades sobre as quais a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Internacionais têm se debruçado nas últimas décadas¹.

A distância dos operadores do Direito Penal Internacional do local e do próprio contexto em que os crimes foram praticados, a complexidade e a hierarquia das organizações criminosas (muitas



vezes paramilitares ou parte do aparato armado do próprio Estado), além do medo e da relação ambígua da população com esses grupos trazem inúmeras dificuldades de produção probatória.

Dificuldades que acabam sendo, muitas vezes, contornadas por presunções legais e pela própria extensão dos limites da responsabilidade individual.

Some-se a circunstância, ainda mais relevante, que diz respeito à própria essência dos crimes objeto da jurisdição dos Tribunais Internacionais, que fogem às categorias tradicionais de fato, autor e ofendido individualizados e isolados. Trata-se, em verdade, de complexos conflitos culturais e étnicos em que não se pode separar com clareza, na grande maioria das vezes, os perpetradores das vítimas.

Outra consequência da complexidade dos delitos dessa natureza, ainda relacionada à problemática da individualização dos fatos, diz respeito à dificuldade em se estabelecer uma clara relação entre causa e efeito das condutas. A dimensão das violações, atrelada geralmente ao grande número de autores e de vítimas, faz com que não seja possível aferir com clareza os efeitos de uma conduta isolada.

Se, de um lado, o aporte individual de um perpetrador não pode ser considerado condição suficiente para a dimensão de todos os resultados, o grande marco para a imputação da responsabilidade individual foi justamente reconhecer que os crimes contra a humanidade não são meras fatalidades. Mas sim consequências de atos voluntários praticados por pessoas naturais que, por eles, devem ser responsabilizadas.

Ainda que a complexidade das estruturas de um grupo conduza, muitas vezes, à tentação de atribuir a responsabilidade coletiva pelo ato de alguns indivíduos, essa alternativa iria de encontro ao próprio princípio da imputação da responsabilidade individual pela culpabilidade do agente. Nas palavras de OHLIN (2007, p. 70):

[C]riminal Law must involve the prosecution and punishment of individuals. To do otherwise would be to engage in guilt by association. It is, therefore, the goal of criminal law theory to apportion blame across the various components of a criminal enterprise.

Para buscar enfrentar essas dificuldades se estabelecem novas teorias de imputação individual, estendendo a responsabilidade no âmbito internacional. É o caso, por exemplo, das teorias de *Conspiracy* e de *Joint Criminal Enterprise*², que alargam o escopo da responsabilização criminal nos casos de grupos organizados para abranger situações que, por vezes, não seriam criminalizadas nos sistemas nacionais.

2 Discutiremos brevemente o conceito adiante.

O debate torna-se ainda mais intenso quando tratamos não apenas da autoria e da coautoria, mas também das diferentes formas de cumplicidade. Os Estatutos dos Tribunais Internacionais para a antiga Iugoslávia e para Ruanda não distinguiram com clareza autoria e participação, criminalizando, no mesmo dispositivo, as condutas de planejar, instigar, ordenar, cometer ou, de qualquer outra forma, contribuir – ou auxiliar – no planejamento, na preparação ou na execução de um crime³.

A jurisprudência do Tribunal Penal para a antiga Iugoslávia (ICTY – *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*) foi responsável por delinear os primeiros conceitos dessa forma de atribuição de responsabilidade. No julgamento de Anto Furundžija, em 10 de dezembro de 1998, entendeu o Tribunal que coautoria pressuporia uma cooperação em parte essencial na execução do delito, enquanto a cumplicidade poderia ser caracterizada como mero apoio psíquico⁴. Concluiu, assim, que, para a caracterização da cumplicidade (“*aiding and abetting*”) seria necessária assistência prática, encorajamento ou apoio moral que tenha um efeito substancial na comissão do crime.

O intenso debate acerca das diferentes formas de responsabilização individual precedeu também a elaboração do Estatuto de Roma (ER), culminando na redação do artigo 25(3)⁵, que estabelece diferentes graus de participação na comissão de um crime de forma mais sistemática e detalhada do que os diplomas legais que o precederam. O dispositivo prevê uma escala hierárquica de comportamentos que ensejariam a responsabilidade individual⁶.

3 Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Article 7 – Individual criminal responsibility. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Article 6 – A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.

4 ICTY – Procurador v. Furundžija (IT-95-17/1), Sentença Condenatória, 10.12.1998, par. 210-217.

5 Artigo 25 – Responsabilidade Criminal Individual. 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

6 Embora a Corte tenha entendido no julgamento de Thomas Lubanga Dyilo que o art. 25(3) estabelece de fato uma escala de gravidade das condutas, o voto dissidente do Juiz Adrian Fulford frisou que, para ele, essa hierarquia inexistente: “*Some have suggested that Article 25(3) establishes a hierarchy of seriousness as regards the various forms of participation in a crime, with Article 25(3)(a) constituting the graves example and Article 25(3)(d) the least serious. I am unable to adopt this approach. In my judgment, there is no proper basis for concluding that ordering, soliciting or inducing a crime (Article 25(3)(b)) is a less serious form of commission than committing it “through another person” (Article 25(3)(a)), and these concepts self-evidently overlap. Similarly, I am unable to accept that the criminality of accessories (Article 25(3)(c)) is greater than those who participate within a group (Article 25(3)(d)), particularly since many of history’s most serious crimes occurred as the result of the coordinated action of groups of individuals, who jointly pursued a common goal.*” (Cf. Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/06), sentença condenatória, 14.03.2012, par. 996 e par. 8 do voto dissidente do Juiz Adrian Fulford).

Embora o ER não faça uma distinção clara entre autoria e participação em relação à aplicação de sanções, o art. 78(1) prevê que, na aplicação da pena, deverá o Tribunal levar em consideração “as condições pessoais do acusado”⁷. E o artigo 145(1)(c) das Regras de Procedimento e Prova (RPP) do Tribunal prevê, expressamente, que uma das considerações na determinação da sentença deverá ser o grau de participação da pessoa condenada no crime, razão pela qual o dispositivo pelo qual a responsabilidade é imputada deverá refletir na pena imposta⁸.

A alínea *a* dispõe sobre as diferentes formas de autoria, ao prever que poderá ser punido pelo Tribunal quem cometer um dos crimes previstos no Estatuto (i) individualmente (autoria), (ii) em conjunto (coautoria) ou (iii) por intermédio de alguém (autoria mediata).

As alíneas *b* e *c* tratam da cumplicidade, dispondo que também poderá ser responsabilizado aquele que ordenar, solicitar, instigar a prática de um crime (quer seja tentado ou consumado), bem como quem, com dolo específico de facilitar a comissão do crime, for cúmplice ou encobridor ou colaborar de alguma outra forma, como será o fornecimento de meios para a sua prática.

A alínea *d*, por sua vez, também trata da responsabilidade individual por cumplicidade, porém com requisito objetivo significativamente menos exigente do que nas outras hipóteses. De acordo com o dispositivo, poderá ser punido aquele que (i) contribuir de alguma outra forma e (ii) intencionalmente (iii) para a prática ou tentativa de prática do crime (iv) por um grupo de pessoas com um objetivo comum e (v.1) com o propósito de levar a cabo a atividade criminal ou objetivo criminal do grupo ou (v.2) com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime. O dispositivo suscita diversas questões problemáticas a respeito da imputação da responsabilidade individual, as quais serão abordadas adiante.

As alíneas *e* e *f* tratam, respectivamente, dos crimes de incitação ao genocídio e dos crimes tentados, não abordando modalidades diferentes de responsabilização individual.

Em que pese o fato de que cada uma das hipóteses de imputação guarde amplo espaço para discussão, a questão mais problemática parece residir no artigo 25(3)(d), que – conforme já definiu o Tribunal – estabelece o mais baixo requisito objetivo para a imputação da responsabilidade criminal⁹.

7 Para fins de homogeneização e referência, utilizaremos aqui os termos adotados pela tradução oficial do Estatuto, instituída internamente pelo Decreto 4.388/2002, embora reconheçamos a existência de algumas obscuridades e incoerências técnicas nessa tradução.

8 Na primeira sentença proferida pelo Tribunal, no caso do Procurador VS. Thomas Lubanga Dyilo, o grau de participação do réu foi considerado na aplicação da pena (Cf. Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/06), sentença condenatória, 14.03.2012, par. 51 a 53).

9 Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/06), decisão de confirmação da acusação, 29.01.2007, par. 337. Procurador vs. William Samoei Ruto e Joshua Arap Sang, situação no Quênia (Caso ICC-01/09-01/11), decisão de confirmação da acusação, 23.01.2012, par. 354.

O escopo do presente artigo é, pois, a análise dos elementos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo dispositivo, as dificuldades de interpretação desses elementos, bem como a forma de aplicação desse dispositivo nas recentes decisões do TPI. Em face da indefinição de diversos termos do artigo, analisaremos ainda a possibilidade de uma delimitação razoável da aplicação desse tipo de cumplicidade pela teoria das condutas neutras.

2. O ART. 25(3)(D)

Conforme observado, o artigo 25(3)(d), ER, reflete o mais flexível requisito objetivo para a imputação da responsabilidade criminal. Com vistas a coibir as violações praticadas por organizações criminosas, determina o Estatuto que qualquer contribuição para um grupo de pessoas, agindo com um objetivo comum, pode levar à punição.

Pela análise do dispositivo, verificamos que ele estabelece três requisitos objetivos e dois requisitos subjetivos para a caracterização da responsabilidade. É necessário que haja, em primeiro lugar, a tentativa ou a comissão de um crime e que essa tentativa/comissão tenha sido levada a cabo por um grupo de pessoas agindo com um objetivo comum. Cumpridos os dois requisitos iniciais para configurar a responsabilidade individual objetivamente, é necessário que haja um aporte de contribuição “*de alguma outra forma*” dentre aquelas previstas nas alíneas anteriores.

Subjetivamente, faz-se necessário, em primeiro lugar, que a contribuição tenha sido “intencional”, expressão cuja interpretação já suscita algumas questões problemáticas, conforme veremos adiante. Além disso, a contribuição deve ser dada (i) com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo ou, ainda, com (ii) mero conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime.

A origem dos termos do dispositivo pode ser remontada, em reprodução quase que literal, ao texto do artigo 2(3)¹⁰ da Convenção Internacional sobre a Supressão dos Atentados Terroristas com Bombas, de 15 de dezembro de 1997¹¹.

Conforme aponta a doutrina, o artigo seria fruto da tentativa de incluir no ER o conceito de *conspiracy* proveniente da *Common Law*, segundo o qual é punível o mero acordo entre duas ou

¹⁰ De acordo com o art. 2(3)(c) da Convenção, será responsável criminalmente quem “*contribuir de qualquer outra forma na perpetração de um ou mais dos delitos enunciados nos parágrafos 1 ou 2 por um grupo de pessoas que atue com um propósito comum; essa contribuição deverá ser intencional e ocorrer seja com a finalidade de colaborar com a atividade ou o propósito delitivo genérico do grupo, seja com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o delito ou delitos de que se trate.*”

¹¹ Versão em Português disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/conv_int_supressao_terrorismo_bombas.pdf. Último acesso em 20.07.2012.

mais pessoas para a comissão de um crime, independente da tentativa ou da efetiva execução do ato criminoso¹².

Enquanto para AMBOS e ESER o artigo 25(3)(d) teria rejeitado esse conceito ao exigir que o crime seja, ao menos, tentado e que haja uma contribuição por parte do acusado ao crime¹³ para OHLIN (2009, p. 408) os redatores do dispositivo não foram bem sucedidos na tentativa de limitar o amplo conceito de *conspiracy*¹⁴.

Além das semelhanças com o delito de *conspiracy*, outra importante questão acerca da interpretação do artigo 25(3)(d) diz respeito à incorporação (ou não) do conceito de *Joint Criminal Enterprise* – modalidade de responsabilidade individual instituída, pela primeira vez, no julgamento da apelação de Duško Tadić pelo ICTY¹⁵ – pelo ER.

Conforme estabeleceu o ICTY, na ocasião, o conceito de *Joint Criminal Enterprise* poderia ser dividido em três modalidades de imputação da responsabilidade individual: JCE I, JCE II e JCE III¹⁶.

A JCE I seria caracterizada pela situação em que todos os membros do grupo tenham uma intenção e um propósito comuns, sendo que os crimes venham a ser praticados por apenas alguns deles. De acordo com AMBOS, essa modalidade de imputação da responsabilidade constituiria uma forma de coautoria e estaria, portanto, abrangida pelo artigo 25(3)(a) do Estatuto de Roma (2008-B, p. 14).

Já as modalidades de responsabilização JCE II e III seriam caracterizadas, respectivamente, como forma sistemática e forma estendida (AMBOS, 2008-B, p. 05). A primeira forma seria configurada pela situação de um campo de concentração, no qual todos os membros têm conhecimento do sistema de maus tratos e intenção de promover este sistema, mesmo que não tenham conhecimento específico acerca de alguns crimes ali cometidos. A JCE III, por sua vez, abrangeria os agentes que tenham aderido ao plano comum, mesmo em relação aos fatos praticados pelos coautores que fujam ao escopo do plano, desde que esses atos constituam consequência previsível a partir da execução do plano (OHLIN, 2007, p. 75).

12 Cf. ESER p. 802; e AMBOS, 2008-A, pp. 760-761.

13 Ibid.

14 As demais críticas do autor a esse dispositivo serão exploradas adiante.

15 ICTY – Procurador v. Tadić (IT-94-1), Apelação, 15.07.1999, par. 220.

16 Cf. AMBOS, Kai, 2008-B.

Conforme WERLE, como modalidade mais abrangente de imputação de responsabilidade, que cobre quaisquer formas de participação não compreendidas nas alíneas anteriores, o artigo 25(3)(d) do ER também abrangeria as modalidades criadas pelo ICTY de *Joint Criminal Enterprise* (p. 970).

Esse não é o entendimento de AMBOS, segundo o qual as modalidades JCE II e JCE III não poderiam ser encaixadas na alínea *d* do artigo 25(3). Isto ocorre, de acordo com a sua teoria, porque tanto o requisito mínimo de “conhecimento” quanto a exigência de intenção da contribuição pelo artigo 25(3)(d) iriam além da mera previsibilidade aceita pelas duas formas de *Joint Criminal Enterprise* (2008-B, p. 14). Nas palavras do autor, o dispositivo seria, na verdade, uma forma de substituir os conceitos de JCE II e III:

Art. 25 (3) (d) can rightly be seen as a “statutory surrogate of JCE.” For the future case law of the ICC, this means that the application of the JCE II (in the broad sense) and III on the basis of Art. 25 – and this is the only basis that it has – is not possible. This would ultimately mean introducing the law of conspiracy through the backdoor, ignoring the will of the drafters of the Rome treaty and violating the principle of legality (2008-B, p. 14).

Sem fazer qualquer juízo definitivo, em maio de 2007, na decisão de apreciação das acusações contra Thomas Lubanga Dyilo, a *Pre-Trial Chamber I* afirmou, lateralmente, que a alínea *d* do artigo 25(3) seria a mais próxima conexão do ER com o conceito de *Joint Criminal Enterprise* estabelecido pelo ICTY¹⁷.

Já na apreciação das acusações contra Callixte Mbarushimana, na situação no Congo, embora reconhecendo as semelhanças entre as duas modalidades de participação, ressaltou o Tribunal que *Joint Criminal Enterprise* e a responsabilidade estabelecida pelo artigo 25(3)(d) não são idênticas:

JCE and 25(3)(d) liability are also not identical, as similar as they may appear. Some relevant differences between JCE and 25(3)(d) liability include: (i) whether a defendant who is found guilty is convicted as a principal or accessory, (ii) whether a defendant must be in the group acting with the common purpose or not, (iii) whether the contribution is to the common purpose or to the crimes committed, and (iv) whether some form of intent or mere knowledge is sufficient for responsibility¹⁸.

¹⁷ Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/06), decisão de confirmação da acusação, 29.01.2007, par. 335.

¹⁸ Procurador vs. Callixte Mbarushimana, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/10), decisão de confirmação da acusação, 16.12.2011, par. 282.



[...] poderá ser considerado criminalmente responsável quem “contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum”.

Embora a discussão acerca da compatibilidade dos conceitos de *Conspiracy* e de *Joint Criminal Enterprise* não constitua o objeto central desse trabalho, a exposição da controvérsia nos permite concluir que, ao se distanciar – mesmo que não radicalmente – das definições estabelecidas pelo ICTY (*JCE*) e por alguns países de *Common Law* (*Conspiracy*), o artigo 25(3)(d) do ER estabelece um novo patamar de análise de participação na atividade criminosa de um grupo. Introduz um padrão que deverá ser interpretado e criticado de acordo com as suas próprias limitações e ambiguidades¹⁹.

Relativamente inovadora e consideravelmente complicada, a redação do dispositivo tem sido fortemente criticada por especialistas.

Nas palavras de OHLIN, haveria um consenso na Academia quanto ao fato de o 25(3)(d) denunciar a ignorância básica de seus redatores em teoria de direito criminal (OHLIN, 2009, p. 416), razão pela qual afirma que a única solução possível seria a reforma do dispositivo: “*article 25(3)(d) is hopelessly tangled because no coherent interpretation of the provision is possible; the only solution is amending the statute and establishing clear liability rules for joint criminal action*” (2009, p. 408).

AMBOS critica a construção do dispositivo ao afirmar que “*a provision drafted without regard to basic dogmatic categories will create difficult problems of interpretation for the future ICC*” (AMBOS *apud* OHLIN, p. 410). Também ESER, ao tratar dos elementos subjetivos no artigo, conclui que “*the employment of obviously different mental concepts in this provision can hardly hide the lack of expertise in criminal theory when this provision was developed*” (ESER, p. 803).

Exposta essa discussão de fundo, analisaremos agora três principais complicações oriundas dos termos empregados pelo Estatuto: (A) o grau de relevância da contribuição fornecida pelo agente; (B) a intencionalidade da contribuição; e (C) a atribuição indiscriminada de responsabilidade entre os membros de um grupo.

¹⁹ Cf. OHLIN, 2007, p. 77: “*These unique circumstances make it clear that the Tadic case cannot be used, in turn, as a precedent to help interpret the Rome Statute’s provisions on joint criminal enterprise. The interpretation of the Rome Statute must remain an issue of first impression for the International Criminal Court when it begins its deliberations*”.

2.1 “CONTRIBUIR DE ALGUMA OUTRA FORMA...”

Conforme descreve o início do art. 25(3)(d) do ER, poderá ser considerado criminalmente responsável quem “contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum”. Deixando, por ora, de lado, a questão dos elementos subjetivos, vejamos agora o grau necessário de contribuição objetiva para a incidência do dispositivo.

Pela leitura literal dos termos empregados pela alínea *d*, não há qualquer exigência de que se demonstre o grau de importância da contribuição para a prática do crime. Em verdade, conforme já discutiu o próprio Tribunal, trata-se da mais baixa exigência objetiva para a caracterização da responsabilidade individual²⁰.

Esse parece ser o entendimento de WERLE, para quem o dispositivo abrangeria **qualquer contribuição** à atividade criminosa, como, por exemplo, o financiamento do grupo:

The wording explicitly covers any contribution to the group crime ('in any other way contributes'). This catch-all provision applies to indirect forms of assistance – such as financing the group – that do not warrant liability for either co-perpetration or aiding and abetting, as they have no substantial effect on the commission of the crime under international law. Thus, contribution to a group crime is best construed as a subsidiary mode of participation yielding the weakest form of liability (WERLE, pp. 970-971).

Também AMBOS parece aceitar a interpretação no sentido de que, pela redação do dispositivo, não haveria qualquer exigência de relevância da contribuição para a atividade criminosa para que se caracterize o elemento objetivo da alínea:

Subparagraph (d) establishes, on the one hand, the lowest objective threshold for participation according to article 25 since it criminalizes “any other way” that contributes to a crime. This seems to imply a kind of subsidiary liability if subparagraph (c) is not applicable (2008-A, p. 761).

A literalidade do artigo 25(3)(d) não parece exigir, de fato, qualquer requisito mais específico acerca do aporte da contribuição por parte do agente, bastando que ele contribua “de qualquer

²⁰ Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/06), decisão de confirmação da acusação, 29.01.2007, par. 337. Procurador vs. William Samoei Ruto e Joshua Arap Sang, situação no Quênia (Caso ICC-01/09-01/11), decisão de confirmação da acusação, 23.01.2012, par. 354.



outra forma” para as atividades criminosas de um grupo com um propósito comum. Analisando a modalidade de responsabilidade apenas por este prisma, concluir-se-ia que qualquer contribuição fornecida pelo indivíduo poderia dar ensejo à responsabilização individual.

Essa não parece ser, contudo, uma interpretação aceitável, se tomamos em consideração o ER como um diploma legal único e indivisível, cuja interpretação deve ser feita de forma sistemática. Isso porque, logo em seu preâmbulo, dispõe o Estatuto, em seu artigo 17(1)(d), que, para que seja admissível, o caso levado ao tribunal deve ser suficientemente grave. O dispositivo está em consonância com o artigo 5(1), que estabelece que a competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afetem a comunidade internacional no seu conjunto.

Nesse contexto, aceitar que as mais ínfimas contribuições (muitas vezes, sem serem, sequer, resultantes da intenção de contribuir), atribuídas a um grupo com objetivo criminal comum, sejam objeto da jurisdição do Tribunal é reverter a própria lógica da competência atribuída à Corte: último recurso contra as mais graves violações dos direitos humanos.

Interpretação diversa conduziria a situações radicais, que certamente fugiriam ao escopo do próprio Estatuto, nas palavras de OHLIN:

Many members of the community may provide contributions to a criminal organization despite the fact that they disapprove of the group's criminality. Merchants sell food, water and clothing to criminals; they sell cars and gasoline and repair their vehicles; they rent them office space, apartments and houses. These services are no doubt contributions to criminal organizations, since, without them, a conspiracy could not continue (2007, p. 79).

A responsabilidade individual desses atores perante o TPI certamente não pareceria adequada ou natural. Não obstante, eles contribuíram de alguma forma para as atividades criminais dos grupos, de forma intencional, sabendo dessas atividades²¹. O que, por si só, caracterizaria a modalidade da alínea *d*.

Reconhecendo o absurdo da situação, o próprio Tribunal, na apreciação das acusações contra Callixte Mbarushimana, interpretou a alínea de forma restritiva ao afirmar que não basta qualquer contribuição, é necessário que a contribuição seja, pelo menos, significativa²². Tomando como base o já mencionado artigo 17(1), concluiu a *Pre Trial Chamber I* que não apenas os crimes, mas

21 Os elementos subjetivos serão analisados em seguida.

22 Procurador vs. Callixte Mbarushimana, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/10), decisão de confirmação da acusação, 16.12.2011, par. 283.

também as contribuições devem alcançar certo limiar de significância para serem abrangidas pela jurisdição da Corte²³.

A decisão será discutida, com mais detalhes, adiante. Mas, cumpre ressaltar, por ora, que, nas duas decisões posteriores envolvendo a aplicação do mesmo dispositivo²⁴, esse limiar de significância não foi sequer discutido pelo Tribunal. Sendo que, para o recebimento das acusações contra Joshua Arap Sang, a *Pre Trial Chamber II* afirmou que a contribuição prestada não necessitava ser substancial²⁵.

Estabelecer um parâmetro de relevância da contribuição para a caracterização da responsabilidade individual é imprescindível, se se busca estabelecer um Tribunal que respeite o princípio da culpabilidade. E que, além disto, julgue os agentes, não pelos grupos de que fazem parte, mas pelos atos ilícitos que supostamente praticaram. É o que sustenta OHLIN:

Culpability must be relative to the contribution involved. A defendant who makes a small contribution is not as guilty as someone who makes a large contribution. To hold otherwise is to violate the principle of the individual moral responsibility (2007, p. 85).

Discutiremos, mais adiante, o problema da responsabilidade indiscriminada a todos os integrantes do grupo, bem como a possibilidade de se restringir o requisito objetivo do dispositivo, fazendo uso da teoria das condutas neutras.

2.2 “ESSA CONTRIBUIÇÃO DEVERÁ SER INTENCIONAL...”

Além da questão da relevância da contribuição prestada, os elementos subjetivos dessa modalidade de participação também se mostram significativamente problemáticos. Prevê o dispositivo que a contribuição será criminalizada se for (i) intencional e se for prestada (ii.a) com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo ou (ii.b) com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime.

Dessa forma, poderá ser responsabilizado aquele que contribuir intencionalmente, ou seja, com a intenção de promover as atividades do grupo em geral ou com o conhecimento do

23 Idem, p. 276.

24 Procurador vs. William Samoei Ruto e Joshua Arap Sang, situação no Quênia (Caso ICC-01/09-01/11). Procurador vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta e Mohammed Hussein Ali, Situação no Quênia (Caso ICC-01/09-02/11).

25 Procurador vs. William Samoei Ruto e Joshua Arap Sang, situação no Quênia (Caso ICC-01/09-01/11), decisão de confirmação da acusação, 23.01.2012, par. 354.

crime específico a ser praticado²⁶. A questão da alternatividade dos requisitos será tratada adiante. Por ora, cumpre analisar o significado da exigência de que a contribuição seja “intencional”. A ação, em si, deve ser intencional (em contraposição à negligência) ou, ainda, intencionais devem ser os efeitos dessa ação (a contribuição da ação para as atividades criminais do grupo)?

AMBOS parece adotar esse segundo significado, no sentido de que o requisito seria dirigido aos efeitos da ação. Dessa forma, após analisar o significado dos termos empregados nas várias versões do ER e reforçar a falta de clareza do dispositivo, conclui que a expressão deve ser interpretada na forma do artigo 30. O que abrange não só a intenção de contribuir com o grupo, mas, também, o conhecimento de que a ação poderia gerar as devidas consequências. Nas palavras do autor:

[T]he general mens rea provision (article 30) is based on the distinction between “intent” and “knowledge” defining the former – in relation to a consequence – as “means to cause that consequence” or as being “aware” that it will occur; thus, it understands intent in the traditional sense including knowledge. The word “intentional” in the subparagraph under examination is used in the same general sense. This also follows from the fact that subparagraphs (i) and (ii) contain additional specific subjective requirements(...) (2008-A, p. 762).

Diferente é o entendimento de OHLIN, segundo o qual o requisito da intenção restringe-se à intenção de praticar a ação e não à intenção de produzir os efeitos (contribuir com as atividades criminosas). Isto porque, os demais elementos subjetivos presentes no dispositivo referem-se, justamente, aos efeitos da ação (conhecimento do crime ou intenção de promover as atividades criminosas)²⁷. Diante disto, o autor apresenta a principal complicação oriunda do conceito:

Of course it seems natural to penalize a contribution that is intentional in the basic sense and is made with the aim of furthering the criminal purpose of the group. The real question is how one justifies criminal liability for an intentional contribution that is not made with the aim of furthering the criminal purpose of the group, but is simply made with ‘knowledge of the intention of the group to commit the crime’ (2007, p. 78).

²⁶ Cf. ESER, 2002, p. 803.

²⁷ “The provision does not appear to require what one might think it would require, i.e. that the contribution be intentional in the sense of intending the ultimate goal of the criminal conspiracy. That is not what is meant by the word ‘intentional’ here because this further element is codified in the next subsection of the Rome Statute”. (OHLIN, 2007, p. 79).

Ao tratar do elemento da intencionalidade da contribuição presente no artigo 25(3)(d), ER, na decisão de recebimento das acusações contra Callixte Mbarushimana, o TPI adotou ambos os requisitos expostos pelos autores:

The Chamber therefore finds that, in order for a person to incur 25(3)(d) liability, the person must both: (i) mean to engage in the relevant conduct that allegedly contributes to the crime and (ii) be at least aware that his or her conduct contributes to the activities of the group of the persons for whose crimes he or she is alleged to bear responsibility²⁸.

Em outras palavras, além da intenção de praticar a conduta, deve o agente ter conhecimento de que as suas ações contribuem com as práticas criminosas do grupo em questão.

Importante frisar, a esse respeito, que essa definição não elimina o problema exposto por OHLIN acerca da exacerbada abrangência do dispositivo. E isso, essencialmente, porque o dispositivo permite responsabilizar criminalmente quem age com a simples ciência de que contribui (mesmo que infimamente) para as atividades criminais de uma organização, sem que seja necessária a intenção de aportar tal contribuição.

O mero conhecimento de eventuais crimes cometidos por um grupo não pode ser suficiente para caracterizar como criminosa uma ação que, em outras circunstâncias, seria inócua. A esse respeito, discute o autor:

The fact that the goal of their conspiracy is publicly known should not be not be legally significant for those who do not share its goals. (...) Knowledge of criminal activity, by itself, is rarely morally significant. Many individuals may be aware of criminal activity but they are not complicit in the conspiracy just because they receive advance knowledge of it. (...) Consequently, mere knowledge of criminal activity with no significant contribution with the intention of furthering the common enterprise, should yield the lowest level of liability (2007, pp. 79-80).

As baixas exigências dos elementos objetivos e subjetivos da alínea *d* fazem com que o dispositivo se torne um “guarda-chuva” das mais diversas condutas, as quais – inócuas ou não – podem acabar sendo criminalizadas por se relacionarem, de alguma forma, mesmo que distante, com as atividades criminosas de um grupo.

²⁸ Procurador vs. Callixte Mbarushimana, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/10), decisão de confirmação da acusação, 16.12.2011, par. 288.



66ª CARAVANA DA ANISTIA, SESSÃO DE ABERTURA E DE ANISTIA *POST MORTEM* DE JOSÉ EDUARDO AUGUSTI, MEMORIAL DA RESISTÊNCIA, SÃO PAULO/SP, 8 DE DEZEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

Dessa forma, além de abranger condutas neutras (o conceito será discutido mais adiante), o dispositivo acaba por nivelar, no mesmo patamar, agentes com estados mentais e aportes de contribuição substancialmente diferentes.

2.3 ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

A (excessiva) abrangência dos elementos objetivo e subjetivo do dispositivo permite a persecução penal de casos que, geralmente pela ausência de elementos probatórios suficientes, não seriam admissíveis sob as categorias tradicionais.

OHLIN, ao tratar da *Joint Criminal Enterprise*, busca assentar essa ampliada responsabilidade individual nos casos da criminalidade de grupo em duas razões principais: uma razão psicológica e uma razão prática.

Sob o ponto de vista psicológico, sustenta o autor que, mesmo compreendendo racionalmente que um grupo seja formado por diversos indivíduos, tendemos a nos ressentir com o grupo, como um todo, quando ele é responsável por alguma infração. Consequentemente, surge a perspectiva de responsabilização dos integrantes desse grupo de forma igual (2007, p. 87).

Sob o ponto de vista prático – a nosso ver, mais relevante para a discussão no Tribunal – as complexas circunstâncias no contexto de crimes internacionais, principalmente no que diz respeito à criminalidade organizada, faria com que os altos *standards* probatórios não pudessem ser alcançados. A partir daí, tem-se a ideia de flexibilizar os requisitos e punir todos os integrantes desse grupo de maneira equivalente:

Prosecutors and judges from the Allies countries were concerned with penalizing war criminals they felt were obviously guilty, but requiring a high standard of proof was unrealistic given the chaotic nature of the time. It was therefore a practical necessity that all members of a conspiracy be charged with the same degree of culpability (2007, p. 86).

Há quem diga que a indefinição do dispositivo não representaria um problema, já que os diferentes graus de participação na atividade criminosa poderiam ser definidos na ocasião da prolação da sentença.

O autor rechaça o argumento, ao afirmar que isso iria de encontro aos propósitos do ER:

The whole point of constructing a sophisticated penal statute such as the Rome Statute is to increase the determination of guilt that can be made at the level of criminal offence, where the accused receives the appropriate procedural protections so that international criminal law becomes more than just individual sentencing judges making those gut-level decisions about the severity of each atrocity. The doctrine of joint criminal enterprise flies in the face of this trend (2007, p. 88).

De fato, se a festejada criação de um Tribunal Penal Internacional permanente – fundamentado em um diploma legal redigido e assentado, *a priori*, no princípio da legalidade – baseia-se justamente na tentativa de superar as críticas oriundas dos julgamentos por Tribunais *ad hoc*, (instituídos após o cometimento dos crimes, a redação de dispositivos, de tal forma abertos e indefinidos que deixem a definição da responsabilidade, novamente, para um momento *ex post facto*), em nada contribuiria para tal finalidade.

Retomando novamente o entendimento de OHLIN, os elementos de determinação da responsabilidade devem ser previamente prescritos para se aferir a culpabilidade de um agente. O que não se pode aceitar é que essa culpabilidade seja presumida e os elementos do ER sejam interpretados e flexibilizados de forma a se amoldar a ela (2007, p. 72).

Diante dos polêmicos e controversos termos empregados pelo artigo 25(3)(d) do Estatuto de Roma, analisaremos, agora, como o Tribunal vem interpretando seus elementos.

3. A INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

OTPI tratou, pela primeira vez, da questão da responsabilidade pelo artigo 25(3)(d) no recebimento das acusações contra Thomas Lubanga Dyilo. Em que pese a imputação de responsabilidade ao acusado ter se dado pela modalidade de autoria mediata (art. 25(3)(a), ER), ao discutir as demais possibilidades de participação no crime, assentou-se que o 25(3)(d) foi construído como responsabilidade residual em relação às demais:

Hence, in the view of the Chamber, article 25(3)(d) of the Statute provides for a residual form of accessory liability which makes it possible to criminalise those contributions to a crime which cannot be characterised as ordering, soliciting, inducing, aiding, abetting, or assisting within the meaning of article 25(3)(b) or article 25(3)(c) of the Statute, by reason of the state of mind in which the contributions were made²⁹.

Considerando, justamente, o caráter residual do dispositivo, seria de se esperar que sua aplicabilidade fosse mais restrita e subsidiária às demais alíneas que estabelecem a responsabilidade por cumplicidade, em especial à alínea *c*, dada a evidente semelhança. Curiosamente, não é o que acontece. Dentre os 30 investigados/acusados³⁰, contra os quais já foram abertos casos perante o Tribunal, não há um único caso de imputação de responsabilidade pela alínea *c* do artigo 25(3).

Do total, 20 são investigados/acusados como autores ou coautores: sendo que 19 destes unicamente pela alínea *a*³¹ do artigo 25(3); um, pelas alíneas *a* e *b*³² e um pelas alíneas *a* e *d*³³. No

29 Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/06), decisão de confirmação da acusação, 29.01.2007, par. 337.

30 Optamos por utilizar a terminologia investigado/acusado visto que, em alguns casos, ainda não foram oferecidas acusações formais, tendo a modalidade de participação sido estabelecida apenas na decisão de expedição de mandado de prisão ou de mandado de comparecimento.

31 Situação no Congo: Thomas Lubanga Dyilo (condenado em 14.03.2012) – caso ICC-01/04-01/06; Germain Katanga (em julgamento) e Mathieu Ngujolo Chui (absolvido) – caso ICC-01/04-01/07; Bosco Ntaganda (foragido) – caso ICC01/04-02/06. Situação na República Centro-africana: Jean-Pierre Bemba Gombo (em julgamento) – caso ICC-01/05-01/08. Situação em Darfur, Sudão: Omar Hassan Almad Al Bashir (foragido) – caso ICC-02/05-01/09; Bahar Idriss Abu Garda (acusações não recebidas) – caso ICC-02/05-02/09; Abdallah Banda Abakaer Nourain (aguardando julgamento) e Saleh Mohammed Jerbo Jamus (aguardando julgamento) – caso ICC-02/05-03/09; e Abdel Raheem Muhammad Hussein (foragido) – caso ICC 02/05-01/12. Situação no Quênia: William Samoei Ruto (aguardando julgamento) e Henry Kiprono Kosgey (acusações não recebidas) – caso ICC-01/09-01/11; Francis Kirimi Muthaura (aguardando julgamento) e Uhuru Muigai Kenyatta (aguardando julgamento) – caso ICC-01/09-02/11. Situação na Líbia: Saif Al-Islam Gaddafi (foragido), Abdullah Al-Senussi (foragido) e Muammar Gaddafi (falecido) – caso ICC-01/11-01/11. Situação na Costa do Marfim: Laurent Gbagbo (aguardando apreciação das acusações) – caso ICC-02/11-01/11 e Simone Gbagbo (mandado de prisão expedido) – caso ICC-02/11-01/12..

32 Situação em Uganda: Joseph Kony (foragido) – caso ICC-02/04-01/05.

33 Situação em Darfur, Sudão: Ali Kushayb (foragido) – caso ICC-02/05-01/07.

Diante da impossibilidade de se estabelecer um critério geral, a Corte, pautando-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores, estabelece alguns parâmetros para aferir a relevância da contribuição [...].

que diz respeito às investigações/acusações exclusivamente por cumplicidade, a um total de 5 foi imputada a responsabilidade pela alínea *b*³⁴; a um número de 3, tem-se a imputação pela alínea *d*³⁵; e, finalmente, a apenas um constata-se a imputação pelas alíneas *b* e *d* cumulativamente³⁶.

Ao escopo do presente trabalho interessa examinar as manifestações do Tribunal, em diferentes momentos processuais, a respeito da abrangência e dos limites da responsabilização pelo artigo 25(3)(d).

A primeira oportunidade em que o TPI se manifestou quanto à aplicabilidade do dispositivo foi na decisão de expedição dos mandados de prisão na situação em Darfur, Sudão, contra Ahmad Harun e Ali Kushayb, em

27 de abril de 2007 (caso ICC-02/05-01/07). De acordo com a *Pre-Trial Chamber* ³⁷, havia indícios suficientes de que os investigados teriam recrutado e mobilizado combatentes para a Milícia Janjaweed, além de fornecerem comida, equipamentos e outros mantimentos ao grupo.

Na ocasião, a Corte limitou-se a expressar que, diante das evidências, haveria fundamentos razoáveis para acreditar que os investigados teriam contribuído intencionalmente para a comissão dos crimes mencionados, sabendo que essa contribuição promoveria o objetivo comum levado a cabo pelas Forças Armadas Sudanesas e pela Milícia/Janjaweed, o qual consistia em atacar a população civil em Darfur³⁸. Os mandados de prisão ainda não foram cumpridos, razão pela qual não há posterior manifestação do Tribunal acerca do dispositivo neste caso específico.

A primeira (e, até hoje, única) análise mais detida do Tribunal acerca do dispositivo se deu na situação do Congo, no caso do Procurador vs. Callixte Mbarushimana (Caso ICC-01-04/01-10), que

34 Situação em Uganda: Vincent Otti (foragido), Okot Odhiambo (foragido), Dominic Ongwen (foragido) e Raska Lukwiya (falecido) – caso ICC-02/04-01-05. Situação no Congo: Sylvestre Mudacumura (foragido) – caso ICC-01/04-01/12.

35 Situação no Congo: Callixte Mbarushimana (acusações não recebidas) – caso ICC-01/04-01/10. Situação no Quênia: Joshua Arap Sang (aguardando julgamento) – caso ICC-01/09-01/11; e Mohammed Hussein Ali (acusações não recebidas) – caso ICC-01/09-02/11.

36 Situação em Darfur, Sudão: Ahmad Harun (foragido) – caso ICC-02/05-01/07.

37 Diante da inadequação do termo “Juízo de Instrução”, adotado pela versão brasileira do Estatuto, optamos, aqui, por utilizar o termo da versão inglesa.

38 Procurador vs. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”), Situação em Darfur, Sudão (Caso ICC-02/05-01/07), decisão de expedição de mandado de prisão, 27.04.2007, par. 88 e 106.

se constitui, até o dias atuais, no único caso em que a Corte estabelece bases mais concretas para a aplicação do art. 25(3)(d). Mbarushimana foi acusado pela Procuradoria de promover campanha internacional, ressaltando a força das Forças Democráticas pela libertação de Ruanda. O intuito era extorquir concessões ao poder político do grupo, promovendo, assim, o plano comum de ataque à população civil.

Na decisão de expedição do mandado de prisão contra o investigado, proferida em 28 de setembro de 2010, a *Pre-Trial Chamber I* organiza, pela primeira vez, os requisitos objetivos e subjetivos necessários para configurar a responsabilidade pela alínea *d* do artigo 25(3):

Objective Elements: (i) a crime within the jurisdiction of the Court is attempted or committed; (ii) the commission or attempted commission of such a crime was carried out by a group of persons acting with a common purpose; (iii) the individual contributed to the crime in any other way than those set out in Article 25(3)(a) to (c) of the Statute;

Subjective Elements: (i) the contribution shall be intentional; and (ii) shall either (a) be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group; or (b) in the knowledge of the intention of the group to commit the crime³⁹.

Na apreciação das acusações oferecidas, o Tribunal trata com mais detalhes (porém, não com a suficiente profundidade) as duas questões acima discutidas: o grau de contribuição necessário para suscitar a responsabilidade pelo dispositivo e a intensidade dessa contribuição.

Já expusemos, anteriormente, o posicionamento da *Pre Trial Chamber I* no caso. Destaca-se o fato de que não basta qualquer contribuição para o grupo criminoso, sendo necessário que a contribuição alcance, pelo menos, determinado grau de significância. Tal distinção, por si só, guarda certo grau de relevância, pois nos permite excluir condutas cuja criminalização fugiria ao razoável⁴⁰.

Retomando a hierarquia das diferentes alíneas do artigo 25(3), o Tribunal concluiu então que, embora a contribuição da alínea *d* deva ser significativa, não é necessário que esta seja essencial

³⁹ Procurador vs. Callixte Mbarushimana, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/10), decisão de expedição de mandado de prisão, 28.09.2010, par. 39.

⁴⁰ "Without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes to a group committing international crimes could satisfy the elements of 25(3)(d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed." (Procurador vs. Callixte Mbarushimana, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/10), decisão de confirmação da acusação, 16.12.2011, par. 277).

ou substancial, requisitos já previstos nas alíneas a a c⁴¹. Diante da impossibilidade de se estabelecer um critério geral, a Corte, pautando-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores, estabelece alguns parâmetros para aferir a relevância da contribuição:

[T]he Chamber considers that several factors are useful to help assess whether the suspect's relevant conduct amounts to a significant contribution: (i) the sustained nature of the participation after acquiring knowledge of the criminality of the group's common purpose, (ii) any efforts made to prevent criminal activity or to impeded the efficient functioning of the group's crimes, (iii) whether the person creates or merely executes the criminal plan, (iv) the position of the suspect in the group or relative to the group and (v) perhaps most importantly, the role the suspect played vis-à-vis the seriousness and scope of the crimes committed⁴².

Além de buscar caracterizar o que configuraria uma contribuição significativa, admitiu também o Tribunal, na mesma ocasião, que a responsabilidade caracterizada pelo artigo 25(3)(d) abrangeria também a participação do acessório após o fato. Isto ocorreria se houvesse evidências de que a contribuição fora acordada entre o agente e o grupo antes da comissão do crime⁴³.

No que se refere ao elemento subjetivo na contribuição, a decisão estabelece o requisito em dois níveis diferentes para aferir a intencionalidade da conduta: no nível da ação em si e no nível dos seus efeitos. Deverá, assim, a ação ser praticada com intenção, enquanto a consequência (contribuição para as atividades criminosas do grupo) deve ser, ao menos, conhecida pelo agente⁴⁴.

Embora a decisão tenha discutido, com mais clareza, cada um desses requisitos, entendeu-se, já na análise do primeiro, que não haveria grupo organizado para a prática de ações criminosas, razão pela qual as acusações não foram recebidas. O voto dissidente do Juiz Presidente, Sanji Mmasenono Monageng, não questiona a validade dos requisitos estabelecidos pela maioria, mas – analisando as circunstâncias fáticas – chega à conclusão de que as acusações deveriam ter sido recebidas.

A Procuradoria do Tribunal buscou reverter a decisão com base – entre outros aspectos – no grau de relevância da contribuição, sustentando que, para o ER, qualquer tipo de contribuição bastaria⁴⁵. O argumento, contudo, não foi analisado pelo Tribunal em sede de apelação, já que

41 Idem, par. 278.

42 Idem, par. 284.

43 Idem, par. 287.

44 Idem, par. 288.

45 Procurador vs. Callixte Mbarushimana, situação no Congo (Caso ICC-01/04-01/10), apelação contra decisão de não receber a acusação, 30.05.2012, par. 59-60.

a questão só seria relevante se houvesse o cometimento ou tentativa de cometimento de um crime por um grupo organizado com esse propósito, o que a *Pre Trial Chamber I* entendeu não se configurar no caso⁴⁶ específico.

Em que pese o esforço empreendido pela *Pre Trial Chamber I* para delimitar a contribuição necessária para a caracterização da responsabilidade sob o artigo 25(3)(d), essa definição não parece ter sido levada em conta pela *Pre trial Chamber II* nas duas decisões posteriores em que teve oportunidade de se manifestar acerca da aplicabilidade do dispositivo.

No caso de Joshua Arap Sang, na situação ocorrida no Quênia, mesmo citando a decisão de apreciação das acusações no caso de Callixte Mbarushimana, a *PTC II* segue no sentido contrário, ao afirmar que *“the provision is a catch all of liability, which applies when the suspect contributes to the commission or attempted commission of the crime ‘in any other way’”*⁴⁷. Seguindo essa linha, afirma que a contribuição não precisa ser substancial, sem, contudo, estabelecer quaisquer parâmetros que permitam analisar se haveria, ou não, determinado limite abaixo do qual a contribuição “de qualquer outra forma” não geraria a responsabilidade criminal, ou mesmo a competência do tribunal.

No segundo caso, também no Quênia, a *PTC II* não recebeu as acusações oferecidas contra Mohammed Hussein Ali por entender que não haveria indícios de que os crimes com os quais ele fora acusado de contribuir teriam ocorrido. Não houve, assim, na decisão de apreciação das acusações, qualquer juízo acerca dos elementos do dispositivo⁴⁸.

A única (e breve) análise feita pela Corte se deu no momento da decisão referente à expedição de notificação para comparecimento (*summons to appear*) contra Ali. Na ocasião, a *PTC II* limitou-se a afirmar que a contribuição do investigado teria sido intencional e relevante o suficiente para caracterizar a contribuição de alguma outra forma, tal qual estabelecido no ER⁴⁹.

Dos incipientes (e pouco aprofundados) precedentes do Tribunal a esse respeito, podemos tirar poucas conclusões acerca de qual será a interpretação e a aplicação do polêmico artigo 25(3)(d). Até o presente momento, o que se pode observar é que, diante da controversa redação do dispositivo, também a Corte parece agir com cautela e adiar uma interpretação definitiva de seus

46 Idem, par. 65.

47 Procurador vs. William Samoei Ruto e Joshua Arap Sang, situação no Quênia (Caso ICC-01/09-01/11), decisão de confirmação da acusação, 23.01.2012, par. 354.

48 Procurador vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta e Mohammed Hussein Ali, Situação no Quênia (Caso ICC-01/09-02/11), decisão de confirmação da acusação, 23.01.2012.

49 Procurador vs. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta e Mohammed Hussein Ali, Situação no Quênia (Caso ICC-01/09-02/11), decisão de expedir mandado de comparecimento, 08.03.2011, par. 49.

termos. Isso fica evidente pelo fato de que, embora já tenhamos tido nove decisões relacionadas a cinco diferentes investigados/acusados, foi apenas na apreciação das acusações contra Callixte Mbarushimana que o Tribunal fez uma análise mais detida (e, ainda assim, não suficientemente aprofundada) do dispositivo. A cautela pode, contudo, ser explicada pelo fato de que as decisões proferidas, até o momento, foram em momentos processuais nos quais os *standards* de certeza são mais baixos. Fato que recomendaria a cautela.

Em face dessa análise, o estado atual dos precedentes do Tribunal nos permite concluir que, para fins de aceitação de acusações, poderá ser processado perante o TPI aquele que contribuir significativamente (ou não, já que as últimas decisões na situação do Quênia não parecem exigir o requisito) com a atividade criminal levada a cabo por um grupo com a mera ciência de que contribui com essa atividade.

Em outras palavras, em contraposição ao quanto sustentado por OHLIN⁵⁰, o mero conhecimento das atividades criminosas de um grupo passa a ser relevante para a imputação da responsabilidade individual do agente, ao menos para fins de admissibilidade da acusação.

Discutiremos, adiante, como a teoria das condutas neutras poderia contribuir para a delimitação dessa responsabilidade individual que – pelo que podemos analisar – parece abranger excessivamente condutas que não deveriam ser objeto de atenção da Tribunal Penal Internacional.

4. LIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 25(3)(D) PELA TEORIA DAS CONDUTAS NEUTRAS

A teoria das condutas neutras ou cotidianas debruça-se sobre a relevância penal daquelas condutas lícitas que ocorrem em conformidade com um papel social e que acabam favorecendo a prática de crime.

Mais precisamente, a participação mediante ações neutras ou cotidianas “acaba favorecendo causalmente o autor do delito com pleno conhecimento de que isso é assim por parte do primeiro sujeito [o partícipe]” (ROBLES PLANAS, p. 191)⁵¹. Tais condutas só são puníveis na

50 Cf. NR 46.

51 Tradução livre.

medida em que exista “causalidade, dolo e incremento do risco de produção do delito” (p. 194)⁵². A doutrina que se ocupou do tema buscou apontar critérios que restrinjam o alcance da punibilidade do partícipe por condutas lícitas nessas circunstâncias.

Segundo Hassemer, diante do fato de que a maioria das ações neutras tratam, fundamentalmente, de atividades profissionais, “o decisivo é, por conseguinte, analisar se uma determinada conduta se adequa o ou não às normas que regem a profissão”, sendo indiferente se tais regras são formais ou informais. Uma vez seguindo-se as regras, a participação neutra é atípica, já que, ao “cumprir a ‘profissão’ uma função estatal e social que o Direito penal não pretende neutralizar, senão que tem nela um interesse essencial, existe a presunção de que as regras profissionais não contradizem o Direito penal, senão, pelo contrário, que o complementam e concretizam” (ROBLES PLANAS, pp. 198-199)⁵³.

Também Cordeiro Blanco observa que os “limites dos comportamentos socialmente tolerados vêm determinados frequentemente por normas jurídicas (por exemplo, no âmbito do tráfego de veículos) ou por normas sociais não escritas e inclusive transmitidas de forma oral, existentes no âmbito da atividade social no qual o sujeito leva a cabo sua atuação. Dentro de tais limites, portanto, é a sociedade a que assume o risco. O comportamento constitutivo de um ato de cooperação com o autor de um fato antijurídico que se leva a cabo conforme a tais normas será atípico porque se move dentro do risco permitido” (BLANCO CORDERO, p. 157⁵⁴).

Em sentido harmônico, entende Robles Planas, que quando o sistema jurídico não impõe a um ator profissional deveres especiais de cuidado, o castigo da participação neutra só pode se dar “quando se realiza uma conduta inequívoca de *adaptação ou acoplamento ao fato que vai ser cometido*”, no sentido de que o partícipe delineou sua conduta “tendo em conta a posterior continuação delitiva por parte do autor” (ROBLES PLANAS, p. 220⁵⁵).

Mais explicitamente, observa Frisch que “deve falar-se em de uma conduta com sentido delitivo sempre que, total ou parcialmente, presente uma configuração tal que desde o ponto de vista geral ou sob a consideração das circunstâncias do caso só possa ser explicada delitivamente, isto é, que globalmente ou em referência às partes correspondentes não tenha outro sentido senão a de possibilitar ou facilitar uma conduta delitiva alheia” (ROBLES PLANAS, p. 205⁵⁶). Ou

52 Tradução livre.

53 Tradução livre.

54 Tradução livre.

55 Tradução livre.

56 Tradução livre.

seja, as “condutas com um inequívoco significado delitivo são, pois, aquelas nas quais não exista um interesse na produção da ação: trata-se de condutas orientadas de tal maneira à referência funcional à ‘possibilitação’ ou facilitação da conduta delitiva alheia de maneira que seu conteúdo de sentido se esgote nessa ‘possibilitação’ ou favorecimento” (ROBLES PLANAS, p. 205).

Um dos fundamentos da atipicidade das condutas neutras reside no *princípio da proporcionalidade*, na sua vertente da *idoneidade*, como adverte Luís Greco e já advertia Frisch (ROBLES PLANAS, p. 209). O princípio tem o poder de delinear os limites do concurso de agentes, na modalidade de participação, excluindo de sua incidência a conduta neutra⁵⁷.

Eis o raciocínio: “*Contribuições neutras, justamente por não serem manifestamente ilegais, costumam apresentar caráter ubíquo, podendo ser obtidas em todo lugar, sem maiores dificuldades – o que pode tornar deveras inútil a proibição de que se preste uma dessas contribuições*” (GRECO, p. 138). Se isto é assim, a proibição de sua realização não é idônea a proteger o bem jurídico tutelado pela norma: “*a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto*”.

Dito de outra forma: “quanto *mais ubíqua* a contribuição, quanto *mais fácil obter um substituto não iniciado* que se proponha a realizá-la, tanto menos idônea será a proibição para melhorar a situação do bem jurídico. Por outro lado, quanto mais difícil seja obter a contribuição noutro lugar ou sem despertar a desconfiança de um terceiro, tanto mais idônea será a proibição para proteger o bem jurídico” (GRECO, pp. 142-143).

O exemplo clássico, empregado nos manuais, de conduta neutra atípica é a do padeiro que vende o pão que o autor de homicídio usará para envenenar sua esposa. Se tal pão poderia ter sido adquirido em qualquer outro lugar, sem qualquer dificuldade, não há que se falar em participação punível, posto que eventual proibição (de vender o pão) em nada melhoraria a proteção do bem jurídico tutelado (a vida, no exemplo). Aqui se resolve a questão já no plano objetivo, sem a necessidade, portanto, de inquirir acerca da configuração do tipo subjetivo.

Propugna-se também a solução sob o ponto de vista subjetivo. Aqui, o determinante seria o dolo daquele que presta ajuda: 1) no caso do dolo direto, “é mais provável que entre em consideração uma cumplicidade punível”; 2) no caso do dolo eventual, essa probabilidade teria ainda de ser submetida a um juízo acerca do significado delitivo do aporte, isto é, “se tem um valor para o fato principal e se o partícipe o sabe” (AMBOS, 2006, p. 13).

⁵⁷ Mas também tem aplicação consagrada em outras situações já previstas legislativamente, como é o caso da não punição da tentativa inidônea (cf. GRECO, 2004, p. 144).

Conforme AMBOS, “a diferença entre as duas posturas principais existentes na doutrina [objetiva e subjetiva] se reduz aos casos nos quais o que colabora com o fato tem um conhecimento efetivo, ou quase efetivo, da intenção delitiva do autor principal. Só nesses casos conduziriam ditas concepções a resultados diferentes, isto é, a primeira (*Jakobs, Frisch*), à impunidade da ação que favoreceu o fato principal e a segunda (*Roxin, Otto, BGH*), à sua punição. Sem embargo, esta diferença pode ser considerada pouco relevante na prática, pois, no marco das ações cotidianas, o colaborador só tem conhecimento efetivo (ou quase efetivo) da intenção delitiva do autor principal em casos excepcionais” (2006, p. 15)⁵⁸.

A teoria das ações neutras ou cotidianas pode, assim, contribuir para a contenção da, aparentemente, desmesurada responsabilidade penal assentada na norma inscrita no artigo 25 (3) (d) do ER.

5. CONCLUSÃO

A imputação da responsabilidade individual no âmbito do Direito Penal Internacional é objeto de grandes críticas e debates. Se, de um lado, a dimensão e a gravidade dos crimes cometidos fazem com que o clamor pela identificação dos responsáveis tome também grandes proporções, de outro, os próprios aspectos de generalidade e de caráter sistemático da maioria dos delitos dificultam o estabelecimento de uma relação causal entre a conduta e o resultado, que permita uma clara identificação dos responsáveis.

Some-se a isso o fato de que os crimes internacionais são, geralmente, praticados por meio de complexos grupos organizados. Nesse contexto, a atribuição de responsabilidade a autores, coautores e partícipes torna-se tarefa ainda mais complicada, principalmente pela dificuldade em se aferir o grau de intervenção/participação de cada um dos integrantes na suposta empresa criminal comum.

Algumas teorias têm sido desenvolvidas com o intuito de estabelecer princípios e parâmetros para a responsabilização criminal de membros de grupos com objetivos criminais comuns. Dentre estas, mencione-se a *conspiracy* e a *Joint Criminal Enterprise*.

Também nesse contexto de imputação da responsabilidade individual em casos de criminalidade estruturada, observa-se o disposto no artigo 25(3)(d) do ER, segundo o qual poderá ser responsabilizado aquele que contribuir de alguma forma com o crime (ou tentativa de crime) praticado por um grupo organizado, desde que saiba que está contribuindo com essa tentativa e tenha consciência do objetivo do grupo.

A redação aberta e porosa do dispositivo alcança preocupante gama de situações que não seriam, muitas vezes, consideradas ilícitas, sequer no âmbito nacional. Ainda que alguns autores, como OHLIN⁵⁹, não entendam imprescindível a reforma do dispositivo, é imperativo que se reconheça que seus termos devem ser analisados restritivamente para que sua interpretação se compatibilize com os escopos do próprio ER.

Para que a responsabilidade individual por cumplicidade seja compatível com os propósitos do TPI, é imprescindível que se estabeleçam parâmetros claros e rígidos que autorizem a persecução penal apenas nos casos em que o agente, de fato, contribua intencionalmente para a prática do delito.

A subsidiariedade do TPI é reiterada inúmeras vezes pelo ER que, desde o seu preâmbulo, já reforça que o objetivo do Tribunal é o julgamento dos *"crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto"*. O princípio é repetido pelo artigo 5º, *caput*, e pelo art. 17(1)(d) que, respectivamente, estabelecem que os casos que não sejam de suficiente gravidade não serão de competência e não serão admissíveis para julgamento perante Tribunal.

Nesse contexto, a aplicação do artigo 25(3)(d) só estará em consonância com as regras e os propósitos do TPI, se for realizada de forma extremamente restrita, abrangendo apenas aquelas condutas de maior gravidade que contribuam para os crimes de jurisdição do Tribunal.

Ainda que se reconheça que condutas lícitas podem ser caracterizadas como contribuições de

suficiente gravidade para as atividades criminosas, gerando, assim, a responsabilidade criminal sob o art. 25(3)(d), é imprescindível que se estabeleçam alguns parâmetros restritivos que limitem a imputação dessa modalidade de participação.

A teoria das condutas neutras oferece algumas ferramentas úteis ao estabelecimento desses parâmetros. De acordo com a teoria, para que se justifique a criminalização de uma conduta neutra, deverá ela apresentar causalidade, dolo e incremento do risco de produção do delito⁶⁰.

59 Cf. NR 29.

60 Cf. NR 75.

Dessa forma, não faria sentido criminalizar uma conduta que se adeque às normas formais e informais que regem a profissão (HASSEMER⁶¹) ou, ainda, que, na ausência desses deveres específicos, possuam uma motivação autônoma e independente da contribuição para a prática do delito (FRISCH)⁶². Ainda sob esse prisma, não se justificaria a criminalização de condutas tidas como *commodities*, já que quem oferece serviço ou produto que poderia ser obtido em qualquer outro lugar não dá causa a um incremento no risco do delito⁶³.

Sob o ponto de vista subjetivo, a exigência de que o aporte seja feito com ciência da intenção delitiva do autor principal também pode ser um requisito importante para selecionar participações relevantes de participações irrelevantes, neutras, reconduzindo a responsabilidade penal aos limites da culpabilidade pessoal.

Para que a responsabilidade individual por cumplicidade seja compatível com os propósitos do TPI, é imprescindível que se estabeleçam parâmetros claros e rígidos que autorizem a persecução penal apenas nos casos em que o agente, de fato, contribua intencionalmente para a prática do delito. E, ainda, exige-se que essa contribuição seja de suficiente gravidade para justificar a atuação do Tribunal.

Flexibilizar esses requisitos para abranger situações menos graves, sob o pretexto de que a criminalidade organizada deve ser combatida, é desviar – os já limitados – recursos do Tribunal a casos cujo alcance, conforme ficou demonstrado, nunca foi almejado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. *La Parte General Del Derecho Penal Internacional*. Tradução de Ezequiel Malarino. Montevideu: Mastergraf, 2005, pp. 143-167.

_____. La complicitad através de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, año VII, n. 3, Lima, Diciembre del 2006, pp. 09-15.

_____. Individual Criminal Responsibility, Article 25 Rome Statute; Special print; *in*: TRIFFTERER, OTTO, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, second edition, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2008-A, pp. 760-761.

61 Cf. NR 76.

62 Cf. NR 81.

63 Cf. GRECO, NR. 84.

_____ *Amicus Curiae* para o caso 001/18-07-2007ECCC/OCIJ, do Tribunal Internacional do Camboja, 27 de outubro, 2008-B. Disponível em: <http://www.eccc.gov.kh>.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites de la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001.

ESER, Albin. Individual Criminal Responsibility. In: CASSESE, Antonio. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OHLIN, Jens David. Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. In: *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 05, 2007, pp. 69-90.

_____ Joint Criminal Confusion. In: *New Criminal Law Review*. Vol. 12, número 3, 2009, p. 406-419.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las "conductas neutrales" en derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, jan.-fev./2008.

WERLE, Gerhard. Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute. In *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 953-975.



RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL PELO ARTIGO 25(3)(D) DO ESTATUTO DE ROMA

HELOÍSA ESTELLITA

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2004). Mestre em Direito (UNESP, 2001). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Universidade de Coimbra, 2001). Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo, nos cursos de graduação, pós-graduação (GV*law*) e mestrado profissional (professora-convidada). *Coach* da equipe da Direito GV para a Competição sobre Simulação Judicial perante o Tribunal Penal Internacional (I Competição TPI - Brasil). Coordenadora-Chefe da Revista Brasileira de Ciências Criminais. *Officer do Criminal Law Committee* da *International Bar Association* (IBA). Ex-presidente e fundadora da Comissão de *Amicus Curiae* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Foi pesquisadora no Instituto Max-Planck para Direito Penal Internacional e Estrangeiro (Freiburg, Alemanha), membro do grupo de trabalho Brasil-Alemanha, no âmbito do programa PROBRAL da Capes-DAAD, entre as Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade Ludwig-Maximilians (Munique, Alemanha). Foi *Visiting Professional* no Tribunal Penal Internacional e *temporary officer* da Assembleia dos Estados Parte para o mesmo Tribunal. Foi assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal (2003-2005) e assessora do Ministro da Justiça (2002).

MARIANA TUMBILOLO TOSI

Graduada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (DireitoGV) com formação parcial pela Harvard Law School. Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora de Grupo de Estudos em Direito Penal Internacional na DireitoGV e técnica da equipe da competição simulada do Tribunal Penal Internacional da Faculdade. Membro da Comissão de Cooperação Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



Wendy George



PRINCIPAIS FIGURAS DA IMPUTAÇÃO A TÍTULO DE AUTOR EM DIREITO PENAL INTERNACIONAL: EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA, COAUTORIA PELO DOMÍNIO FUNCIONAL E COAUTORIA MEDIATA¹

Alicia Gil Gil

Professora Titular de Direito penal. Universidade Nacional de Educação à Distância (Espanha)

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Direito Penal Internacional virou realidade. Desde os anos 90, assistimos a uma reativação e desenvolvimento, até então inimaginável, desta área do Direito internacional, impulsionada pela criação dos Tribunais penais internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda. E, também presenciamos a reabertura do processo de criação de uma Corte penal internacional, que se viu completada pela assunção de diversas jurisdições internas, entre elas a espanhola, do ajuizamento de delitos internacionais, fundamentando sua competência especialmente no princípio de jurisdição universal. É preciso lembrar que, na atualidade, estão abertos, perante tribunais espanhóis e de outros países numerosos, processos por crimes internacionais.

¹ Este artigo foi realizado no contexto do Projeto DER2009-07236 financiado pelo Ministério de Ciência e Inovação da Espanha. Veja Gil Gil, A., Maculan E., (coords), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, no prelo.

Esta atividade, junto com a assinatura e ratificação do Estatuto de Roma, levou numerosas legislações internas a incorporar tipos penais, regras e princípios próprios do Direito Penal Internacional, os quais, em certas ocasiões, eram desconhecidos antes nas legislações internas. Entre essas regras e princípios nascidos no âmbito do Direito Penal Internacional, e que se incorporam ao direito penal interno, encontramos algumas referidas à intervenção delitiva. Não só o Estatuto de Roma introduziu, em nosso Código penal, novas formas de responsabilidade penal, como a responsabilidade do superior hierárquico, senão que também a jurisprudência dos tribunais internacionais foi forjando novas figuras ou novas interpretações de algumas já conhecidas e que influenciaram as jurisprudências nacionais, entre elas a espanhola.

Um estudo dos critérios utilizados para definir os autores e partícipes na jurisprudência, tanto internacional quanto nacional, sobre crimes internacionais, demonstra uma clara influência mútua e a transferência de novos conceitos e interpretações, de uma à outra, para fazer frente a uma forma de delinquência que se mostra especialmente complexa em matéria de intervenção delitiva. Os tribunais internacionais enriqueceram com os conceitos de dogmática penal baseados nas regulações nacionais, mas com frequência transformaram e desenvolveram para fazer frente à específica problemática que apresenta neste campo o delito internacional e aos fins em que em cada caso se formulava o tribunal. Os tribunais nacionais, com frequência, assumiram explícita, ou implicitamente, esses novos desenvolvimentos que acabam criando novas formas de imputação.

O Direito Penal Internacional é caracterizado, por um lado, por abordar crimes atrozes em cuja comissão intervém uma pluralidade de sujeitos geralmente matriculados em diferentes níveis, em organizações ou estruturas de poder complexas. Por outro lado, esta área do ordenamento internacional se caracteriza por uma complexidade normativa que surgiu historicamente de diversas e muito variadas fontes e que se encontram em constante desenvolvimento, sendo, neste, um papel muito importante, o fenômeno conhecido como fertilização cruzada de jurisprudências. Ainda que a jurisprudência não seja fonte de Direito, considera-se no geral, no Direito internacional que *as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das distintas nações, são meio auxiliar para a determinação das regras de direito*², e apesar de que não se menciona no concreto sistema de fontes previsto no Estatuto de Roma, as decisões das jurisdições estatais constituem a prova da prática estatal, enquanto as dos tribunais internacionais consideram um argumento de autoridade na identificação do costume e dos princípios gerais do Direito³.

2 Art. 38.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

3 Henckaerts e Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: CUP, 2005), citado por Robert Cryer "Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the icrc customary law study", em http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC_Study_-_R._Cryer.doc. Também Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, para. 289.

A soma destes dois fenômenos resultou na aparição de novas formas de imputação de crimes ou o desenvolvimento de outras já conhecidas, que se alimentam por uma parte de figuras próprias das legislações, as construções doutrinárias e as jurisprudências nacionais, mas as quais a jurisprudência e o direito internacional evoluíram para dar resposta às peculiaridades da execução de crimes internacionais, e, em particular, ao desejo de encontrar a forma de imputar aos máximos dirigentes os crimes cometidos por seus subordinados. Neste artigo, pretendemos expor os critérios de imputação de crimes internacionais por intervenção ativa a título de autor. Por isto, nos deteremos no tratamento jurisprudencial das figuras mais emblemáticas: a empresa criminal conjunta (joint criminal enterprise - JCE), a coautoria por domínio funcional, e a coautoria mediata por aparatos de poder hierarquizados. Vamos deixar de lado, por supor uma excessiva ampliação do âmbito de estudo impossível de atingir num artigo, a responsabilidade por execução, que inclui a responsabilidade do superior hierárquico. Deter-nos-emos, especialmente, na jurisprudência do Tribunal *ad hoc* para a Antiga Iugoslávia e nas decisões da Corte penal internacional.

2. CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE CRIMES INTERNACIONAIS

2.1 A EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA (JOINT CRIMINAL ENTERPRISE - JCE)⁴

2.1.1 Origem

A figura da empresa criminal conjunta provém do direito anglo-saxão⁵, ainda que tal, e, como aqui vamos estudar, foi uma criação do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIY)⁶. Na realidade, esta figura não está mencionada de maneira expressa no art. 7 do Estatuto do TPIY⁷. Apesar disso, o TPIY considerou que a figura encontrava-se implícita nesse artigo, como uma forma

4 Gutiérrez Rodríguez M., “La doctrina de la “empresa criminal conjunta” en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia”, em Muñoz Conde coord. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, págs. 1089-1110.

5 A figura, por exemplo, é conhecida em Inglaterra, Gales ou Austrália, sem que exista acordo em sua natureza e conteúdo nestes países: assim, por ex. discute-se se é uma forma de autoria (postura australiana e também do TPIY), uma forma de participação que seguiria as mesmas regras que aiding e abetting (postura britânica) ou algo diferente. Segundo a versão que a trata como uma forma de intervenção delitiva, deveria ser diferente, depois, entre aqueles participantes na JCE que realizaram atos executivos, que devem ser castigados como autores e os que não, considerados participantes acessórios – veja Forster, em “Tatbeteiligung in England und Wales”, em Sieber e Cornils (eds) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband. 4, Duncker & Humboldt, 2010, p. 62-.

6 A figura nasce na sentença da Câmara de Apelação no caso Tadic, veja ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999. Assim também, Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª. Ed. 2011, p. 160, Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2ª ed., p. 293, nota 975.

7 Artigo 7. Responsabilidade penal individual. 1. A pessoa que tenha planejado, instigado ou ordenado a realização de alguns dos crimes indicados nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto, ou tenha cometido ou tenha ajudado em qualquer outra forma a planejá-lo, prepará-lo ou executá-lo, será individualmente responsável por esse crime.

de “realização” do crime⁸, argumentando que provém da jurisprudência relativa à segunda guerra mundial e que está claramente estabelecida em direito internacional consuetudinário. A doutrina, porém, rejeita majoritariamente a afirmação de que a JCE seja uma figura existente no costume internacional e alguns autores concluíram que, por tanto, esta figura infringiria o princípio de legalidade e seria contrária ao princípio de responsabilidade individual que consagra o Estatuto do TPIY⁹. O que ocorre é que, remetendo à jurisprudência posterior à segunda guerra mundial, o Tribunal acudiu a sistemas que tinham um critério unitário de autor¹⁰, incompatível, tanto com a concepção acolhida, como pelo moderno Direito Penal Internacional¹¹ e pela maioria dos direitos nacionais atuais¹².

A própria sentença Tadic fez pensar a doutrina¹³ que o TPIY adotou como um modelo de responsabilidade monista segundo o precedente histórico ao qual fazia referência¹⁴. Porém, o Tribunal da antiga Iugoslávia afirmou posteriormente que o Direito Penal Internacional adota um sistema dualista que distingue entre autoria e participação, e que, também, seu Estatuto o faz¹⁵, o que não ficou claro na sentença Tadic¹⁶. Esta afirmação deveria tê-lo levado a rejeitar uma jurisprudência fundamentada no princípio contrário e, portanto, resultou imprestável. Entretanto, o Tribunal nos deixou aqui um exemplo dramático da chamada fertilização cruzada¹⁷, em sua versão ou perspectiva “silvestre”¹⁸.

8 ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999, par. 187 e ss.

9 A doutrina majoritária nega que a JCE tal, e como a define o tribunal, forme parte do costume internacional e critica a forma na qual o tribunal chega a tal conclusão, sem fazer uma análise da prática e a *opinio iuris* dos Estados. Veja, com ulteriores citações Gutiérrez Rodríguez, 2008, p.1103, Ambos, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, em Journal of International Criminal Justice, 5, 2007, nota 79. Na verdade, o empenho em buscar precedentes nos juízos posteriores à segunda guerra mundial para justificar a suposta natureza consuetudinária da JCE tinha levado o tribunal a uma aparente concepção monista da intervenção delitiva – assim também Olásolo, “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, em InDret 3/2009, pp. 4-5.

10 Ainda que a imputação como autor sobre a base do plano comum provém da jurisprudência da segunda guerra mundial, o certo é que, naquele momento, não se distinguia autoria e participação; O Estatuto de Londres não distinguia autoria de participação, como tampouco o faz a Lei n. 10 do Conselho de Controle Aliado. Em geral, ficou compreendido como um conceito unitário de autor. Os tribunais alemães, sim, pretendiam distinguir, mas chegaram a soluções semelhantes através de um conceito subjetivo de autor. Veja com detalhe sobretudo, Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 90, 126, 254, 362 e passim. Também critica por outros motivos o duvidoso valor dos precedentes citados pelo tribunal Ohlin, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), pp. 75 e ss.

11 O moderno Direito Penal Internacional pretende distinguir autores de partícipes e punir cada um, segundo sua forma de intervenção. Sobre esta evolução refletida nos projetos de Código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade de 1991 e 1996 veja Ambos, AT, 2002, p. 509. Também o art. 25 do Estatuto de Roma (ER).

12 Para um estudo comparado da regulação da autoria e participação em diversos países, pode consultar Sieber e Cornils (eds.) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband. 4, Duncker & Humbold, 2010.

13 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1092, nota 12.

14 O que serve ao TPIY para afirmar que a JCE existe no costume internacional, elegendo como prova os precedentes ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999, par. 194 e ss.

15 The Prosecutor v Milan Milutinovic et al, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction, 21 May 2003, pars. 20, 31.

16 Veja Olásolo, em InDret 3/2009, p. 4.

17 Veja sobre a fertilização jurisprudencial cruzada (*jurisprudential cross-fertilization*) Delmas-Marty “The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law”, em J Int Criminal Justice (2003) 1 (1), pp. 13-25, la misma, “Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional” acessível em http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/COLVER/DIFUSION/REVISTA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.-MIREILLE%20DELMAS.PDF

18 O termo foi usado por Cassese, -“La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales” em Cassese

Posteriormente, a figura foi aplicada também por outros tribunais internacionais, ainda que nos últimos anos tenham produzido algumas decisões que rejeitam algumas das formas de JCE¹⁹.

2.1.2 DESCRIÇÃO E ELEMENTOS

A doutrina da JCE exige uma pluralidade de pessoas que ficam de acordo para a execução de um plano comum dirigido à realização de delitos ou que, ao menos, a execução desses delitos seja o meio eleito para a consecução dos fins aos quais se dirige o plano comum²⁰.

Através da JCE os tribunais *ad hoc* estabeleceram a responsabilidade penal em três supostos ou subcategorias²¹:

Variante básica: Aquele que se prove acordo de vontades (expresso ou tácito, anterior ou coetâneo), uma contribuição – de qualquer classe, mas significativa²² – à consecução do plano comum e dolo direto com relação da execução do fato, forma parte da empresa criminal comum e responde, com independência da importância objetiva da contribuição, como coautor de qualquer delito cometido por outro membro dentro da empresa comum.

Variante sistêmica: a JCE inclui também os supostos em que o sujeito participa na manutenção de campos de concentração ou outros sistemas de maltrato, através dos quais se cometem os delitos, conhecendo esse sistema e com a intenção de favorecimento.

Variante ampla: e todo membro do acordo também será responsável a título de autor de qualquer outro delito cometido por qualquer outro membro da empresa, ainda que esse outro delito não forme parte do plano (supostos de excesso com relação do plano comum), sempre que sua realização fosse uma consequência natural e previsível da execução do plano comum²³. Para

e Delmas-Marty (Eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, 2004, p. 196 e ss.- para fazer referência ao uso defeituoso, seletivo ou interesseiro da jurisprudência alheia, contrário à “perspectiva erudita” que exigia estudos doutrinários sobre a jurisprudência e os princípios fundamentais do direito penal, assim como sobre o direito comparado e Direito Penal Internacional, em especial sobre o conteúdo real do invocado costume internacional em cada momento histórico, que sirvam de base aos tribunais para a correta utilização da jurisprudência alheia. Sobre este tema veja Gil Gil, “La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de Derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena” em *Revista de Derecho penal*, nº extraordinario, 2012, pp. 111 e ss.

19 Principalmente pelo TPIR e também em algumas decisões do Tribunal Especial para Serra Leoa. Em detalhe sobre esta jurisprudência Boas, Bishoff, Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, 2007, p. 7 e ss.

20 Com detalhe e posteriores citações jurisprudenciais Olásolo, *InDret* 3/2009, pp. 6 e ss.

21 Com detalhe e posteriores citações jurisprudenciais Boas, Bishoff, Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, 2007, p. 7 e ss Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed., 2011, pp. 162 e ss., Werle, *Tratado* 2ª ed., p. 295 e s., Olásolo, *InDret* 3/2009, pp. 6 e ss.

22 ICTY, Trial Chamber, Kvočka et al. – Judgement, 2 Nov 2001, parag. 309.

23 Sobre a evolução deste requisito, inicialmente descrito com menor exigência de probabilidade, e definido em ocasiões como previsibilidade objetiva, outras como objetiva e subjetiva, veja Boas, Bishoff, Reid, 2007, pp. 68 e ss.

poder aplicar esta variante ampla deve encontrar sempre, entre os delitos imputados, algum que, sim, forme parte do plano comum²⁴.

O TPIY também estendeu a responsabilidade dos membros da JCE aos fatos cometidos por não membros sempre que eles sejam “usados” por um membro da JCE para a consecução do plano comum²⁵. E, inclusive, na variante ampla, afirmou que não é necessário, para quem intervém na empresa criminal conjunta, agir com o propósito específico exigido por um determinado tipo penal (por ex. o genocídio) para responder por este delito, bastando que a realização dele fosse uma consequência previsível²⁶.

A figura da JCE foi a preferida do TPIY para a imputação de crimes aos dirigentes, o que, na opinião da doutrina, teria permitido aos juízes obviar os obstáculos de prova formulados na busca da responsabilidade individual em casos tão complexos, onde em ocasiões nem sequer puderam identificar o executor²⁷. O fato de que a “contribuição significativa” (elemento objetivo) não exija para o crime concreto senão para o plano comum²⁸, definido de uma maneira muito mais ampla e difusa que os elementos dos crimes²⁹, e que se relaxe incluso a uma simples aprovação por omissão³⁰, não exigindo sequer a presença do acusado no lugar e momento de execução do delito, pode conduzir, se não se fundamentam com mais cuidado ulteriores requisitos, a uma responsabilidade pelo *status*. Pulando-se, no entanto, os critérios da figura a responsabilidade do superior hierárquico, ou a uma responsabilidade por associação que infrinja os princípios de responsabilidade pelo fato próprio e de culpabilidade individual, afirmados pelo Tribunal³¹.

24 *The Prosecutor v Moncilo Krajsnik*, Judgment, 27 Set 2006, par. 1096.

25 *Prosecutor vs. Momčilo Krajišnik Appeals Chamber Judgement*, 17 March 2009, par. 235, *Brđanin Appeal Judgement*, para. 413.

26 *Brđanin Appeal Judgement*, 19 /03/2004, marg 6. Crítica Haan, V., “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, em *International criminal law review* 5, 2005, p. 200, que afirma que isso vá contra a ideia de que a JCE é uma forma de autoria e não de participação acessória. Porém, o participante, contra do que parece sugerir esta autora, deve atuar com o elemento subjetivo exigido no tipo. Ainda que pessoalmente entendo que o genocídio não exclui o dolo eventual – veja Gil Gil, A., *Derecho penal internacional*, 1999, p. 258 e ss.

27 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1097. Ohlin, ob. cit. 2007, p. 86, Ambos, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, em *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 159 e s. Olásolo, *InDret* 3/2009, p. 14, sobre os problemas de prova nos casos concretos em especial Haan, V., “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, em *International criminal law review* 5, 2005, pp. 172 e ss.

28 ICTY, Appeals Chamber, Vasiljević, Judgement, 25 Feb 2004, par. 102: “(i) The aider and abettor carries out acts specifically directed to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime (murder, extermination, rape, torture, wanton destruction of civilian property, etc.), and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime. By contrast, it is sufficient for a participant in a joint criminal enterprise to perform acts that in some way are directed to the furtherance of the common design”.

29 Haan, V., ob. cit., 2005, p. 174.

30 ICTY, Trial Chamber, Kvočka et al. – Judgement, 2 Nov 2001, parag. 309.

31 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1104, com posteriores citações.

A questão fica mais complicada quando, pela ausência de critérios claros e restritivos para definir o propósito criminal da empresa³², ou a previsibilidade dos crimes, não são objeto do propósito comum³³.

2.1.3 Crítica

A figura da JCE foi muito criticada, tanto pela doutrina continental, como pela do common law. As variantes básica³⁴ e sistêmica geram o problema de diluir os limites entre autoria e participação em detrimento desta última, pois não esqueçamos que a JCE concebe como uma forma de autoria e não de participação acessória³⁵, mas sem distinguir sua afirmação segundo a importância objetiva da contribuição³⁶. A variante ampla é contrária aos princípios de legalidade, culpabilidade³⁷ e responsabilidade pelo fato próprio³⁸, como manifestou a doutrina, além de compartilhar o defeito das anteriores variantes, estende a autoria a casos nos quais não participa o elemento subjetivo, ou aspecto interno do fato³⁹. Indicou, com razão, que, ao prescindir do acordo de vontades, rompe-se a base da imputação recíproca das contribuições de cada codelinquente, que é o fundamento da coautoria, além de o critério do previsível ser sumamente impreciso⁴⁰. Esta ampliação contradiz a regulamentação da maioria dos ordenamentos internos, que não reconhecem responsabilidade pelos fatos que vão além do acordo comum⁴¹.

32 A empresa criminal se definiu de maneira cada vez mais ampla e assim o propósito comum chegou a definir-se como a intenção de expulsar os não sérvios de determinados territórios, de modo que qualquer atuação para conseguir este objetivo faria responder aos interventores de todos os crimes cometidos com o mesmo fim - Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1106-1107.

33 Com detalhe sobre os elementos objetivos e subjetivos da JCE segundo a jurisprudência internacional veja Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1095 e ss. Sobre as diversas fórmulas para descrever a previsibilidade da execução de crimes e sua indeterminação, veja Boas, Bishoff, Reid, 2007, p. 70 e ss.

34 Na opinião de Ambos, a variante poderia se equiparar com uma coautoria pelo domínio funcional do sistema continental se insistir na contribuição substancial e a intenção de cometer o delito, conforme o plano comum - JICJ 5, 2007, p. 170 e ss - . Werle, Tratado, 2ª ed. p. 297-298 considera que a JCE é transferível para o Estatuto de Roma porque a regulação da coautoria no seu artigo 25.3.a) ("Commits such a crime... jointly with another ... person") exige tanto o plano comum ("common plan, design or purpose") de cometer um dos crimes definidos no Estatuto como a contribuição objetiva essencial à realização desse plano comum, ainda que admite que esse aporte possa se realizar na fase preparatória como por ex. o planejamento e a organização do delito, o que outorga ao sujeito o co-domínio do fato. A contribuição essencial é, segundo Werle, aquela sem a qual o resto de delinquentes não poderia executar o delito. E o acordo comum não existe pela simples previsibilidade de um resultado delitivo não incluído no plano inicial. É necessário, pelo contrário, que o sujeito ao menos preveja esse resultado como consequência provável da atuação combinada no plano comum, p. 299. O TPI também descartou que a JCE sirva para integrar a definição da coautoria do ER em sua decisão da Sala de Questões Preliminares no caso Lubanga de 29 de janeiro de 2007. Sobre a mesma, veja infra.

35 Assim explica o TPIY em *The Prosecutor v Tadic, Appeal Chamber, Judgement*, 15 July 1999, para. 190 a 192, e *The Prosecutor v Milan Milutinovic et al, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction*, 21 May 2003, par. 20 e 31.

36 Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2011, p. 164, o próprio JICJ 5, 2007, p. 171. Esta crítica também é feita desde a doutrina anglo-saxônica, veja Ohlin, ob. cit., 2007, pp. 76 e ss. e 85 e ss.

37 De igual opinião Werle, *Tratado* 2ª ed. p. 297, Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2001, p. 165 -166. O mesmo JICJ 5, 2007, p. 173 e ss.

38 Ohlin, ob. cit. 2007, p. 81. Ambos, JICJ 5, 2007, p. 168 afirma que esta modalidade é semelhante à responsabilidade por pertença a uma organização, manejada em Nuremberg.

39 Assim Badar, "Just Convict Everyone!" - Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again" em *International Criminal Law Review*; Apr2006, Vol. 6 Issue 2, p293-302, p. 301, Haan, V., ob. cit., 2005, Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 83.

40 Ambos, JICJ 5 (2007), p. 174.

41 Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1107.



A doutrina da JCE foi rejeitada como forma de autoria pela Corte penal internacional, como veremos, e limitada, com determinados requisitos, a uma forma residual, menos relevante, de participação acessória⁴².

2.2 AS TENTATIVAS DE INTRODUIZIR A COAUTORIA INDIRETA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

A indirect coperpetration tratou de ser implantada também por alguns juízes e fiscais do TPIY em detrimento da JCE, sem sucesso. Quando falamos da autoria e coautoria indireta na jurisprudência do TPIY não podemos identificar este termo como autoria mediata da doutrina continental de origem germânica, nem também com a fusão da coautoria funcional e a autoria mediata que prosperará na jurisprudência do TPI. Pelo contrário, com “indirect coperpetration” tentou alcançar toda conduta que merece o qualificativo de autoria, mas sem que o acusado tenha realizado os atos executivos. Isto é, sob o termo “indirect coperpetration” às vezes se compreende uma coautoria direta pelo domínio funcional e outras uma verdadeira autoria ou coautoria mediata.

Em realidade, a jurisprudência do TPIY sobre coautoria indireta é bastante escassa e deficiente. Na única sentença que se castigou por coautoria indireta (logo corregida em apelação), fundamentava-se a coautoria no domínio funcional, mas sem explicar depois por que quem não realiza materialmente a contribuição essencial é autor⁴³, é dizer, sem fazer nenhuma referência

42 Já o fiscal era desta opinião, veja *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, em 29 de janeiro de 2007, marg. 323, 334, 335.

43 Faz-se referência como precedente da coautoria indireta, identificando alguns autores como um caso de coautoria mediata dentro da jurisprudência do TPIY no caso Stakic – assim Boas, Bischoff, Reid, 2007, p. 105, Olásolo, 2011, p. 161, Olásolo, Pérez Cepeda, en ICLR, 4, 2004, pp.475 e ss.- Stakic era um prefeito que ordenou seus subordinados a fornecerem ao exército os meios necessários para o transporte e a reclusão num campo de concentração das vítimas, mas é acusado depois de todos os delitos cometidos pelos militares dentro do campo de concentração, com o argumento de que a provabilidade de sua execução tinha sido prevista por ele. O tribunal pôde argumentar que o acusado teve o domínio funcional realizando através do aparato de poder que ele dominava, a administração local, uma contribuição essencial para a consecução de um plano executado pelos coautores através da instrumentalização (pelos últimos) de outro aparato, o exército. Mas o certo é que o tribunal não argumentou a responsabilidade de Stakic em nenhum dos elementos que fundamentam a autoria mediata por aparatos de poder (em particular nenhuma análise é feita sobre os empregados da prefeitura, se eram ou não gasta ou se formavam um aparato de poder que agia à margem da lei, ou que obedeciam de forma quase automática suas ordens, etc. Não há, na sentença nenhuma referência ao deterioro do instrumento e ao domínio do aparato), só faz referência ao domínio conjunto do fato, ou seja, ao domínio funcional próprio de qualquer coautoria, remetendo-se expressamente à doutrina de Roxin a respeito – A sentença cita Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherschaft* (que traduz como Perpetration and control over the act), 6th Edition, Berlin, New York, 1994, p. 278-. É certo que em outra passagem da sentença, o tribunal utiliza a expressão co-perpetrator behind the direct perpetrators/actors-marg. 741, 744 – mas, de novo, não fundamenta tal afirmação na predisposição ao fato do executor ou em definitiva nos argumentos nos que a doutrina alemã fundamenta esta construção, parece adjudicá-la a partir da posição de liderança política do acusado. Portanto não é certo que esta sentença seja precedente da utilização da coautoria mediata, simplesmente é um precedente do uso da coautoria por domínio funcional, qualificada de indireta pelo simples fato de que Stakic não chegou a realizar materialmente nem a contribuição e nem a isenta neste ponto de ulterior e necessária fundamentação. Olásolo, 2011, p. 161, afirma, sem citar a fonte, que a autoria mediata por aparatos de poder se aplicou também em outros casos como por ex. o caso Brdanin, Krajisnik, e outros, mas o certo é que em nenhum destes casos se condenou por autoria mediata por aparatos de poder. No primeiro, certamente, o fiscal tinha tentado ampliar o âmbito da JCE, baseando-se na ideia de co-perpetration, que foi rejeitado pelo tribunal. O problema residia no fato do tribunal não provar que o acusado tivesse participado no plano comum com os executores dos crimes que lhe imputavam, nem que tivesse controle efetivo sobre eles – assim o reconhece a Trial Chamber, Judgement in the Case the Prosecutor v. Radoslav Brđjanin, 1 September 2004, ponto IV. Criminal Responsibility of the Accused. Finalmente aplicou-se a Brdanin as figuras de aiding e abetting, que deveriam ser formas de cumplicidade, mas o Tribunal, surpreendentemente, exclui delas a necessidade de acordo com os autores principais, com a quais não reconhece como forma de participação – veja também Prosecutor v. Radoslav Brđjanin, Appeals Chamber Judgement, 3 April 2007, marg. 263, 320, 351. No processo Krajisnik castigado por JCE - Momčilo Krajišnik Appeals Chamber Judgement, 13 March 2009. Sobre as condutas de aiding y abetting Boas, Bischoff, Reid, 2007, p. 304 e ss.





65ª CARAVANA DA ANISTIA, FAMÍLIA DE ANISTIADO, UFMG, BELO HORIZONTE/MG, 30 DE NOVEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

à doutrina de Roxin ou a outra que explicasse uma instrumentalização dos executores, com algo que se aproxime mais a uma coautoria direta do que simplesmente reconhecer o domínio do fato de quem ainda atua em fase preparatória realiza uma contribuição considerada essencial. Também podemos encontrar algumas acusações do fiscal que tentaram fundamentar uma coautoria mediata por instrumentalização dos executores⁴⁴. Mas todas estas tentativas foram rejeitadas pelo tribunal que descarta o próprio conceito de coautoria indireta⁴⁵, com o argumento de que não forma parte do costume internacional, embora a JCE esteja firmemente estabelecida⁴⁶.

Afinal, a deficiente descrição que fez o TPIY tanto da coautoria por domínio funcional como da autoria mediata, incluindo de novo entre os delitos imputados ao acusado os desvios do plano comum por parte dos executores qualificados como previsíveis, faz com que a “indirect co-perpetrationship” se aproxime demais nesta jurisprudência à JCE III. Prova disso é que o próprio acusado passa de uma qualificação para outra sem mudar uma vírgula os fatos provados.

44 Sim, encontramos uma verdadeira fundamentação da autoria mediata, no Indictment do fiscal no caso Prlic, novembro de 2005, onde como forma de responsabilidade alternativa ou cumulativa o fiscal propôs a condenação pela execução indireta através de outras pessoas utilizadas como instrumentos mediante aparatos de poder organizados, controlados pelo acusado e nos quais ele tinha um papel chave. A proposta do fiscal, neste caso, foi rejeitada pelo tribunal por não estar recolhida no direito consuetudinário – veja Prosecutor v. Milan Milutinovic et al. Case No. IT-05-87-PT, Trial Chamber, Decision on Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration Decision of: 22 March 2006.

45 Muito importante foi a decisão de março 2006 no caso Milutinovic, já mencionada, pois nela se formula a questão de que a coautoria indireta é uma forma de autoria recolhida no direito consuetudinário no momento dos fatos. Neste caso a sala estava formada por uma maioria de juízes de formação em common law. Após lembrar os elementos do costume: a prática ou repetição (elemento material) e a atuação na crença da obrigatoriedade dessa prática, ou *opinio iuris* (elemento espiritual), a Sala em primeiro lugar pôs em dúvida se usaram corretamente a construção de Roxin, e em segundo lugar, rejeita que essa postura seja uma norma consuetudinária. Veja também Stakic Appel Judgement, para 62.

46 Ambos JICJ 5 (2007), p.170, qualifica esta afirmação de “ignorância flagrante dos princípios básicos do direito penal”. No entanto, a questão não é tão clara quando definimos o domínio funcional e entramos, por exemplo, nas discussões sobre quem realiza um mero ato preparatório e não o atualiza na fase de execução tem o domínio funcional. Da mesma maneira, não existe acordo doutrinal nem jurisprudencial nem sequer no âmbito continental sobre a figura da autoria mediata por aparatos de poder.

2.3 A DOUTRINA ESTABELECIDADA PELA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UM CONCEITO DE AUTOR BASEADO NO DOMÍNIO DE FATO

Como já tinha adiantado, a doutrina da JCE foi rejeitada pela Sala I de Questões Preliminares do TPI no caso Lubanga Dyilo⁴⁷. A Sala afirma que o Estatuto distingue entre autores (principais) e partícipes (acessórios). Mas rejeita tanto uma concepção objetivo formal de autor⁴⁸ quanto um critério simplesmente subjetivo de distinção⁴⁹. Para isso, se afiança na definição da autoria no Estatuto, da qual destaca que inclui a execução através de outro⁵⁰, em sua forma mais ampla, ou seja, inclusive quando esse outro não é um agente inocente, senão uma pessoa plenamente responsável⁵¹. Por isso, adota como base para a definição do autor a teoria do domínio do fato⁵², que inclui o domínio de quem diretamente executa os atos típicos (autoria imediata ou direta), o domínio da vontade dos executores (autoria mediata) e o domínio funcional (coautoria)⁵³, seguindo assim a doutrina mais clássica e estendida sobre autoria no *civil law*. Este conceito de autor e a afirmação de que o art. 25.3.a do Estatuto engloba três possíveis formas de autoria: autoria direta, autoria através de outra pessoa ou autoria indireta (ou mediata) coautoria baseada no controle conjunto e coautoria indireta (ou mediata), que juntam na verdade, outras duas formas: a coautoria por domínio funcional (controle conjunto) e a autoria mediata (indireta, através de outras pessoas)⁵⁴ tem sido repetido, posteriormente, em várias decisões⁵⁵. Na opinião da Sala, o conceito de autor baseado no domínio do fato tem uma ampla aceitação nos sistemas nacionais, ainda que o certo seja que só consegue citar doutrina alemã e hispano-falante a seu favor⁵⁶.

47 Pre-Trial Chamber I, Lubanga Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803-Ten, 29.01.2007, para. 328 e ss.

48 Este conceito considera autor a quem realiza a ação típica ou algum de seus elementos. Em geral, se considera superado na doutrina continental por não incluir os supostos de autoria mediata. Sobre tudo isto Cerezo Mir, Curso t. III, p. 208 e ss.

49 Para. 338.

50 Para. 333.

51 Para. 339.

52 Conceito baseado na doutrina da ação finalista de Welzel, para quem o autor era quem tinha o domínio finalista do fato, isto é, quem “mediante a direção consciente do curso causal para a produção do resultado típico tem o domínio da realização do tipo” (Welzel, H. H. *Das Deutsche Strafrecht* 11^a ed. Berlin, 1969, p. 99). O conceito do domínio do fato foi depois desenvolvido por Roxin, *Täterschaft und Täterschaft*, 7^a ed. 2000, há tradução para o espanhol de Cuello Contreras, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, 2000.

53 Para. 332.

54 “Direct perpetration, perpetration through another person or indirect perpetration, co-perpetration based on joint control and indirect co-perpetration”.

55 Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No. ICC-02/05-01/09, 4 Marzo 2009, para. 210 e ss. Y Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges in the Katanga and Ngudjolo, 30 sept 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 480 e ss, 514.

56 O único anglo-saxão que se menciona é Fletcher, G., em sua obra *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. 639, onde o autor norte-americano afirma que praticamente todos os sistemas legais reconhecem a autoria de quem comete o crime utilizando a outro como meio ou instrumento (“perpetration by means”), mas se refere exclusivamente aos casos de utilização de um inocente ou irresponsável. Assim está regulado no Model Penal Code, §2.06(2)(a). Sobre este preceito Fletcher, ob. cit. P. 666. Sobre o reconhecimento da autoria mediata com agente inocente no Direito norte-americano também Bassiouni, Ch., *Diritto Penale degli Stati Uniti d’America*, 1985, p. 178. É duvidoso pelo tanto que esta referência sirva por si mesma para sustentar que o conceito amplo de domínio do fato manejado

2.4 A COAUTORIA DIRETA POR DOMÍNIO FUNCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TPI

A Corte penal internacional imputou crimes cometidos na qualidade de coautor direto por domínio funcional (controle conjunto) do fato nos casos Lubanga⁵⁷, e Banda e Jerbo⁵⁸.

A coautoria por domínio funcional do fato (co-perpetration based on the joint control over the crime) se fundamenta, segundo a Sala de Questões Preliminares I, e acudindo de novo à doutrina clássica continental, na divisão das tarefas essenciais entre dois ou mais pessoas com o propósito de cometer o crime⁵⁹. O primeiro elemento da coautoria seria a existência de um acordo ou plano comum⁶⁰. Mas, na hora de explicar em que consiste o acordo ou plano comum, a Sala⁶¹ afirmou que basta que os coautores combinem realizar um plano com um propósito não criminal e só cometer o crime em certas circunstâncias. Também entende a Sala que se dá o acordo comum se os coautores são cientes do risco de que a realização do plano comum (não dirigido a um propósito criminal) resultará na execução do crime e aceitam tal resultado.

Como segundo elemento, a Sala exige a realização coordenada de uma contribuição essencial que resulte na realização dos elementos objetivos do tipo⁶². Só quem realiza uma contribuição essencial e pode frustrar a execução do delito não contribuindo sua contribuição tem o domínio do fato⁶³. A continuação rejeita que só tenha tal domínio quem atua na fase executiva apesar de reconhecer que é uma opinião doutrinária estendida, com o argumento de que o Estatuto não prevê tal restrição. A restrição, sem dúvida, não provém de nenhuma redação legal senão do que se entende pelo domínio do fato e de quem atua só em fase preparatória pode considerar-se possuidor de tal domínio⁶⁴, o que a Sala não estuda.

pela sala, que inclui a utilização de uma pessoa responsável, tenha acolhida no direito anglo-saxão.

57 Veja *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, em 29 de janeiro de 2007, assim o entendeu também a Trial Chamber, que o condenou como coautor direto, cargo que em sua opinião tinha eleito a decisão de confirmação de cargos, veja Lubanga judgment Trial Chamber I Judgment pursuant to Article 74 of the Statute In The Case Of The Prosecutor V .Thomas Lubanga Dyilo 14 March 2012 para 978.

58 The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Pre-Trial Chamber I Decision on the confirmation of charges: 7 March 2011.

59 *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de janeiro de 2007, Para. 342.

60 Para. 343. Curiosamente a Sala denomina este elemento “objetivo” quando na realidade o acordo prévio, elemento de toda a co-delinqüência (tanto da coautoria como da participação) só é a construção conjunta do dolo dos codelinquentes e, portanto, um elemento subjetivo – veja Cerezo Mir, Curso t. III, p. 233.

61 Par. 344.

62 Par. 346.

63 Par. 347.

64 A doutrina majoritária afirmou que não, pois quem age sozinho na fase preparatória tem que deixar nas mãos de outro a decisão última sobre se o delito foi cometido ou não (Roxin, *Täterschaft*, 292 e ss, Cerezo, *Curso III*, p. 224, Gutiérrez Rodríguez, 2001, p. 369 e ss. Com posteriores citações. Contra Muñoz Conde, F., “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas

Como terceiro elemento, segundo a Sala, o coautor deve agir com o dolo e os demais elementos subjetivos exigidos pelo delito específico⁶⁵. E entende que o art. 30 do Estatuto compreende todas as classes de dolo⁶⁶. Este critério se corrigirá, posteriormente, no caso Bemba⁶⁷, a partir do qual se rejeita o dolo eventual⁶⁸.

A Sala também estabelece que os coautores devam ser conscientes e aceitar mutuamente que a realização de seu plano pode levar à realização dos elementos objetivos do tipo⁶⁹.

E, por último, o sujeito deve ser consciente das circunstâncias fáticas que lhe outorgam o codomínio do fato, o que implica ser consciente de seu papel essencial e de que pode frustrar a comissão se não validar sua contribuição⁷⁰.

deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" em *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, p. 512 e ss. A própria sala cita autores a favor e em contra sem explicar por quê entende preferível uma solução a outra e seu fundamento.

65 Para. 359. A Sala distingue, acertadamente, o dolo eventual da recklessness, nota 438.

66 Para. 352.

67 Com argumentos discutíveis, partindo de uma errônea equiparação entre dolo eventual e advertent recklessness que, tanto a doutrina continental quanto a anglo-saxônica rejeitaram – veja Melendo Pardos, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte penal Internacional*, Atelier, 2008, p.86, Fletcher, G. P. *Conceptos Básicos de Derecho penal*, 1997, pp. 175 e 176, Como indica este autor na definição do Model penal Code a *recklessness* equivale a nossa imprudência consciente e na doutrina inglesa a uma imprudência grave (consciente ou inconsciente), não inclui o conceito de dolo eventual. Também como uma forma de imprudência consciente e grave a define Bassiouni, 1985, p. 225-226, e M. E., "Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", em *International Criminal Law Review* n. 6, 2006, pp. 315. A Corte acrescenta uma particular definição tanto do dolo eventual como do dolo direto de segundo grau, que parece seguir a explicação de Eser, A., "Mental Element" em Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, 2002, p.915, que particularmente não partilho, ainda que relaxando-a pois Eser fala da certeza da produção do resultado como uma consequência inevitável, o que obviamente não chega a se exigir nas decisões do TPI. Na doutrina, admite que o art.30 pode compreender o dolo eventual por ex. Olásolo, *InDret* 3/2009, p.15, e eu "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal internacional" em Moreno Hernández, (coord.) *El Estatuto de Roma*, México, 2004, pp. 136 e ss.

Ainda que alguns autores espanhóis e alemães certamente identificam o dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias como aquele cujo resultado se prevê como seguro ou praticamente seguro, muitos outros autores rejeitamos que o dolo direto de segundo grau corresponda com a previsão de um determinado grau de certeza ou de provabilidade do resultado. Veja Gil Gil, Lacruz, Melendo Núñez, 2010, pp. 235 e ss., Cerezo Mir, *Curso*, t. II, p. 146 e ss., Stratenwerth, *Derecho penal Parte general*, I, 2005, p.164, marg. 108, Jakobs, AT, p.268, marg. 18, PG, p.324, marg.18. Quando a realização do tipo, ou a produção do resultado não é o fim que persegue o sujeito ao agir, mas é uma consequência de que o sujeito prevê como *necessariamente unida* à consecução de seu fim, esse tipo ou esse resultado tem sido compreendido com dolo direto de segundo grau. Pelo tanto, se o sujeito estima que, para conseguir seu fim, é necessário realizar o resultado típico, o implicará com dolo direto de segundo grau, por poucas possibilidades que assinala tanto à consecução de seu fim, como consequentemente também à produção do resultado necessariamente unido aquele. Ainda, representações de uma provabilidade mais ampla continuariam sendo casos de dolo eventual se o resultado não é o fim nem se vê como necessariamente unido à consecução do fim, senão como uma consequência provável com cuja provabilidade se conta, enquanto que se o sujeito confia que seu domínio do curso causal conseguirá evitar tal resultado, estaremos ante uma imprudência consciente.

Esta exclusão do dolo eventual implicou também uma mudança na qualificação jurídica de Bemba que passa de ser inicialmente acusado como co-autor a ser acusado sob a figura da responsabilidade do superior hierárquico. Veja Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009.

68 Veja no mesmo sentido The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012 para. 411.

69 Para. 361 e ss.

70 Para. 367.

2.5 A COAUTORIA MEDIATA ATRAVÉS DE APARATOS DO PODER HIERARQUIZADO NA DOUTRINA DO TPI

2.5.1 Fundamentação da eleição desta figura

Ainda que algum autor tenha querido ver uma aplicação da autoria mediata por aparatos de poder em múltiplas decisões dos tribunais internacionais⁷¹, o certo é que, até o momento, só encontramos três decisões de confirmação de cargos nas quais verdadeiramente se aplica a teoria do domínio por aparatos de poder. São as da Sala de Questões Preliminares I no caso Katanga e Ngudjolo⁷² em 30 de setembro de 2008 e da Sala de Questões Preliminares II no caso contra William Samoei Ruto⁷³ e no caso Francis Kirimi Muthaura e Uhuru Muigai Kenyatta⁷⁴, ambas de 23 de janeiro de 2012. Nestas três decisões, as Salas de Questões Preliminares I e II elegeram, como veremos a seguir, alguns dos critérios nos quais Roxin fundamenta o domínio de fato por domínio da organização e analisaram sua possível concorrência no caso concreto.

O certo é que há outros casos que poderiam ter agido do mesmo modo e não agiram, optando, em troca, por uma coautoria direta por domínio funcional, sem que ficasse claro por que se elegeu uma ou outra teoria.

A doutrina que defende a coautoria por domínio funcional do dirigente e afirma que contribuições como a planificação, organização e direção na fase preparatória podem proporcionar tal domínio⁷⁵, é oposta à teoria da autoria mediata por aparatos de poder⁷⁶. É precisamente essa oposição que

71 Olásolo, H., *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, 2011, pp. 159 e ss.

72 *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, em 30 de setembro de 2008.

73 Pre-Trial Chamber II In The Case Of The Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

74 Pre-Trial Chamber II The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

75 Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" em *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 518, contra a opinião da maioria, e a favor da interpretação mais ampla que estão fazendo os tribunais, considera que, em determinados casos de delinquência organizada, pode se considerar autor o dirigente organizador que age exclusivamente na fase preparatória. Desta opinião, são também outros autores espanhóis que defendem igualmente que quem age só na fase preparatória pode ter o codomínio de fato, como Ferré Olivé "Blanqueo de capitales y criminalidad organizada" em *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999 p.96-97 ou Marín de Espinosa *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 140-141. Ainda que pode-se dizer que esta opinião é minoritária, em nossa doutrina. Assim constata Fernández Ibáñez, *La autoria mediata en aparatos organizados de poder*, 2006 p. 283.

76 Na Espanha, alguns dos autores que rejeitam a formulação de Roxin da autoria mediata por aparatos de poder organizados propõem castigar o homem que está por trás como coautor. Por ex. Conde Pumpido, *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, 1997, p. 21 Ferré Olivé, 1999, pp. 96-97, Marín de Espinosa, 2002, p.134, 137 e ss. e Muñoz Conde, "Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada" em *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999. p.155 e ss., Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal Parte General*, 6ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p.456 para as organizações criminais



costuma ampliar a coautoria, afirmando o domínio de quem atua em fase preparatória⁷⁷. Em troca, a Corte admite ambas as formas de domínio que, de fato, ampliam a autoria notavelmente além do conceito objetivo formal, da autoria mediata tradicional, limitada ao instrumento irresponsável, e inclusive à coautoria funcional majoritariamente aceita, limitada a quem, sem realizar atos executivos, ao menos age, ou atualiza, sua contribuição na fase executiva⁷⁸. Admitindo as duas possibilidades, a opção por uma ou outra deveria radicar em se o superior age *junto com* seus subordinados ou, pelo contrário, atua *através de* seus subordinados⁷⁹. A Corte não analisa este caso para eleger uma ou outra forma de intervenção. Parece que a eleição é mais bem oportunista, segundo como tenha definido os cargos o fiscal ou, quando o fiscal apresentou as duas possibilidades a Corte vê incluso a coautoria mediata como uma possibilidade subsidiária da coautoria direta, que entende prevalente⁸⁰.

Na opinião da Corte penal internacional à respeito da autoria mediata (indirect perpetration): O líder deve utilizar seu controle sobre o aparato para executar os delitos, o que significa que o líder, como autor por trás do autor, mobiliza sua autoridade e poder dentro da organização para assegurar o cumprimento de suas ordens. O cumprimento deve incluir a realização de

não estatais nem para-estatais. Para as estaduais e para-estaduais aceita a autoria mediata por aparatos de Roxin, veja Muñoz Conde / García Arán, 2004, p. 454.

77 A jurisprudência espanhola nunca condenou alguém na aplicação da teoria da autoria mediata por aparatos de poder, pelo contrário, imperou a tese da coautoria para imputar aos dirigentes os delitos cometidos pelos subordinados. Às vezes, exigindo a atualização da direção na fase executiva, outras pressupondo que o dirigente organizador tem o domínio de fato ainda quando só atue na fase preparatória, e outras muitas pela via de considerar verdadeiros autores aos indutores e os cooperadores necessários. Veja Gil Gil, em Ambos, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2008, p. 89 e ss. Sobre a tendência de nossa jurisprudência em considerar aos indutores e cooperadores necessários como verdadeiros autores e suas causas veja Bacigalupo, “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, Nº 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Ano XXIX (La Ley 20145/2008) pp. 3 e ss.

78 A maioria da doutrina espanhola defensora de um conceito de autor baseado na ideia do domínio de fato exige que o coautor atue na fase executiva com uma contribuição que, embora não seja típica, considere essencial segundo o plano comum para a realização do delito. A doutrina também costuma entender que não basta para considerar como essencial uma contribuição com afirmar a capacidade do codelinquente de impedir a realização do delito, mesmo que o TS interpretou a essencialidade neste sentido em alguma ocasião, senão que se trate da possibilidade de evitar o fato mediante a não prestação de sua contribuição de perspectiva ex ante. veja Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 392 e ss. com abundantes citações doutrinárias Cerezo Mir, “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española” em *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, p. 176-177, Gómez Benítez, “El dominio del hecho en la autoria (validez y límites)”, em *Estudios penales*, 2000 pp. 120, 135-136.

79 Uma parte da doutrina vê outra diferença na ausência, na opinião de acordo mútuo entre o dirigente e o executor material nestes casos, rejeitando por isso a solução da coautoria e optando autoria mediata por aparatos de poder. Entre outros, sustentam este argumento contra a solução da coautoria Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoria mediata con aparatos organizados de poder* 2004, p. 129, Fernández Ibáñez, *La autoria mediata en aparatos organizados de poder*, 2006, p. 260, Cerezo Mir, *Curso*, t. III, 2001, p. 218, nota 52, Gutiérrez Rodríguez, 2001, p. 375, Pérez Cepeda, “Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación”, RP La Ley, nº 9, 2002, p. 117. Porém, é preciso dizer que o TS espanhol interpretou o elemento do mútuo acordo de maneira muito ampla, aceita o acordo tácito e coetâneo à realização dos fatos, mas também basta ao TS, em ocasiões, o simples conhecimento ou, inclusive, a não oposição para imputar em coautoria. O TS aprecia o acordo de vontades, portanto sem necessidade de contato entre todos os coautores, bastando que a informação tenha chegado a todos eles através dos estamentos intermediários. Poderia, portanto afirmar que o TS aceita que o cumprimento de uma ordem ou encargo é unír a um acordo de forma tácita, como é, também, aprovar ou consentir a operação desenhada por uns subordinados para ser executada por outros que aceitam a missão. Sobre a aceitação do acordo tácito e coetâneo na doutrina espanhola veja Gutiérrez Rodríguez, 2001, p. 160 e s. com posteriores citações na nota 135, e p. 164 e s, com citações da doutrina e jurisprudência do TS em nota 142 e García del Blanco, V., *La coautoria en Derecho penal*, 2006, p.557, que destaca a escassa prova que exige o TS para afirmar a existência de um acordo coetâneo e tácito, bastando estar presente e não se opor, ou deduzindo da ação conjunta realizada, etc.

80 Veja, por ex. The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges: 7 March 2011. A Sala confirma os cargos por coautoria direta, aqui também a Sala especifica que a coautoria é entre os superiores e subordinados. O fiscal tinha acusado como coautores ou coautores mediatos alternativamente (para 124). A Sala opta pela coautoria direta, e previamente decidira que só se não encontrasse fundamento à coautoria direta, examinaria a mediata (para 125), como se essa fosse uma forma de responsabilidade subsidiária.

algum dos crimes sob a jurisdição deste Tribunal. E, em relação à coautoria mediata (indirect co-perpetration), ela é aplicável quando todos ou alguns dos coautores realizam suas respectivas contribuições essenciais ao plano comum através de outra pessoa.

Na decisão de confirmação de cargos no caso contra Katanga e Ngudjolo a Sala explica com detalhe a teoria da autoria mediata por domínio da organização seguindo a Roxin, e estabelece que seja autor o homem por trás que controla a vontade do executor⁸¹. A Sala lembra que, apesar das críticas da doutrina a esta formulação, o certo é que os redatores do Estatuto decidiram introduzir a figura do autor que utiliza um instrumento responsável⁸². Na opinião da Sala, seguindo alguns comentaristas do Estatuto⁸³, essa referência conduz diretamente à teoria da autoria mediata pelo domínio da organização⁸⁴. Mas a verdade é que isso não supõe automaticamente que a fundamentação dessa forma de autoria, certamente imposta pelo legislador, seja a teoria de Roxin, e não por exemplo a de Schroeder ou outras, a quem também remetem os comentaristas citados pela Sala. Porém, também é certo que, dentro da ampla oposição doutrinal que recebeu a ideia do autor mediato com instrumento responsável, a doutrina aparentemente mais seguida nas poucas decisões judiciais que no direito comparado tem aplicado esta figura, foi a de Roxin (aparatos de poder), ou ela complementada pela teoria de Schroeder (disposição ao fato). A respeito, há que assinalar que a Sala afirma que são muitas as jurisdições nacionais que a aplicam⁸⁵, mas, na realidade, só pode citar cinco⁸⁶, entre os 120 países que fazem parte no Estatuto⁸⁷. A Sala cita, de forma errónea, sentenças nacionais, que, contra ao que ela afirma,

81 Par. 486: “has control over the will of those who carry out the objective elements of the offence (commission of the crime through another person)” e marg. 497.

82 Para. 499.

83 Cita por ex. Ambos, K., “Article 25: Individual Criminal Responsibility”, en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008, n. 10-13; Ambos, K., *Internationales Strafrecht*, 2006, 7/27; Cassesse, A., Gaeta, P. & Jones, J. (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary*, Vol.1, 2002, p.794 (que faz referência exclusiva à doutrina de Roxin para integrar esta figura, senão também à de Schroeder, nota 108, e outras possíveis situações de superioridade do homem por trás, apesar de que o executor é penalmente responsável); Kreß, C., “Organisationsherrschaft und Völkerstrafrecht”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 307-308; Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2005, § 14 n. 43; Vogel, J., “Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung”, 114 ZStW, 2002, p. 421; Werle, G., *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 159, marg. 408, (Veja também a segunda edição, *Tratado*, 2ª ed. p. 301, marg. 483 e 484).

84 Par. 501.

85 Par. 504.

86 Nota 666. A Corte cita jurisprudência alemã, peruana, chilena, argentina e espanhola. Existem mais sentenças que as citadas pela Corte que aplicaram – não sempre corretamente – a teoria do domínio de fato por domínio da organização. Veja Maculán, E., em Gil Gil, A. y Maculan, E., (coords.), “Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales”, no prelo.

87 Um estudo sobre a responsabilidade de dirigentes de organizações em diversos países pode ser visto em Sieber e Cornils (eds) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband. 4, Duncker & Humboldt, 2010. O certo é que há muitos países com diferentes conceitos de autor, não baseados no domínio de fato, que não reconhecem a autoria mediata, ou que punem o organizador ou diretor de diversas maneiras. Por ex. qualifica-o diretamente como autor o código penal chinês (p. 7), recolhe um conceito objetivo-formal de autor o CP francês (p. 77), onde o autor mediato pune como indutor (p. 79). Existem legislações em que se admite só a autoria mediata com instrumento irresponsável como a legislação de Costa de Marfim, (p. 35 e 362), ou o Model Penal Code dos Estados Unidos. Também admitem a autoria mediata com agente inocente Inglaterra e Gales (p. 55), onde em troca se conhece também a figura da Joint criminal enterprise. Extrair princípios comuns do direito comparado é uma tarefa complexa, por não dizer, impossível.

não aplicaram a teoria da autoria mediata por aparatos de poder de Roxin⁸⁸, junto com outras que aplicaram uma mescla dessa teoria e da disposição ao fato de Schröder⁸⁹, sem que a Corte, no entanto, pareça ter acolhido este “complemento”, sentenças que tenham aplicado erroneamente segundo a doutrina e outras que foram cassadas pelos tribunais superiores que “aparentemente” rejeitavam a figura⁹⁰.

88 É falso por ex. que a STS espanhol de 02/07/1994 aplicasse a autoria mediata por aparatos de poder organizados. A decisão foi criticada pela doutrina espanhola de maneira quase unânime, pois não responde a nenhuma das categorias de autoria mediata admitidas, senão que parece considerar o prefeito como autor mediato por sua posição institucional. Veja Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 281. Olmedo Cardenete, Artigos 27, 28, 29, em Cobo del Rosal, (dir) *Comentarios al Código penal*, tomo III, Ederesa, Madrid, 2000, p. 207 e ss. o mesmo 1999, p. 650 e ss. Hernández Plasencia, *La autoria mediata en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996, p. 150. Como a doutrina manifestou não seria um caso de autoria mediata mas de participação psíquica (necessária ou não) - Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoria mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 85- ou de provocação do art. 18 - Olmedo, *La inducción como forma de participación*, Madrid, Edersa, 1999, p. 652-, ou do 510 Cp - Hernández Plasencia, 1996, p. 150 -. A favor da sentença, pelo contrário, López Barja De Quiroga, *Derecho penal Parte General*, III, Madrid, Ed. Leynfor Siglo XXI, 2001, p. 329-330. Da teoria dos delitos consistentes na infração de um dever, tenta defender a decisão do TS Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (um comentário tardio, mas atual, para a S.T.S. de 2 de julho de 1994)” em *Cuadernos de política criminal*, N° 70, 2000, pp. 245 e ss. E a outra resolução espanhola citada pela Sala é o Auto de 29 de março de 2006 do juizado central de instrução n. 5 da Audiência Nacional (juiz Grande Marlaska) decretando prisão contra o dirigente de Batasuna Arnaldo Otegi, mas o juiz não desenvolve o conceito de autoria mediata na qual se fundamenta, ao mencionar como possível título de imputação sem chegar a decidir-se por ele ou pelo da indução ou execução por omissão. p. 98. Sobre todas estas resoluções veja Gil Gil, em Ambos, *Imputación* [...] pp. 87 e ss. Em Espanha a doutrina da autoria mediata por aparatos de poder nunca se aplicou em uma sentença condenatória, porém cita em várias resoluções como possibilidade teórica, por ex. na STS 17/07/2008 caso 11-M- ou no Auto de 28/04/2008 da AN de denegação da extradição de Isabelita Perón, onde o tribunal mantém o requisito, questionado por uma parte da doutrina, de que a organização deve atuar à margem da lei.

89 O caso provavelmente mais relevante foi a condenação do ex-presidente peruano Alberto Fujimori - sentença da Corte Suprema de Justiça da República do Peru, Sala Penal Especial, em 7 de abril de 2009, e sentença confirmatória da Primeira Sala Transitória, em 30 de dezembro de 2009-, que não mantém uma versão pura da teoria, mas combina os requisitos tradicionais da formulação de Roxin com outros próprios da doutrina do autor detrás do autor de Schroeder, resumindo nos seguintes cinco outros a fundamentação da responsabilidade como autor mediato do dirigente da organização: 1 - A existência de uma organização hierárquica, com assinação de funções para seus membros, que permita um funcionamento automático 2 - O poder de ordem do autor mediato 3 - A desvinculação ou afastamento da organização do Direito 4 - o gasto do executor 5 - a predisposição do autor direto à realização de fato ilícito. Este último ponto, próprio da elaboração de Schroeder, veja *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, foi admitido por Roxin em ZStrR, 125, 2007, pp. 1 e ss., e dali adota a sentença, que reconhece também sua aplicação por exemplo por Tribunal Supremo Federal Alemão, na sentença emitida contra os integrantes do Conselho de Defesa Nacional da República Democrática Alemã, ou pela própria Sala Penal Nacional Peruana na sentença do caso Guzmán Reynoso - fundamento jurídico décimo terceiro da sentença emitida pela Sala Penal Nacional de treze de outubro de dois mil e seis [Expediente acumulado 560 - 2003]. En Internet: www.gacetajuridica.com.pe -. A sentença, assumindo uma postura que denomina “integradora”, afirma que os critérios do gasto e da disposição ao fato não são incompatíveis - Marg. 739.4-, como recentemente tinha reconhecido Roxin, mas contra a opinião de Schroeder, que vê o segundo como fundamento único da responsabilidade a título de autor do superior. Schroeder, “Disposición al hecho versus fungibilidad” em Ambos e Meini, *La autoria mediata*, 2010, ob. cit. Pp. 117 e ss. opina que o único elemento que fundamenta o domínio do homem por trás, também em aparatos de poder, é a disposição ao executor, enquanto que o gasto só é um meio, que oferece instrumentos dispostos ao fato. E mais, na opinião tanto do Tribunal Supremo alemão contra os dirigentes da DDR, ou contra os membros do Escritório político da SED, como a decisão da Sala penal Nacional peruana no caso Guzmán Reynoso teriam fundamentado mais na teoria do aproveitamento da disposição incondicional ao fato do executor, em troca não fica claro o fundamento real da sentença Fujimori pela escassa subsunção do caso concreto na teoria dogmática desenvolvida pelo tribunal. Recentemente, Roxin afirmou que esse requisito da predisposição do autor não é um requisito independente nem é o fundamento do domínio do homem por trás. Em uma “renovada reflexão” e à raiz precisamente desta sentença, Roxin afirmou, no entanto que o critério da “elevada disposição ao fato do executor”, ainda que empregado na fundamentação da autoria mediata no âmbito de um aparato de poder organizado, não constitui um pressuposto autônomo, senão que é derivado de outros elementos do domínio por organização. Trata-se, em sua opinião, de um fenômeno que consegue com três colunas do domínio por organização: o poder de mando, o afastamento do direito, e o gasto, e que fortalece a fundamentação para a afirmação do domínio do fato, do homem de trás, que definitivamente depende da segurança com as quais eles podem cumprir sua ordem. Veja Roxin, “Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú, en Ambos e Meini, *La autoria mediata. El caso Fujimori*, 2010, pp. 100 e 101.

90 A respeito da jurisprudência argentina, a Sala cita expressamente a sentença da Câmara Nacional de Apelações em 9 de dezembro de 1985, que condenou como autores mediatos os Comandantes e rejeita expressamente, pelo contrário, a da Corte Suprema de Justiça Argentina, em 30 de dezembro de 1986, que aparentemente rejeitou essa qualificação trocando-a pela de cooperadores necessários - Katanaga e Ngudjolo, Decision on the confirmation of charges, ob. cit., margs. 504 e 505-. Sobre estas decisões Faraldo P., 2004, pp. 32 e ss. O certo é que três magistrados votaram a favor da autoria mediata e dois contra com o argumento de que a teoria do domínio de fato, por domínio da organização, não tinha alcançado reconhecimento geral na doutrina e na jurisprudência. Veja sobre esta aparente disparidade entre a parte dispositiva e os votos e os motivos dela, Sancinetti, M., *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, 1988, p. 243. A solução da autoria mediata por aparatos de poder não ganhou adeptos na doutrina argentina, que defende múltiplas soluções como as da coautoria ou a indução - veja sobre isto com detalhe Malarino, em Ambos, (coord.), *Imputación de crimes de los subordinados al dirigente*, 2008, ob. cit., p. 68 e ss. Apesar disso, a figura foi retomada na jurisprudência argentina posterior e é amplamente aceita para o castigo dos crimes cometidos pela ditadura - veja a jurisprudência citada por Malarino, em Ambos, *Imputación*... ob. cit., 2010, p. 68, nota 10, combinando-a com outras soluções como a da participação necessária - ob. cit., pp. 63 e ss. Como indica Malarino - p. 68 -, a jurisprudência posterior parece ter relaxado perigosamente a exigência da prova de alguns dos requisitos da autoria mediata por aparatos de poder hierarquizados, em particular, “a prova do controle da organização e da dação das ordens limita-se em muitos casos exclusivamente a uma prova do cargo ou posição do superior na estrutura militar ou policial (*prova do status*)”.

Mas, apesar de seus infrutíferos esforços em argumentar o reconhecimento nacional⁹¹ e internacional⁹² desta figura, a Sala tem razão ao afirmar que a oposição à figura do domínio de fato por domínio da vontade é fundamentada na rejeição da autoria mediata com instrumento responsável⁹³, e que sim o Estatuto impõe o reconhecimento desta figura deve buscar o melhor fundamento, e desde já Roxin tem hoje mais apoio que outros. Porém, não seria demais que a Sala indicasse por que prefere este critério e não o da predisposição ao fato, proposto por uma parte da doutrina para fundamentar a responsabilidade como autor do homem por trás e utilizado pela maioria das sentenças citadas como complemento à teoria do aparato de poder.

Por outro lado, a Sala argumenta, numa afirmação que não tem relação com o domínio de fato, que a maior posição na hierarquia corresponde a uma maior responsabilidade⁹⁴, o que parece nos aproximar rapidamente a um critério de autor diferente, baseado, quiçá, na infração de deveres, e não necessariamente no domínio de fato, ao menos não acompanhada da prova no caso concreto do domínio da organização.

2.5.2 Descrição e requisitos

Na decisão de confirmação de cargos no caso contra Katanga e Ngudjolo, a Sala explica como funciona o domínio de fato mediante o domínio da organização⁹⁵. Assina a necessidade de tratar de uma estrutura baseada em relações hierárquicas, que o acusado exerça autoridade e controle sobre a organização de maneira que os subordinados cumpram suas ordens e esse cumprimento,

91 Da mesma opinião, Werle e Burghardt, "Coautoria mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?" em *Revista penal*, n. 28, julho, 2011, pp. 200 e 201.

92 Cita também a Sala – par. 506 – a sentença de primeira instância contra Stakic, que como comentamos anteriormente, foi cassada pela Sala de apelações do TPIY, que rejeitou a coautoria indireta. Tampouco pode dizer que, em primeira instância, aplica-se a teoria do domínio de fato por domínio da organização, já que não analisou nenhum dos requisitos. E o caso Bemba, ser ante o próprio TPI, na qual tampouco a qualificação como autor mediato prosperou, sendo substituída pela de responsabilidade do superior hierárquico. Como assinado anteriormente - veja supra nota 69 – também as ordens de apreensão fundamentavam a qualificação de autor mediato, por que não podia saber em que teoria se apoiava. Como afirma Werle y Burghardt, "Coautoria mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?" em *Revista penal*, n. 28, julio, 2011, p. 200 e 201, o certo é que antes de entrar em vigor o Estatuto de Roma a autoria mediata não estava regulamenda no Direito Penal Internacional nem tinha sido aplicada pela jurisprudência internacional. Nesse sentido Jessberger, F, e Geneuss, "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?" em *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, p. 868, indicam que a autoria mediata nunca aplicou ou recopilou a nenhum texto de Direito Penal Internacional antes, só pode afirmar que a autoria mediata com agente inocente forma parte de muitos sistemas legais nacionais, mas é excepcional a aceitação do domínio da organização.

93 A respeito, assinalam Jessberger, F, e Geneuss, J., ob. cit., 2008, p. 857, que: a inclusão do instrument responsible aparece pela primeira vez na redação do Art. 25(3)(a) no texto apresentado pelo presidente do Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties em 19 de fevereiro de 1997; veja Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties, Chairman's Text (A/AC.249/1997/WG.2/CRP.2/ Add.2). Inicialmente a autoria mediata tinha limitado expressamente ao uso de um instrumento inocente, veja Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Informal Group on General Principles of Criminal Law, Proposal of 26 August 1996 (A/AC.249/CRP.13), Art. B Proposal: '[A] person shall be deemed to be a principal where that person commits the crime through an innocent agent who is not aware of the criminal nature of the act committed such as a minor, a person of defective mental capacity or a person acting under mistake of fact or otherwise acting without mens rea.'

94 Para. 503.

95 Para 511 e ss.

deve incluir a realização de crimes de competência da Corte. O aparato também deve atuar de maneira quase automática, o que permite ao líder ter certeza do cumprimento. Isso se atinge mediante a fungibilidade do executor que garanta que a negativa de um subordinado não frustrará os planos do dirigente.

Quando não estão presentes, os requisitos que fundamentam o domínio de fato do superior que dá a ordem, ele responderá (como partícipe do art. 25.3 b) e não como autor⁹⁶.

Porém, nesta decisão, que se dá no caso que tem que ver com o uso de meninos soldados, a Sala acrescenta outro fundamento ao domínio de fato por domínio da organização, que não aparece em outros casos. Em sua opinião, não só a fungibilidade garante o automatismo da organização no cumprimento das ordens, mas também outros métodos como regimes violentos, estritos e intensos de treinamento como, por exemplo, quando os subordinados foram sequestrados e treinados de forma dura desde crianças⁹⁷. A sala não apoia em nenhuma doutrina ou jurisprudência esta ampliação da fundamentação do domínio de fato, mas poderia quiçá pensar que com esta apreciação nos aproxima da doutrina da disposição ao fato do executor, ou simplesmente, como indica Ambos⁹⁸, que se manifesta em certos fatores “fracos” uma estrutura hierárquica com defeito de uma hierarquização mais formal, própria dos aparatos estatais, mas geralmente ausente nos não estatais.

A Sala não menciona o requisito da desvinculação ou afastamento da organização do Direito, requisito discutido por uma parte da doutrina⁹⁹, mas que foi mantido por algumas das sentenças nacionais mais relevantes que aplicou a formulação de Roxin¹⁰⁰.

96 Para. 517.

97 Para. 518.

98 Ambos, K., en InDret 3/2011, p. 9 e ss., não renuncia a exigir também nos aparatos não estatais um certo grau de hierarquização vertical, com uma linha de mando clara, mas parece que em sua opinião este requisito poderia flexibilizar-se algo e completar-se com outros sistemas de controle, de maneira que o controle dos executores fundamentaria não *primeiramente* na formalidade de um hierarquia (ou de outras formalidades), senão em certos fatores “fracos”, como o citado ou a afiliação de origem assim como nos vínculos sócio-familiares ou fáticos. Tomados em seu conjunto, estes fatores criam um tipo de autoridade “pessoal” em volta do líder das milícias, o que garante o controle da organização e de seus integrantes, p. 16. Em todo caso, reitera que a organização tem que estar estruturada hierarquicamente e deve ser grande, de tal maneira que a influência repressiva para a atuação que parte do vértice da organização possa ser transmitida de maneira anônima a todos os membros (tanto os conhecidos pessoalmente como os que não são) com a firmeza suficiente.

99 A favor de prescindir do requisito da desvinculação ao Direito na doutrina espanhola, cfr. Bolea Bardón, C., *Autoria mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 337 e ss.; Núñez Castaño, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 18 2 e ss.; Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, 2002, p. 89; Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, 2006, p. 235. A favor de manter o requisito da desvinculação ao Direito em seu sentido originário, Faraldo Cabana, 2004, p. 100.

100 Assim por ex. sentença da Corte Suprema de Justiça da República do Peru, Sala Penal Especial, em 7 de abril de 2009, e a sentença confirmatória da Primeira Sala Transitória, em 30 de dezembro de 2009. Também a favor do requisito a Audiência Nacional espanhola: Id Cendoj: 28079220022008200024, Audiência Nacional. Sala do Penal, Seção: 2 N° de Recurso: 12/2007 AUTO n° 8/2008, de 28/04/2008, FJ 7°: “A aplicação da teoria da autoria mediata construída pela dogmática alemã exige que a organização funcione como uma totalidade à margem do Ordenamento jurídico, já que se atua ligada aos princípios próprios de um Estado de Direito, submetido à lei, “a ordem de executar ações punitivas não serve para fundamentar o domínio porque as leis têm o nível maior e, por norma, excluem a execução de ordens antijurídicas e, assim, o poder da vontade do inspirador”

A Sala também resume como pode cometer o delito em coautoria mediata: quando cada um dos acusados realiza uma parte do delito, divide as tarefas de comum acordo, e cada um realiza sua parte (que pode ser executiva ou não) através de outro ou outros¹⁰¹. Esta formulação permite que a Sala atribua a um acusado os crimes cometidos por sujeitos que não são seus subordinados nem obedecem às suas ordens com o argumento da mútua atribuição dos aportes de cada coautor¹⁰².

Segundo a doutrina propulsora da aplicação feita pelos tribunais internacionais da coautoria mediata, a coautoria baseada no domínio funcional compartiria com a JCE a definição do autor do plano comum e uma contribuição para esse plano, mesmo quando ela própria não consista na realização de atos executivos, mas a diferença dela acrescentaria como elemento essencial à importância da contribuição exercida pelo sujeito, que não sendo executiva, lhe proporcionaria o domínio funcional de fato¹⁰³. Por outro lado, se à compreensão ampla do domínio funcional somamos a teoria do domínio de fato através do domínio de um aparato de poder organizado temos, na opinião de Olásolo¹⁰⁴, várias possíveis formas de coautoria mediata:

- (i) quando vários superiores que têm um controle partilhado sobre uma determinada organização e o utilizam de maneira coordenada para assegurar a execução do delito; (variante denominada autoria mediata em coautoria)¹⁰⁵ e
- (ii) quando vários superiores, que dirigem diferentes organizações (ou partes delas), as utilizam para executar de maneira coordenada um plano comum, esta variante se denomina coautoria mediata¹⁰⁶ ou coautoria entre autores mediatos¹⁰⁷.

Porém, ainda seria possível uma terceira modalidade de combinar coautoria e autoria mediata: quando um dos coautores é simplesmente por aportar uma contribuição essencial, ou seja, por domínio funcional, enquanto que os outros exercem sua parte através de uma organização sob

101 Para. 519 e ss.

102 Assim destaca também Ambos, K., “Sobre la “organización” no dominio da organização,” em InDret 3/2011, p. 12: “Não obstante, a Sala de Assuntos Preliminares do TPI imputou aos processados – mediante uma curiosa combinação de autoria mediata (domínio da organização) e coautoria como *coautoria mediata* [“*mittelbare Mittäterschaft*”] (“*indirect co-perpetration*”)⁵⁸ – não só os fatos dos próprios subalternos, mas também os de cada um dos outros, já que tinham intervindo em virtude de um plano comum, sempre tinham efetuado uma contribuição fundamental e tinham controlado conjuntamente a totalidade do assalto” em relação ao caso Katanga e Ngudjolo Chui.

103 Segundo Olásolo e Pérez Cepeda a coautoria baseada no domínio funcional comparte com a JCE o começo para definir o autor do plano comum e uma contribuição ao plano, ainda mais ela não consiste na realização de atos executivos, mas a diferença dela acrescenta como elemento essencial a importância da contribuição exercida pelo sujeito, que ainda sem ser executiva, proporcionaria o domínio funcional de fato – Olásolo y Pérez Cepeda, The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Staki'c Case1 en *International Criminal Law Review* 4: 2004, p.477.

104 Olásolo, 2011, p. 162.

105 Werle y Burghardt, “Coautoria mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?” em Revista penal, n. 28, julho, 2011, p. 205.

106 Werle y Burghardt, 2011, p. 204.

107 Sancinetti, M., *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, 1988, p. 31.



seu controle. Dessa maneira, o primeiro é coautor direto de um coautor mediato. Aceitar esta modalidade facilitaria a imputação como autor em casos como Ruto, na qual o acusado realiza uma importante tarefa de organização, coordenação ou contribuição de meios essenciais, mas não fica claro seu poder de comando, e nem a existência de uma organização hierárquica na rede de pequenas organizações dirigidas por diversos líderes que se unem aparentemente só em torno de um objetivo comum. Esta poderia ter sido, também, a fundamentação do caso Stakic, perante o TPIY, pois se argumenta sua contribuição essencial ao fato, ao facilitar meios

É de se esperar que as ordens de prisão careçam de uma análise detalhada dos requisitos do domínio de fato somente por sua finalidade e carácter preliminar, e que esses déficits sejam corrigidos depois nas Decisões de confirmação de cargos [...].

essenciais para a realização do delito, mas sem explicar sua participação através de outros, segundo alguma das teorias do domínio de fato. Se as tarefas de direção e organização ou o aporte de certos meios são definidas pela Corte como aportes essenciais de própria mão que conferem o domínio funcional de fato – o que, pessoalmente, não considero convincente¹⁰⁸–, não é necessário já forçar uma argumentação do domínio de uma organização que, muitas vezes, não corresponderá com a realidade.

As ordens de apreensão, pelo contrário, são de pouca ajuda para apreciar a decisão da Corte na matéria, em primeiro lugar porque costumam conter uma série de títulos de imputação de

forma alternativa, sem decidir ainda por algum, e sem fundamentá-lo. Veja, por exemplo, as de Jean Pierre Bemba Gombo¹⁰⁹. Nas duas, se qualifica provisionalmente Bemba como coautor ou autor mediato (“through other persons”), recolhidos no art. 25.3ª do ER. Olásolo afirma que nesta decisão a Sala aplica a autoria mediata por aparatos de poder organizados¹¹⁰. Porém, não há dados suficientes nas decisões citadas que permitam afirmar que seja essa a doutrina aplicada. Nada se argumenta nelas sobre a existência de um aparato de poder organizado que atue à margem da lei, a fungibilidade de seus integrantes, o domínio de Bemba sobre essa organização e quer tenha utilizado ou controlado para cometer o delito. Mas, quando as ordens de apreensão optam claramente por uma qualificação de coautoria indireta¹¹¹, o certo é que

¹⁰⁸ Como explicaremos, formula-se o problema de como definir a contribuição “essencial” e pelo tanto outorgadora do domínio funcional de fato, e da distinção do coautor assim configurado do cooperador necessário.

¹⁰⁹ Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo, 23.05.2008 y Warrant of arrest replacing the one issued on 23 May 2008, 10 June 2008.

¹¹⁰ Ensayos, p. 168.

¹¹¹ Assim por ex. Sala de Questões Preliminares I, Ordem de detenção de Saif Al-Islam Qadhafi, 27 de junho de 2011.

também carecem de fundamento suficiente, pois não analisam os elementos que, segundo a teoria de Roxin, fundamentam esta figura. Também a Ordem de apreensão contra Al Bashir foi apoiada na qualificação exclusiva como coautor mediato, e a doutrina se apressou a explicar que se fundamentou na teoria do domínio de fato por domínio da organização¹¹². A Sala afirma que Omar Al Bashir e os outros altos dirigentes políticos e militares de Sudão dirigiram as áreas do “aparato” do Estado de Sudão, que se levou, de maneira coordenada, com o fim de executar de forma conjunta o plano comum¹¹³. O plano descreve previamente como compreensivo da intenção de lançar um ataque ilícito contra a população civil que incluía deslocamentos forçados de população, assassinatos e outros crimes¹¹⁴.

Porém, a Sala não diz nada dos elementos que fundamentam o domínio de fato por aparatos de poder hierarquizados. Nada se argumenta sobre a localização do aparato fora da lei, nem da fungibilidade dos executores, por exemplo. Ou seja, o único que nos relaciona com tal teoria é o fato de que a Sala a define como autoria mediata por domínio de fato e menciona a realização de crimes através de um aparato estadual¹¹⁵. A partir daí, a fundamentação do domínio poderia ser tanto a não mencionada fungibilidade do executor, quanto poderia ser a disponibilidade ao fato, uma combinação das duas, como argumentou no caso Fujimori, ou qualquer outra teoria¹¹⁶.

É de se esperar que as ordens de prisão careçam de uma análise detalhada dos requisitos do domínio de fato somente por sua finalidade e carácter preliminar, e que esses déficits sejam corrigidos depois nas Decisões de confirmação de cargos, como vimos nas analisadas anteriormente.

2.5.3 CRÍTICAS

A construção da coautoria mediata utilizada pelo TPI combina duas teorias expansivas do domínio de fato muito discutidas. Por um lado, o domínio funcional mediante um aporte na fase não executiva e por outro lado, o domínio pela utilização de um aparato de poder hierarquizado.

112 Jessberger, F, e Geneuss, J., “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?” em *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, pp. 853 e ss.

113 Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No.: ICC-02/05-01/09, 4 Março 2009, para. 216: “Omar Al Bashir and the other high-ranking Sudanese political and military leaders directed the branches of the “apparatus” of the State of Sudan that they led, in a coordinated manner, in order to jointly implement the common plan”.

114 Para. 215.

115 Mais dados para fundamentar a aplicabilidade da teoria do domínio de fato por domínio da organização parece haver no escrito do fiscal. Veja Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest under 58 Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 14 July 2008. E sobre ela, também Jessberger, F, e Geneuss, J., ob. cit., 2008, p. 853 e ss.

116 Veja as múltiplas e variadas teorias elaboradas para fundamentar a responsabilidade do dirigente da organização compiladas por Ambos, “La parte general del Derecho penal internacional”, 2005, pp. 228 e 229.

O optar por posturas tão minoritárias na doutrina tivesse merecido uma argumentação maior por parte da Corte que parece ter-se limitado a eleger uma teoria que permita a punição, sem explicar por que se desvia em aspectos essenciais da construção tal e como a formularam seus criadores.

O primeiro que há que advertir é sobre o perigo da tendência a relaxar a exigência ou a prova dos elementos que fundamentam o domínio da organização. É preciso prevenir contra a tentação de afirmar os elementos sem fazer uma análise exaustiva deles. Pois isso levaria a Corte a construir uma nova categoria de autoria mediata por utilização de um aparato de poder, na qual o domínio de fato deixa de ser um dado fático referido à direção do curso causal para se converter em uma etiqueta que qualifica como autor e que se *atribui* (se fosse um dado fático de prova). Corre-se o risco de imputar o domínio a partir da prova da posição hierárquica e do poder e exercício de mando na organização, prescindindo do elemento “fungibilidade do executor”, verdadeira essência da teoria de ROXIN, ou inclusive atribuindo um poder efetivo a partir do *status* formal. Tais elaborações nos aproximam mais das versões normatizadas da teoria, como a de Ambos, para quem “o critério da fungibilidade se mostra inidôneo do ponto de vista empírico para explicar convincentemente o domínio por organização e deve ser complementado por uma consideração normativa, que transporta a estrutura dos delitos de dever à teoria do domínio de fato”¹¹⁷. Essa formulação de Ambos limita a figura do autor mediato aos vértices da organização estadual, que ao dar a ordem antijurídica infringiria os especiais deveres do Estado com seus cidadãos¹¹⁸. A postura de Ambos conduz a uma qualificação pelo *status*. Em suas palavras: “Considerações normativas fazem autor a quem ordena” “a responsabilidade pelo fato individual cresce na organização [...] com a localização elevada do nível de mando”¹¹⁹. Também mantém uma elaboração normativa por exemplo Jakobs¹²⁰, que entende que existem duas vias para considerar autor o dirigente, por sua co-organização do delito (delitos de organização, ou de domínio) e pela lesão de seus deveres positivos (delitos de infração de dever)¹²¹.

117 Ambos, 2005, p. 225-226, pretende não abandonar a teoria do domínio de fato ao somar o fundamento normativo, mas o certo é que essa afirmação resulta questionável, pois o domínio de fato é um dado fático, não normativo. Lembremos que se trata do domínio do curso causal ao resultado. Se, como reconhece Ambos, o dado fático da fungibilidade do executor não é suficiente para explicar o domínio nem o é em si mesmo o dado normativo, não vejo como uma soma de dois critérios insatisfatórios possa dar uma explicação convincente do domínio de fato. Ambos simplesmente decidiu que quem dirige a organização é algo mais que um indutor e por isso *lhe atribui* o domínio de fato. Mas na realidade não demonstrou que tenha realmente em sentido fático tal domínio da execução de delito. Todo critério normativo supõe uma atribuição, que é o contrário à prova de um dado fático.

118 Ambos, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori”, em Ambos y Meini, ob. cit. 2010, pp 84 e ss. Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, 2005, pp.221 e ss. Não fica claro que título de imputação se deve aplicar ao dirigente de uma organização não estadual.

119 Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, 2005, p. 228.

120 Jakobs, “Sobre la autoria del acusado Alberto Fujimori Fujimori” em Ambos y Meini, *La autoria mediata. El caso Fujimori*, 2010, pp. 110 e ss.

121 Também da defesa de um conceito normativista segundo o qual garante sempre é autor, entende que a referência ao atuar por meio de outra pessoa penalmente responsável incluída no art. 25 ER tipifica expressamente uma forma de (co)autoria que não tem a ver com a ideia de domínio de fato Sánchez-Vera Gómez –Trelles, “En los límites de la inducción” em *InDret*, 2/2012, p. 13.

O conceito de autor baseado na doutrina dos delitos de infração de um dever¹²² não é majoritário nem na doutrina, nem na jurisprudência nacionais dos países de *civil law*.

De entrada, esta formulação cria o problema de não distinguir autor de partícipe, segundo contribuição ou a omissão de cada um¹²³, ao considerar a todos como autores, o que contradiz a letra e o espírito do Estatuto¹²⁴.

Por outro lado, quando o texto legal define de forma tão pormenorizada as formas de intervenção punível no delito, como faz o Estatuto de Roma em seus art. 25 e 28, obviar ditas definições (“faça o crime sozinho, com outro ou por conduto de outro”, etc.) para optar por um conceito de autor baseado na infração de deveres, além nestes casos inclusive da responsabilidade prevista no art. 28, supõe uma infração do princípio de legalidade¹²⁵.

Além das teses expostas, baseadas na ideia da infração de um dever, formulam o problema de que não são aplicáveis aos dirigentes de organizações não estaduais, dos quais não é predicável nenhum dever jurídico de fomento dos bens jurídicos das vítimas, como podem ser os chefes de milícias, grupos rebeldes, etc. Mas, onde, sim, podem se encontrar essas instituições o sujeito parece ter que responder de todo o que suceda, com independência da qual foi seu aporte objetivo ao fato, somente por ostentar um determinado *status*¹²⁶.

122 Conceito também criado por Roxin, *Autoria y dominio del hecho en Derecho penal*, 1998 pp. 383 e ss., mais depois amplamente desenvolvido por Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Bogotá, 2001, pp. 11 e ss. e pelos discípulos de Jakobs, por ex. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002. Sobre esta evolução, veja Abanto Vázquez, M. A., “Autoria y participación y la teoría de los delitos de ‘infracción del deber’” em *Revista penal*, N° 14, 2004, p. 3 e ss.

123 Uma linha doutrinária que abre caminho considera que nem toda omissão de um sujeito pode considerar-se a conduta típica do tipo de autor delito de comissão e omissão e também o Tribunal Supremo espanhol admite a participação por omissão do sujeito que garante a ação. – veja Gil Gil, Lacruz, Melendo, Núñez, *Curso de Derecho penal. Parte general*, p. 308, 359-360, 385, também admitem a participação por omissão Robles Planas, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, 2003, p. 300, para “quem assume o compromisso de evitar ou de não interpor condições que possam ser aproveitadas por outro para cometer um delito é, dada a presença desse ‘outro’, sempre partícipe. E Dopico Gómez-Aller, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp.757 e s. Com razão, assinala este autor, “identificar o autor omissivo como aquele que contra dever não retira condições causais de um resultado [...] sem diferenciar, é tanto como considerar autor ativo a quem contra dever realiza qualquer contribuição causal (inclusive as que unanimemente se consideram aportes do cúmplice)”.

124 Esta é opinião dominante e a interpretação feita pela própria Corte, ao contrário do que mantém Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “En los límites de la inducción” em *InDret*, 2/2012, p. 13. Veja por todos Werle y Burghardt, “Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídica penal alemana en el Derecho penal internacional?” em *Revista penal*, n. 28, julho, 2011, pp.198 e ss, que explicam que a sistematização em quatro partes das formas de intervenção puníveis, no art. 25 ER não teria sentido se não admite que o Estatuto optou por um sistema de intervenção diferenciado, segundo os graus de responsabilidade estabelecidos conforme à aportação de cada um.

125 Esta é a principal crítica feita à doutrina dos delitos de infração de um dever: que se esta teoria considera autor sempre o codelinquente que infringe um dever especial, ainda que não tenha realizado a ação típica, ela supõe uma infração do princípio de legalidade naqueles delitos que exigem a realização de uma conduta. Veja a respeito desta crítica com abundante citações de doutrina que sustenta, Abanto Vázquez, M. A., “Autoria y participación y la teoría de los delitos de ‘infracción del deber’” em *Revista penal*, N° 14, 2004, p. 11 e nota 32. Igual se pode aplicar à execução por omissão. A execução por omissão pode ser subsumida diretamente nos verbos típicos, isso é assim sempre que se respeite o requisito da equivalência entre ação e omissão, do que esta doutrina prescinde. No entanto, segundo a posição aqui defendida, sem esse requisito só poderemos examinar a possibilidade de que a omissão origine uma responsabilidade como partícipe.

126 Robles Planas, R., 2003, p. 233.

Por isso, a Corte deve fundamentar quando o dirigente que dá a ordem deixa de ser indutor para virar autor através de outro, o que não pode fazer como temos visto apelando simplesmente a seu cargo ou aos deveres inerentes ao mesmo, sob pena de abandonar o critério do domínio de fato e adotar um conceito de autor que não é compatível com a regulação do Estatuto.

Especialmente problemática a respeito, é a situação no Quênia, e os casos aos que apresentam semelhança¹²⁷. Já, na análise da admissão dessa situação¹²⁸ tem havido discordância entre os juízes sobre se deviam considerar que se cometeram crimes internacionais, precisamente em torno à análise do elemento “organização” que integra a definição do crime contra a humanidade no art. 7(2)(a) do Estatuto. Na opinião do juiz Kaul, a execução de crimes no Quênia não pode ser vista, após as eleições, como o resultado da política de uma organização, mas como episódios diversos de violência protagonizados por vários grupos, uns mais organizados do que outros, e devidos a múltiplas causas e fins¹²⁹. Se não pode afirmar-se que a execução seja fruto da política de uma organização, dificilmente poderá sustentar que seja imputável a quem, mediante seu poder de mando e controle, utiliza essa organização para executar sua vontade. A maioria da Sala repete um a um os critérios de Roxin: o suspeito deve ter o controle da organização, a organização deve ser um aparato de poder organizado e hierárquico, a execução dos crimes deve estar assegurada pelo cumprimento quase automático das ordens do suspeito, os autores materiais eram completamente substituíveis e, como tal, que a execução dos delitos não dependia de sua vontade, senão que foi assegurada pela utilização de uma preexistente estrutura hierárquica e organizada¹³⁰, mas é duvidoso que concorram, realmente, dado o relato fático. Duvidosa é a compatibilidade da ideia de “rede”¹³¹, cuja criação se atribui ao acusado Ruto, e que teria sido

127 The Prosecutor vs. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012. Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

128 Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010.

129 Veja o voto particular de Hans Peter Kaul à Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 148 e ss. Pessoalmente coincido com a visão deste juiz que os crimes internacionais devem ser cometidos seja pelo Estado seja por organizações que exerçam de fato um poder político similar ao Estado. Veja Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp.122-123. No mesmo sentido, a Sentença da Audiência Nacional espanhola de 19 de abril de 2005 e a Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 1 de outubro de 2007 FJ 6º, assinala que essa participação do poder político de jure ou de fato marcam a diferença entre um crime internacional e um delito comum.

130 Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012 Para 407. The last three objective elements of indirect co-perpetration are that: (i) the suspect must have control over the organization; (ii) the organization must consist of an organized and hierarchal apparatus of power; and (iii) the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the orders issued by the suspect. E para 409: “the direct perpetrators were entirely replaceable and, as such, that the commission of the crimes was not dependent upon their will but was secured by the utilization of a pre-existing hierarchical and organized structure by Mr. Muthaura and Mr. Kenyatta. This is in line with the underlying rationale of the model of indirect co-perpetration, according to which the suspect must have “control over the crime committed”, in the sense that he controls or masterminds its commission because he decides whether and how the offence will be committed by direct perpetrators who are merely anonymous and interchangeable figures.” Y Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, Para 292.

131 Assim o expressou a defesa de Ruto, veja Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, para 31.

formada por diversos grupos com diferentes líderes locais com organização hierárquica¹³², como duvidosa é também a equiparação ou substituição que realiza a Sala dos requisitos de hierarquia e poder de mando pelos mecanismos utilizados por Ruto para garantir o cumprimento de suas ordens: um sistema de recompensas (pagamentos em dinheiro para motivar ou premiar) e castigos (quem rejeitava aderir ao bando de Ruto era considerado um traidor e podia ser ajustiçado)¹³³, e decididamente incompatível com a ideia de domínio é a simples previsibilidade (ainda que seja com alta probabilidade) de que um terceiro adote livremente a vontade de cometer um delito que não se tenha podido provar que foi ordenado nem executado, ou esteja implicitamente ordenado, tema que será desenvolvido na próxima parte.

À respeito das Salas da Corte, também não se detiveram a explicar a imputação que realizam da execução em autoria mediata de delitos de própria mão. Tem-se imputado delitos de estupro em autoria mediata nos casos Katanga¹³⁴ e Muthaura, e Kenyatta¹³⁵. O estupro é, segundo a opinião majoritária, um delito de própria mão¹³⁶, pois como exemplo em quase todos os manuais de direito penal como delito que não pode cometer-se em autoria mediata. Por suposto, há vozes discrepantes¹³⁷, ainda que minoritárias, que defendem que os chamados “delitos de própria mão,” ou, ao menos, alguns deles que não consistem precisamente na infração de deveres pessoais, como o estupro, sim, poderiam cometer-se em autoria mediata. Mas, inclusive, estes autores assinalam como limite a redação legal dos preceitos, que terá de ser modificada se quiser incluir esta possibilidade¹³⁸. Dada a definição do estupro, os Elementos dos Crimes como a penetração do corpo da vítima com uma parte *do corpo*

132 Veja o voto particular de Hans peter Kaul à Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 150 e também seu voto particular a Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, em especial marg. 12, que define a “rede” como uma aliança amorfa e temporal baseada em afiliações étnico -políticas, em lugar de como uma organização hierárquica.

133 Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, Para. 317 e ss.

134 Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges in the Katanga and Ngudjolo, 30 set. 2008, Marg. 550 e 567 e 569.

135 The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, par. 415.

136 Sobre a incompatibilidade dos delitos de própria mão com a autoria mediata veja por todos Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, págs. 247 e ss. Sobre as origens deste conceito, criado por Binding, e sua grande aceitação na doutrina contemporânea um século depois, assim como a ideia dominante de que os delitos de própria mão não podem ser cometidos em autoria mediata veja, com abundantes citações doutrinárias e jurisprudência, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *El denominado “delito de propia mano”*, 2004, pp. 31 e ss. O estupro tem sido sempre o delito prototípico –veja Muñoz Conde, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 218 e a doutrina citada por Sánchez-Vera Gómez-Trelles, p. 40.

137 Por ex. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *El denominado “delito de propia mano”* 2004 (quem por outra parte mantém um conceito normativo de autor muito desapegado tanto de dados fáticos como de descrições legais) y Gómez Rivero, C., “¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?” em Revista penal, N° 18, 2006, ps. 102-123, quem não renúncia à categoria, mas rejeita que exclua a autoria mediata e a execução por omissão – p.119.

138 Neste sentido, a respeito da antiga definição do estupro no Cp espanhol Día y García Conlledo, *La Ley*, 2, 1996, p. 1290, nota 20 e Jakobs, AT, 21/20, 21/23. Contra da antiga definição de estupro, a atual redação dos arts. 179 e 182 realizada pela reforma do Código penal espanhol realizada pela LO 15/2003, em 25 de novembro, fala da introdução de “membros corporais”, o que na opinião de Gómez Rivero, ob. cit., 2006, p. 115, permitiria acabar com a interpretação jurisprudencial deste delito como de própria mão e não susceptível de autoria mediata. Contra a limitação e a favor da autoria mediata em estupro (ainda que para ele não é mediata senão imediata) Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2004, p. 109 e 167 e s. 174 e ss., que pretende não dar relevância à particularidade descrita na lei ao tratar de um dado fático e portanto transmissível.

do autor, a afirmação que responde como autor quem não tenha introduzido uma parte de *seu corpo* mereceria ao menos uma explicação da Sala¹³⁹. Em minha opinião, tanto pela falta de dolo e de domínio de fato – como se explicará infra – como pela redação literal do preceito que define o estupro, só poderia imputar-se esse delito não ordenado através da responsabilidade do superior hierárquico.

O exemplo da situação no Quênia nos leva a outros dois problemas que são comuns às jurisprudências dos distintos tribunais e às diversas formas de imputação: a utilização de critérios ambíguos e manipuláveis por não estarem suficientemente definidos (aporte essencial) e a imputação dos excessos do executor facilitada por uma incorreta definição tanto do acordo ou plano comum como do dolo.

3. CONCLUSÕES

Na punição a título de autor pelos Tribunais internacionais, e as diferentes figuras criadas para isso ou sua concreta aplicação, encontramos uma tendência à expansão do castigo por autoria em detrimento de outras formas de participação acessória, quiçá, mais de acordo. Esta expansão se deve, fundamentalmente, à eleição das elaborações doutrinárias mais expansivas da autoria, ainda que com frequência sejam minoritárias, a uma tendência em definir de maneira errônea os elementos da mesma, como por exemplo o acordo ou plano comum, que não se limita como deveria à execução do delito imputado, senão que se define de maneira muito mais ampla, com o que logo o aporte objetivo ao plano comum tampouco se exigiu para o delito concreto¹⁴⁰. Se a isto unimos uma incorreta definição do dolo que obvia o requisito da vontade de atuar¹⁴¹, temos servida a tendência a imputar os excessos do coautor e os do executor na coautoria mediata, o que contradiz de forma palmaria a ideia de domínio de fato da qual o TPI diz partir, para se aproximar de novo a uma JCE tipo III. Também se percebe uma perigosa tendência em relaxar a prova dos elementos das figuras eleitas (por exemplo, a autoria mediata por aparatos de poder) e sua substituição não argumentada por outros que não são equivalentes para a fundamentação do domínio de fato. Este relaxar dos requisitos pode conduzir a uma responsabilidade pelo *status*, que não é a compilada no art. 25 do Estatuto de Roma.

139 Desde logo, a conduta descrita na decisão da Sala não caberia, por infringir o teor literal do preceito, na parte que define o estupro como a penetração do corpo da vítima por uma parte do corpo do autor, pois aqui o “autor” não utilizou uma parte de seu corpo. Só poderíamos formular, quiçá, se for possível entendê-la subsumível na definição do estupro como a introdução de objetos (veja Elementos dos crimes art. Artigo 7 1) g)-1) mas quiçá seria uma interpretação analógica contra o réu, pois quando o preceito exige que no caso de uso de uma parte do corpo tem que tratar do corpo do autor, estamos evidentemente pulando a redação legal. Uma definição tão precisa como essa pode ser criticável mas desde já impede a imputação em autoria mediata sob pena de infringir o princípio de legalidade.

140 Sobre estes problemas, com maior detalhe, veja Gil Gil, “Imputación de crimes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” em Gil Gil, A., Maculan E., (coords), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crimes internacionales*, no prelo.

141 Sobre esta questão em detalhe Gil Gil, “Imputación de crimes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución”, em Gil Gil, A., Maculan E., (coords), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*: ob. cit, no prelo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTOVÁSQUEZ, M. A., *Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”*, em *Revista penal*, Nº 14, 2004.

AMBOS, K., *Article 25: Individual Criminal Responsibility*, em Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008.

_____, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002.

_____, *Internationales Strafrecht*, 2006.

_____, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2001.

_____, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, em *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, 2007.

_____, *La parte general del Derecho penal internacional*, 2005.

_____, *Sobre la “organización” en el dominio de la organización*, em *InDret* 3/2011.

_____, *Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori*, em Ambos y Meini, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

BACIGALUPO, E., *La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *Diario La Ley*, Nº 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX (La Ley 20145/2008).

BADAR, M. E., *“Just Convict Everyone!” – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again* em *International Criminal Law Review*; Apr2006, Vol. 6 Issue 2, p. 293-302.

BOAS, G., BISHOFF, J. L., REID, N. L., *International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, 2007.

BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

CASSESE, A., *La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales en Cassese y Delmas-Marty*, (Eds.) em *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, 2004.



CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J. (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary*, Vol.1, 2002.

CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español*, t. III, 2001.

_____, *Curso de Derecho penal español*, t. II, 2001.

_____, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española en Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982.

CONDE PUMPIDO, C., *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, 1997.

DELMAS-MARTY, M., *Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional*"
acessível em http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/ COLVER/DIFUSION/REVISTA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.MIREILLE%20DELMAS.PDF.

_____, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, en *J Int Criminal Justice* (2003) 1 (1).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Autoría y participación", en *La Ley*, 2, 1996.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006.

ESER, A., *Mental Element*, en Cassese, Gaeta, Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, 2002.

FARALDO CABANA, P. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, 2004.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, 2006.

FERRÉ OLIVÉ, J. C., *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada em Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

FLETCHER, G. P. *Conceptos Básicos de Derecho penal*, 1997.

_____, *Rethinking Criminal Law*, Oxford Univesity Press, 2000.

FORSTER, S., "Tatbeteiligung in England und Wales," em Sieber y Cornils (eds) *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband. 4, Duncker & Humboldt, 2010.

GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, 2006.

GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, 1999.

_____, "Imputación de crimes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución" em GIL GIL, A. e MACULAN, E., (coords.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crimes internacionales*, no prelo.

GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*. 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)," em *Estudios penales*, 2000.

GÓMEZ RIVERO, C., "¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?," em *Revista penal*, Nº 18, 2006.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "La doctrina de la "empresa criminal conjunta" en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia", em Muñoz Conde coord. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008.

_____, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001.

HAAN, V., "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia," em *International criminal law review* 5, 2005.

HENCKAERTS, J. M., e DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: CUP, 2005), citado por Robert Cryer *Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the icrc customary law study*, en http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC_Study_-_R._Cryer.doc.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, Comares, 1996.



JAKOBS, G., "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori" em Ambos y Meini, *La autoría mediata . El caso Fujimori*, 2010.

JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?" en *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal Parte General*, III, 2001.

MACULÁN, E., "La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acordes y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana" em GIL GIL, A. e MACULAN, E., (coords.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crimes internacionales*, no prelo.

MARÍN DE ESPINOSA, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MELENDO PARDOS, M., *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Tribunal Penal Internacional*, Atelier, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

_____, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004.

_____, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" em *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001.

MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte General*, 6ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

OHLIN, J. D., "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise," en *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007).

OLÁSULO, H., *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, 2011.

_____, "Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional"; em InDret 3/2009.

OLÁSOLO, H., PÉREZ CEPEDA, A., I., "The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Staki'c Case1" en *International Criminal Law Review* 4: 2004.

OLMEDO CARDENETE, M., "Artículos 27, 28, 29"; en Cobo del Rosal, (dir) *Comentarios al Código penal*, tomo III, Ederesa, Madrid, 2000.

_____, *La inducción como forma de participación*, Madrid, Ederesa, 1999.

PÉREZ CEPEDA, A. I., *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*, RP La Ley, nº 9, 2002.

ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: Fundamento y límites*, 2003.

ROXIN, C., "Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú"; em Ambos y Meini, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

_____, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 1998.

_____, *Täterschaft und Tatherschaft*, 6. ed., 1994.

_____, *Täterschaft und Tatherschaft*, 7. ed. 2000.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ –TRELLES, J., "En los límites de la inducción" em InDret, 2/2012.

_____, *El denominado "delito de propia mano"*, 2004.

_____, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002

_____, "La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (un comentario tardío, pero actual, a la S.T.S. de 2 de julio de 1994)" em *Cuadernos de política criminal*, Nº 70, 2000.

SANCINETTI, M., *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, 1988.

SATZGER, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2005.



SCHROEDER, G., “Disposición al hecho versus fungibilidad” em Ambos y Meini, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010.

SIEBER, U., e CORNILS, K., (eds), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Teilband. 4*, 2010.

STRATENWERTH, G., *Derecho penal Parte general*, t. I, 2005.

VIVES ANTÓN, T., *Comentarios al Código penal de 1995, tomo I*, 1996.

VOGEL, J., “Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung”, en 114 ZStW, 2002.

WELZEL, H. H. *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed. Berlin, 1969.

WERLE, G., *Völkerstrafrecht*, 2003.

_____, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2^a ed.

WERLE, G., BURGHARDT, B., *Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?*, em *Revista penal*, n. 28, julio, 2011.

PRINCIPAIS FIGURAS DA IMPUTAÇÃO A TÍTULO DE AUTOR EM DIREITO PENAL INTERNACIONAL: EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA, COAUTORIA PELO DOMÍNIO FUNCIONAL E COAUTORIA MEDIATA

ALICIA GIL GIL

Profesora Titular de Direito Penal pela *Universidad Nacional de Educación a Distancia* (Madrid), Habilitada para o Corpo de Catedráticos, Membro do Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Direito Penal Internacional, Subdiretora do *Instituto Universitario Gutiérrez Mellado de Estudios sobre Paz, Seguridad y Defensa*. É coautora do *Curso de Derecho Penal Parte general* (2011). Autora de numerosas monografías sobre teoría jurídica del delito y sobre direito penal internacional - *La Justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica* (2009), *El delito imprudente* (2007), *Bases para la persecución nacional de crímenes internacionales en España*, (2006), *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, (2002), *Derecho penal internacional* (1999) - e mais de meia centena de artigos em livros e revistas espanholas e estrangeiras.



TRIBUNAL RUSSELL II
SUIVRE LA REPRESSION
EN AMERICA LATINA

SULLA



TRIBUNALE RUSSELL II
REPRESSIONE IN AMERICA LATINA
ROMA 10-17 GENNAIO 1976

- 1 ITALIANO
- 2 FRANCAIS
- 3 ENGLISH
- 4 ESPANOL
- 5 SPERANTO

TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



O IMPACTO DA REGRA SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DOS ESTADOS SE JUSTIFICA?

Fabíola Girão Monteconrado

Professora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso (Chile)

1. INTRODUÇÃO

O problema da imprescritibilidade dos denominados crimes internacionais¹ não está resolvido, apesar de sua consagração em tratados internacionais sobre direitos humanos e de Direito Penal Internacional, particularmente, no Estatuto de Roma. Conforme demonstraremos, existe uma importante controvérsia doutrinária a respeito do tema.

Entendemos que é necessário explicar a evolução do instituto da prescrição para comprovar que ela é resultado do processo de racionalização do direito penal e da humanização das penas, e que funciona, como se verá, como verdadeiro limite ao *ius puniendi* do Estado. Neste sentido, a regra absoluta sobre a imprescritibilidade no Direito penal internacional acaba gerando problemas não menores, na medida em que causa um impacto bastante negativo nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Isto porque cria, em alguns casos, um subsistema penal de funcionamento distinto para os crimes de caráter internacional. E, ainda, avança e acaba contaminando os chamados “crimes comuns”.

Concluiremos que a prescrição é um instituto que encontra fundamento em razões de segurança jurídica e empresta racionalidade ao sistema penal. E, se bem apresenta inconvenientes ao

¹ Usaremos o termo “crimes internacionais” para referir-nos àqueles delitos atualmente previstos no artigo 5º do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

castigo dos delitos internacionais, estes podem ser superados e provavelmente são menos danosos que aqueles gerados pela regra da imprescritibilidade.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS DELITOS INTERNACIONAIS

Ao analisarmos a evolução histórica da prescrição, verificamos que este instituto já era conhecido na Grécia. Demóstenes e Lisíadas narraram que, com exceção de alguns delitos imprescritíveis, a prescrição da ação penal era conhecida em razão da dificuldade que representava o transcurso do tempo para as provas e, principalmente, para a demonstração da inocência².

No entanto, as disposições mais antigas sobre a prescrição se encontram na *Lex Julia de adulteriis* (18 a. C., no período de Augusto), em que era fixado o prazo de cinco anos para a prescrição dos delitos de estupro, adultério e lenocínio³. Posteriormente, na era dos grandes jurisconsultos, surgiu a prescrição da ação penal nos *crimina publica* e, vinte anos depois, tornou-se regra geral.

No entanto, tem-se duas exceções que passaram a ser admitidas: a) por um lado, a prescrição quinquenal, mais curta, para os delitos contra a honestidade e outros de escassa significação; b) por outro, a imprescritibilidade de alguns delitos graves, como o parricídio, por sua atrocidade, a suposição de parto, pela imprescritibilidade do estado das pessoas, e a apostasia (renegação da religião), em razão do Cristianismo haver chegado a ser a religião do Estado. Com Teodosio II, muitas destas ações ficaram submetidas à prescrição geral de trinta anos.

Na Idade Média, salvo no direito inglês, a prescrição foi acolhida pelo direito positivo, inspirado no direito romano. No direito germânico, a Constituição Carolina (1530-1532) silenciou sobre a prescrição, que não foi aceita por aquele ordenamento jurídico. Apesar disto, Pessina argumenta que nas origens primitivas do direito germânico se admitia a prescrição da ação penal aos oitenta anos, "para assegurar a tranquilidade do indivíduo livrando-o do perigo de juízos incertos".

2 VERA BARROS, Oscar N., *La prescripción penal en el Código Penal – leyes especiales – tratados internacionales*, 2 ed., Lerner Editora, Buenos Aires, 1997, p. 40.

3 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Prescripción del delito y de la pena, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XX, 1993, p. 269 e ss.

Somente nos séculos XVI e XVII a prescrição foi inserida nos estados alemães. Neste sentido, Vera Barros destaca o surgimento da exigência da não comissão de outros delitos como pressuposto da prescrição, o que, segundo ele, responde ao fundamento na presunção de emenda do delinquent. Esta mesma exigência de correção ou emenda do autor aparece, posteriormente, no código prussiano de 1794; no código austríaco de 1852; no Código da Baviera de 1813 e nos códigos italiano e argentino vigentes⁴.

Na Espanha, no *Fuero Juzgo*, estava contemplada a prescrição no prazo de trinta anos, e nas *Partidas* se encontravam disposições isoladas sobre a prescrição das sanções penais.

Segundo Morillas Cueva, não houve aceitação da prescrição da pena até o aparecimento do Código penal francês de 1791, apesar de que se admite o seu estabelecimento na França já em 1642, pelo Decreto do Parlamento de Paris de 29 de abril daquele ano⁵. Vera Barros, por outro lado, sugere que a aplicação da prescrição da pena já era realidade e que o código de 1791 “converteu em lei a jurisprudência já existente elaborada, provavelmente, sobre a base do antecedente estabelecido pelo Decreto do Parlamento de Paris, de 29 de abril de 1642, que admitia a prescrição da pena com um prazo de 30 anos”⁶.

O certo é que a partir do *Code des délits et des peines*, a prescrição da ação penal e da pena passaram ao *Code d’instruction criminelle* de 1808, que teve importância capital nas legislações posteriores, vez que muitas delas se estruturaram tomando-o como modelo. O resultado incorporado aos códigos penais em geral foi: a) a prescrição se funda no transcurso do tempo; b) todos os delitos são prescritíveis; c) a incorporação da prescrição da execução da pena⁷.

Assim, ao final do Século XVIII e princípio do XIX, por meio da influência da legislação francesa de 1791 e do posterior Código de Instrução Criminal de 1808, a prescrição do delito e da pena foi introduzida paulatinamente na grande maioria dos códigos modernos.

Conforme destaca Vera Barros, enquanto a imprescritibilidade era generalizada na primeira época, passou a ser excepcional a partir da codificação do século XIX, perdurando somente em alguns códigos contemporâneos, como o italiano de 1930, os códigos penais das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1926, e da Dinamarca, de 1930. Como exemplo de crime imprescritível, está o delito contrarrevolucionário, cuja prescrição “fica entregue ao arbítrio do tribunal. Se este a

4 VERA BARROS, cit. (n. 2), p. 44.

5 MORILLAS CUEVA, cit. (n. 3), p. 270.

6 VERA BARROS, cit. (n. 2), p. 40.

7 *Idem*, p. 45.

nega, procede-se, em lugar do fuzilamento, à declaração de inimigo dos trabalhadores e à perda da nacionalidade, como também relegado permanente do território soviético o à privação da liberdade por tempo não inferior a dois anos”.

No código da Dinamarca, “os fatos puníveis cometidos no desempenho de um cargo ou função pública, ou em caso de subministro de dados inexatos sobre as relações de sociedades por ações e outras de caráter patrimonial” também são considerados imprescritíveis⁸.

De fato, Morillas Cueva adverte que alguns textos punitivos mantiveram a imprescritibilidade de forma expressa ou tácita. Assim, o Código da República Democrática Alemã excluiu do rol de crimes prescritíveis os crimes contra a paz, contra a humanidade e contra os direitos do homem, bem como os crimes de guerra, em seu artigo 84; o de Cuba não a aplica aos crimes para os quais está prevista a pena de morte (art. 64, n. 5); o da República Federal Alemã determina que são imprescritíveis os delitos de genocídio, em seu art. 78.2, e o Código italiano considera imprescritíveis os crimes cuja pena privativa de liberdade seja superior a 24 anos. Neste sentido, cabe destacar que Bettiol não admitia a prescrição para os crimes cuja pena fosse a de morte, ou de prisão perpétua, sob o argumento de que a gravidade de tais crimes não apaga sua lembrança entre os homens⁹.

No âmbito dos crimes internacionais, a ideia da imprescritibilidade não coincide com a criação do Tribunal Penal Militar para Nuremberg que julgou os crimes praticados pelo estado alemão durante a Segunda Guerra Mundial, surgindo expressamente com a Convenção sobre a imprescritibilidade em 1968¹⁰. Isso se deve ao fato de que, à época dos juízos de Nuremberg, a proximidade da ocorrência dos fatos tornava a discussão desnecessária.

Além disso, conforme destaca Bazán Chacón, a prescrição não era a regra de todos os estados signatários do Acordo de Londres, como Estados Unidos e Reino Unido. Finalmente, também se pode apontar como razão para a falta de declaração expressa de imprescritibilidade, naquele momento, o fato de que Nuremberg deu primazia ao direito internacional sobre o direito interno¹¹.

8 Vera Barros, cit. (n. 2), p. 41.

9 BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*. Parte generale. 12ª ed., cuidada por Luciano Pettoello Mantovani, Cedam, Padova, 1986 p. 272

10 Em sentido contrário, o Digesto de la jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional, onde consta que o “principio de la imprescriptibilidad fue enunciado por primera vez por los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la Sentencia del Tribunal, Asamblea General de las Naciones Unidas, Quincuagésima quinta reunión plenaria, RES/AG/95(I), 11 de diciembre de 1946”. Sem embargo, não há, entre eles, pelo menos de forma expressa, uma referência à imprescritibilidade dos crimes internacionais. Fundación para el Debido proceso legal, *Digesto de la jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, D.C., Fundación para el debido proceso legal, 2009. Disponível em <http://www.dplf.org>. Acesso em 10.10.2011.

11 BAZÁN CHACÓN, Iván, Los delitos de genocidio y de lesa humanidad. La cuestión de la imprescriptibilidad, *Derecho & Sociedad*, nº 21. Disponível em <http://blog.pucp.edu.pe/>. Acesso em 02.10.2011.

A esse respeito, também é importante lembrar que a sentença israelita de 12 de dezembro de 1961, no paradigmático caso Eichmann, não acolheu o pedido de prescrição dos delitos. A decisão foi fundamentada na legislação argentina, onde o ex-dirigente nazista foi capturado, tendo sido argumentado que “as regras da prescrição não deverão ser aplicadas às ofensas a esta lei”¹².

Desta feita, somente cerca de duas décadas depois de Nuremberg é que surgiu a discussão na Europa sobre a prescrição dos crimes cometidos pelo regime nazista durante a Segunda Guerra. E, neste contexto, foi criada a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, de 26 de novembro de 1968.

O preâmbulo do referido instrumento ressalta as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas que confirmam os princípios de direito internacional, reconhecidos pelo Estatuto daquele tribunal militar internacional. E, ainda, reconhecido por suas sentenças, como também se faz referência expressa ao silêncio de ditas normas sobre a prescrição¹³. Concluiu-se, então, que os crimes de guerra e contra a humanidade, cometidos em tempos de guerra ou de paz, definidos no Estatuto de Londres, as infrações graves enumeradas nos Convênios de Genebra para proteção das vítimas de 1949 – assim como a expulsão por ataque armado ou ocupação, os atos desumanos devidos à política de *apartheid* e o delito de genocídio, definido na Convenção sobre a matéria de 1948 – “são imprescritíveis, qualquer que seja a data em que se tenham sido cometidos (...)”¹⁴.

A Convenção sobre a imprescritibilidade não esteve a salvo de críticas. Enquanto se sustentava o caráter excepcional dos crimes de guerra, eximindo-os das regras do direito penal comum – entre elas, a prescrição – países como o Brasil, a Grécia, Honduras, Chipre e Suécia expressaram sua objeção à aplicação retroativa das regras da convenção por violarem o princípio de irretroatividade penal. Além de colidir com as regras internas dos Estados que estabeleciam a prescrição como princípio geral¹⁵.

De fato, foram necessárias várias resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas para sua entrada em vigor, em 1970. Ao longo deste processo, se registrou um número considerável de abstenções e votos negativos de Estados membros das Nações Unidas preocupados com a falta de clareza das definições dos delitos de guerra e contra a humanidade.

12 Sentença de 12 de dezembro de 1961 da Corte Distrital de Jerusalém no caso *A.G Israel vs Eichmann*.

13 Conforme o preâmbulo da Convenção: “Observando que em nenhuma das declarações solenes, instrumentos ou convenções para a persecução e castigo dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade foi prevista limitação no tempo?”

14 Artigo 1º da Convenção.

15 HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Normas*, volume 1, Trad. Margarita Serrano García, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007, p. 695.



A respeito da regra sobre a imprescritibilidade, se abstiveram Colômbia, Noruega, França e Turquia – porque havia colisão com suas legislações internas¹⁶ – ao mesmo tempo em que a representação da Bolívia declarou que “a imprescritibilidade é claramente abominável” e que está “em desacordo com o princípio de não retroatividade do direito penal”¹⁷.

A despeito dos inconvenientes apontados, era inevitável o reconhecimento da imprescritibilidade da ação penal e da pena para tais delitos, além da aplicação retroativa da referida Convenção¹⁸, pese a que o artigo 15 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 já havia reconhecido o princípio de irretroatividade da lei penal. Já em 25 de janeiro de 1974, foi adotada a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra que, no entanto, somente entrou em vigor em 23 de junho de 2003.

[...] a prescrição, que foi expressão do processo de racionalização do direito penal no século XIX, passa a ser considerada, depois dos acontecimentos atrozés da Segunda Guerra Mundial, um empecilho ao cumprimento das obrigações internacionais contraídas pelos estados.

No campo do sistema regional americano, em 9 de junho de 1994 foi aprovada a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, a qual contém uma disposição específica sobre a prescrição, na mesma linha do tratado geral mencionado¹⁹. Ressalta-se, no entanto, que existe limite nas previsões constitucionais sobre a prescrição. Neste caso, a convenção estabelece como limite de tempo para a persecução do delito o término do prazo prescricional do delito mais grave no âmbito doméstico do Estado.

Já na seara do Direito penal internacional, a imprescritibilidade foi consagrada como regra geral pelo artigo 29 do Estatuto de

16 As abstenções da Colômbia e da Noruega se deram durante a votação da Res. 2583 (UN. Doc. A/C. 3/SR. 1723, 3 de dezembro de 1969, UN Doc. A/C.3/SR. 1724, 3 de dezembro de 1969, parágrafos 36 y 60 y UN. Doc. A/C. 3/SR.1725, 4 de dezembro de 1969).

17 Res. 2583 (UN. Doc. A/C. 3/SR. 1725, 4 de dezembro de 1969, parágrafo 19).

18 Como destacou o Relator Especial, Sr. Doudou Tiam, da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, no que se refere à imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, esta convenção é de “caráter simplesmente declaratório (pois) as infrações a que se refere, ao constituírem crimes que por sua natureza são imprescritíveis qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos”. Quarto informe sobre o projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, documento das Nações Unidas A/CN.4/398, de 11 de março de 1986, parágrafo 172. Citado por ANDREU-GUZMÁN, Federico, Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema, en AAVV. *Retos de la judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005, p. 157.

19 Artigo 7º: A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição. No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado-Parte.

Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, para todos os crimes de sua competência²⁰. No entanto, tampouco neste contexto, a questão foi pacífica. Além do fato de que as propostas apresentadas propunham a prescrição como regra, ainda que mitigada em alguns aspectos²¹, é sabido que, durante os trabalhos preparatórios daquele tratado, foi discutida a possibilidade de estabelecer-se um período de limitação para a persecução dos crimes de guerra. Tal argumento, como se sabe, foi vencido pela cláusula de suspensão temporária da competência para os Estados que manifestem tal pretensão.

Finalmente, vale registrar, como signo da latente expansão da ideia de imprescritibilidade, a aprovação do Conjunto de princípios atualizado para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a criminalidade, pela Comissão de Direitos Humanos, em sua sessão número 61 das Nações Unidas, de 8 de fevereiro de 2005. Naquele documento, a imprescritibilidade dos crimes internacionais foi alçada à categoria de “direito da vítima” (princípios IV e XXIII), deixando de ser, em nosso sentir, um instituto jurídico penal com função limitadora do *ius puniendi* do Estado para se projetar como uma espécie de instrumento de reparação das vítimas.

Com efeito, a prescrição, que foi expressão do processo de racionalização do direito penal no século XIX, passa a ser considerada, depois dos acontecimentos atrozés da Segunda Guerra Mundial, um empecilho ao cumprimento das obrigações internacionais contraídas pelos estados. Isto porque representa um obstáculo para a investigação, persecução e sanção de graves violações aos direitos humanos, objetivos que parecem justificar, inclusive, a relativização do princípio da irretroatividade penal.

Assim, se observa que a regra da imprescritibilidade foi finalmente imposta pelos tratados internacionais e alcançou caráter absoluto com a entrada em vigor do Estatuto de Roma. No entanto, o tema tem gerado profunda controvérsia doutrinária.

Enquanto Zaffaroni defende a imprescritibilidade dos crimes internacionais em razão da falta de legitimidade do direito penal para conter o poder punitivo para esta espécie de delito²², Guzmán Dalbora, por exemplo, opina que o incremento dos instrumentos tradicionais, como a extensão dos prazos de prescrição para os casos mais graves, bem como as conhecidas causas de suspensão e interrupção, se bem utilizadas, seriam eficientes e suficientes para responder penalmente aos delitos mais graves tipificados pelo Direito penal internacional. E isto se dá

20 Art. 29: Os crimes de competência do Tribunal não prescreverão.

21 United Nations Diplomatic Conference Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome, 15-17 July 1998). A/CONF.183/13/ (Vol. III, p. 32/33).

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, em *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Editorial B de f, 2005, pp. 253 e ss.

sem a necessidade de pôr a prova os princípios jurídicos e mitigar a dignidade e o prestígio da administração de justiça²³.

E se, por um lado, Aguilar de Cavallo afirma que “(...) em geral, nosso sentido da responsabilidade humana se projetava com consequências para o futuro e por tempo limitado. Os crimes internacionais dissolveram o estatuto de limitação temporal penal e o impedimento da persecução.”²⁴.

Pastor, ao contrário, aponta a perda de racionalidade do sistema. E, mais ainda, a consagração de um verdadeiro direito penal de exceção quando “a prescrição é vista pela ordem jurídica interna como uma garantia do Direito penal não autoritário para os ‘crimes nacionais’ se converte, ao passar à ordem internacional em um estorvo que deve ser suprimido radicalmente sem que com isso se possa qualificar de autoritário ao Direito penal internacional, e com a consequência adicional, para fechar o círculo, de que a imprescritibilidade regressa do Direito internacional ao nacional porque este deve captar em suas regras as conclusões daquele, de modo que, por conseguinte, os crimes contra o Direito internacional regulado pelo Direito nacional são também imprescritíveis, agora por disposição do próprio Direito nacional que antes não os concebia como tais.”²⁵.

É este processo de entrada da regra sobre a imprescritibilidade nos ordenamentos jurídicos dos Estados, bem como o impacto que produz em algumas garantias de natureza penal e processual penal que serão tratados como temas, em seguida.

3. O IMPACTO DA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE IMPRESCRITIBILIDADE

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma espécie de termômetro do impacto produzido pela regra da imprescritibilidade dos delitos de caráter internacional em

23 GUZMÁN DALBORA, José Luis, Crímenes internacionales y prescripción, no volume *Temas actuales del Derecho penal internacional*. Contribuciones de América Latina, Alemania y España, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, p. 115.

24 AGUILLAR CAVALLLO, Gonzalo, Crímenes internacionales y la imprescritibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno, em *Revista Ius et Praxis* - año 14 - n° 2:147-207, 2008, versión On-line ISSN 0718-0012. Disponível em <http://www.scielo.cl>. Acesso em 10.02.2010, (tradução livre).

25 PASTOR, Daniel R, La imprescritibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo, em SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón, DEMETRIO CRESPO, Eduardo y otros (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010, p. 647, (tradução livre).

nosso continente. Observa-se um importante incremento dos argumentos apresentados pelo referido tribunal regional desde o caso Velásquez Rodríguez, de 1988, até, por exemplo, o caso Almonacid, de 2006.

De fato, no caso Velásquez Rodríguez²⁶, a Corte Interamericana já se pronunciou sobre o dever do Estado de organizar todo o aparato e a estrutura de poder interna. Assim, também irá cumprir o dever de prevenir, investigar e sancionar penalmente as condutas violadoras dos direitos humanos, como obrigação decorrente do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷.

No entanto, foi no caso Barrios Altos que se enfrentou, pela primeira vez, o problema da imprescritibilidade. Em sua sentença, a Corte expressa textualmente que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis das violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrária e as desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contrariarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”²⁸.

Com essa decisão, a Corte declarou sem efeito a lei de anistia vigente no Peru, proibiu a extinção da responsabilidade penal por meio da prescrição também para “outros casos de violação de direitos consagrados na Convenção Americana acontecidos no Peru”. Contudo, deixou de aclarar que outros casos ou delitos estariam abarcados por sua decisão²⁹.

Conforme destaca Pablo Parenti, a partir dessa decisão, parte da jurisprudência argentina passou a reconhecer a imprescritibilidade dos delitos praticados por agentes do Estado durante o período de ditadura naquele país, ou seja, entre 1976 e 1983. Isto se deu sob o argumento de que tais fatos haveriam sido praticados em contexto de um plano sistemático de repressão³⁰.

26 Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentença de mérito de 29 de julho de 1988.

27 No mesmo sentido são as decisões nos casos *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentença de mérito de 20 de janeiro de 1989, parágrafo 173; *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, sentença de mérito de 8 de dezembro de 1995, parágrafo 56; *El Amparo vs. Venezuela*, sentença de reparações e custas de 14 de setembro 1996, parágrafo 6 do voto do juiz Cançado Trindade; *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentença de mérito de 17 de setembro de 1997, ponto dispositivo 3, Corte IDH; *Penal Miguel Castro Castro vs Perú*, sentença demérito, reparações e custas de 25 de novembro de 2006, parágrafo 404, entre outros.

28 Caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentença de mérito de 14 de março de 2001, parágrafo 41.

29 Ídem, parágrafo 44.

30 PARENTI, Pablo F., La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 214.

No caso Trujillo Oroza, a Corte Interamericana discutiu o problema da prescrição em função da falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas na Bolívia³¹. Neste caso concreto, considerou positiva a decisão do Tribunal Constitucional de anular a decisão dos tribunais inferiores que haviam declarado a prescrição da ação penal no caso do sequestro, tortura e desaparecimento de José Carlos Trujillo Oroza.

Naquela oportunidade, a máxima corte boliviana entendeu que sendo permanente o delito de sequestro, cuja consumação não estava provada por força do desaparecimento da vítima, o prazo prescricional não poderia iniciar-se. Sem embargo, reiterando a inadmissibilidade da prescrição quando ela possa significar impedimento à investigação e punição dos responsáveis por graves violações contra os direitos humanos, instou o estado boliviano a adequar sua legislação interna, no sentido de criar o tipo penal correspondente ao desaparecimento forçado de pessoas, segundo os parâmetros do direito internacional.

Já no caso Goiburú, o problema da imprescritibilidade surge de forma indireta, no marco de um processo que versou sobre extradição. A referida decisão faz um chamado aos Estados no sentido do dever de respeitar o especial regime jurídico a que estão submetidos os crimes de especial gravidade contra os direitos humanos, quando da análise de um pedido de extradição, incluindo-se a regra de que devem ser considerados imprescritíveis³². Significa dizer que estaria vedado negar a extradição, com fundamento na prescrição do delito, se este está entre aqueles considerados como “graves violações aos direitos humanos” pelo Estado solicitante.

Finalmente, no caso Almonacid, a decisão da Corte Interamericana foi além. No capítulo sobre as reparações, o tema da prescrição foi enfrentado com um argumento mais audacioso: sua proibição foi considerada norma de *ius cogens*, já que haveria sido apenas reconhecida (e não criada!) pela Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Com esse argumento, a Corte entendeu que, apesar do Estado chileno não haver ratificado dita convenção, estaria obrigado a declarar a imprescritibilidade do crime considerado como crime contra a humanidade³³. Juntamente com a proibição de declarar a prescrição, estaria vedado ao estado chileno reconhecer a irretroatividade da lei penal ou o princípio *nom bis in idem*, em razão de que o processo foi levado a cabo pela Justiça Militar e não contou com a imparcialidade e a independência, exigidas pelo princípio do devido processo. A partir daí, como decorrência

31 Caso *Trujillo Oroza vs. Bolívia*, sentença de 27 de fevereiro de 2002, reparações e custas.

32 Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentença de mérito, reparações e custas, de 22 de setembro de 2006, parágrafo 130.

33 Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentença de mérito de 26 de setembro de 2006, parágrafos 99, 105 y 106.

lógica, a Corte concluiu pela possibilidade de reabertura das investigações e de procedimentos, nos casos de aparecimento de novas provas, ainda que já exista trânsito em julgado de uma decisão absolutória.

Além da superação, sem maior aprofundamento, das controvérsias doutrinárias sobre a natureza jurídica da regra sobre a imprescritibilidade, elevada diretamente à categoria de norma de *ius cogens*, com o evidente efeito prático de superar a falta de ratificação da convenção sobre a imprescritibilidade pelos Estados-partes, igualmente parece frágil a declaração da Corte no sentido de que os direitos das vítimas – a letra e o espírito da Convenção Americana – se sobrepõem ao princípio *nom bis in idem*³⁴.

Nesse sentido, ressalvados os casos em que o processo é nulo por haver sido levado a cabo por tribunais não imparciais, parece ser arbitrária a mitigação do princípio *nom bis in idem* quando confrontado com os direitos das vítimas. Ressalta-se, aqui, o fato de que se trata de um princípio de garantia do imputado, na relação jurídica que se estabelece entre este e o Estado.

No caso La Cantuta, a Corte Interamericana repetiu e parece haver consolidado o seu entendimento de que a regra sobre a imprescritibilidade tem validade universal por se tratar de regra de *ius cogens*: “(...) Aun cuando [el Estado] no ha[ya] ratificado dicha Convención (sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad), esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”³⁵.

As sentenças analisadas deixam ver que a regra sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais é um instrumento imprescindível à chamada “luta contra a impunidade”.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também se pronunciou favoravelmente à aplicação retroativa da imprescritibilidade no caso Kolk y Kislyiy. No entanto, mais cauto que a Corte Interamericana, enfatizou a ratificação prévia da Convenção de 1968. A decisão versou sobre o caso de duas pessoas condenadas por crimes contra a humanidade por um tribunal da Estônia, com fundamento no parágrafo primeiro do artigo 61-1, do Código penal daquele país.

34 Idem, parágrafo 154.

35 Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentença de mérito, reparações e custas de 29 de novembro de 2006, parágrafo 225.

O delito consistiu na deportação de população civil desde a ocupada República da Estônia até longínquas zonas da União Soviética.

O Tribunal Europeu rechaçou a alegação de que os fatos foram praticados durante a vigência do Código criminal de 1945, que não contemplava a punição dos crimes contra a humanidade, os quais passaram a integrar a legislação daquele país a partir de 1994. A decisão destacou o artigo da Convenção que declara expressamente a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos e independentemente de haverem sido praticados em tempos de guerra ou de paz. “Após aceder à referida Convenção, a República da Estônia vinculou-se à aplicação dos mencionados princípios”³⁶, pronunciou-se o tribunal.

Sem embargo, em geral, conforme já sustentaram Ambos y Böhm, o Tribunal Europeu também tem ampliado suas decisões em matéria penal quando os casos se referem às graves e massivas violações aos direitos humanos³⁷. De fato, a decisão acima referida confirmou o caráter retroativo da regra da imprescritibilidade dos crimes internacionais. Contudo, com uma atitude menos invasiva que a da Corte Interamericana, na medida em que reconheceu a importância da ratificação, por parte do Estado, da convenção internacional pertinente para a aplicação da regra da imprescritibilidade.

No âmbito dos Tribunais penais internacionais, se destaca a sentença de 10 de dezembro de 1998 do Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia, no caso Furundzija, onde foi destacada a proibição da aplicação de leis de anistia, bem como a impossibilidade de aplicação de qualquer disposição sobre a prescrição e extradição, sob o argumento de tratar-se, no caso concreto, de uma exceção de delito político³⁸.

As sentenças analisadas deixam ver que a regra sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais é um instrumento imprescindível à chamada “luta contra a impunidade”. Isso porque, superada a barreira temporal para buscar a punição, o passo seguinte foi a relativização da coisa julgada e do princípio *nom bis in idem*.

A esse respeito, parece ter razão Silva Sanchez, quando afirma que “nos casos de coisa julgada fraudulenta ou aparente é possível sustentar de que se trata, em verdade, de resoluções prevaricadoras ou, em todo caso, com vícios processuais determinantes de sua nulidade. Por tanto,

36 Caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, sentença de 17 de janeiro de 2006.

37 AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido y tribunal alda?, en AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo II, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, p. 65-67.

38 Fiscal vs. Furundzija, caso nº IT-95-17/1-T, sentença de 10 de dezembro de 1998, parágrafo 155.

um novo julgamento não vulneraria o princípio *nom bis in idem*. Este argumento, ao contrário, carece de qualquer valor tratando-se de decisões corretas, quando ocorre o aparecimento de fatos novos ou provas novas. Neste caso, não cabe mais que afirmar a vulneração do princípio *nom bis in idem*, vinculado à estabilidade das sentenças e, com ela, à tutela judicial efetiva³⁹.

Deve-se, portanto, estar muito atento para que a possibilidade de novo juízo, viável graças à ausência, como dissemos, da barreira do tempo, não se dê de forma ilegítima, ou seja, contra decisões judiciais não viciadas por mecanismos antidemocráticos ou fraudulentos. Esta advertência é especialmente válida no contexto atual, em que a regra sobre a imprescritibilidade avança em direção aos delitos comuns dos ordenamentos jurídicos dos Estados. Podendo, inclusive, gerar substancial perda de racionalidade dos sistemas penais nacionais, onde as garantias da coisa julgada, os princípios *nom bis in idem* e de irretroatividade da lei penal, não poucas vezes, estão gravados em nível constitucional.

4. O IMPACTO DA REGRA SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE NOS CRIMES COMUNS

A regra sobre a imprescritibilidade traz consigo um risco adicional: atingir os crimes que não têm caráter internacional, ou seja, os denominados “crimes comuns”. Isto se deve, em nosso sentir, à má compreensão a respeito do fundamento da prescrição. Na medida em que não se alcança um argumento mais firme que o da “especial gravidade dos delitos internacionais” ou o argumento que versa sobre as “dificuldades práticas para castigá-los em um tempo considerado razoável”, deixa-se uma janela aberta à expansão da regra da imprescritibilidade ao ponto de que ela adentra os ordenamentos jurídicos dos estados e ameaça a estabilidade e a racionalidade do sistema penal, em razão da perda de segurança jurídica que a expansão desta norma implica.

Novamente, a Corte Interamericana exerce influência ao se manifestar sobre o assunto. No caso Las Palmeras, em que a demanda versava sobre a execução extrajudicial de sete pessoas por membros da Polícia Nacional e do exército colombianos, a Corte chegou a determinar a suspensão do prazo prescricional da ação penal, enquanto o caso estivesse tramitando em qualquer instância dos órgãos do sistema americano de direitos humanos.

39 SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Revista de Estudios de la Justicia* – REJ, N. 11, 2009, pp. 35-56, (tradução livre).

Pese não haver reconhecido o caso como crime contra a humanidade ou de guerra, a Corte justificou a necessidade da suspensão do prazo prescricional com o argumento de que esta seria a única forma de se evitar negar efeito à Convenção Americana no direito interno dos Estados-partes. Na medida em que a decisão afirma, expressamente, que se fosse admitido o transcurso do prazo, “se estaria atribuindo ao procedimento internacional uma consequência radicalmente contrária ao que com ele se pretende: em vez de propiciar a justiça, traria consigo a impunidade dos responsáveis pela violação”. Assim, fica claro que o argumento utilizado é mais compatível com o de um tribunal com competência para estabelecer responsabilidade individual, do que o que se esperaria de um tribunal internacional com competência para atribuir responsabilidade estatal⁴⁰.

Outro caso paradigmático, e que levou a própria Corte Interamericana a recuar posteriormente em seu posicionamento, foi o caso Bulacio contra Argentina. Tratava-se da falta de investigação diligente ante à morte do jovem Walter Bulacio, decorrente de maus-tratos praticados por agentes policiais.

Apesar de que o estado argentino reconheceu a sua responsabilidade pela falta de investigação satisfatória, em prazo razoável, e com a provisão dos recursos efetivos, conforme artigos 8 e 25 da Convenção Americana, havia interposto um recurso junto à Corte Suprema daquele país contra a declaração de prescrição da ação penal em favor de um dos acusados. A Corte Interamericana, por sua vez, declarou a inadmissibilidade da prescrição ou de qualquer outro obstáculo de direito interno que pudesse impedir a investigação e sanção dos responsáveis das violações contra os direitos humanos⁴¹.

Desta forma, sob o argumento de que sua interpretação estava conforme a letra e ao espírito da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assim como aos princípios gerais do Direito, dentro dos quais se encontra o do *pact sunt servanda*, a Corte Interamericana *concluiu* que a declaração da prescrição significaria a violação das obrigações de investigar e sancionar as violações de direitos humanos. Obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2, com reflexos no direito à proteção judicial, prevista no artigo 25 daquele diploma internacional.

Em reação, a Corte Suprema argentina expressou sua insatisfação, sem embargo acatou a decisão de caráter internacional, revogando a sentença declaratória da prescrição em favor do principal acusado do caso. Entre os diversos pontos assinalados, ressaltou que a decisão da Corte Interamericana significava uma limitação ao âmbito de decisão dos tribunais argentinos,

40 Caso *Las Palmeras vs. Colombia*, sentença de reparações e custas, de 26 de novembro de 2002, parágrafo 69.

41 Caso *Bulacio vs. Argentina*, sentença de mérito, reparações e custas, de 18 de setembro de 2003, parágrafo 106.

em um caso em que, em princípio, as regras internacionais sobre a imprescritibilidade não seriam aplicáveis; também se manifestou contrária à restrição ao direito de defesa, inviolável à luz do art. 18 da Constituição daquele país, ao fazer recair sobre o imputado as consequências da falta de diligência judicial ou de sua defesa técnica; também se manifestou contrariamente à subordinação dos direitos do imputado à ampla defesa e ao prazo razoável de duração do processo aos direitos da vítima; por último, ressaltou a impossibilidade de manifestação do imputado no processo junto à Corte Interamericana, cuja decisão se produziu a partir de um procedimento formal, desvinculado do princípio de averiguação da verdade real, vigente em matéria processual penal. Desta forma, conforme concluiu o alegado, o estado argentino cumpriu uma decisão do órgão de proteção dos direitos humanos violando os direitos do acusado à ampla defesa e à resposta em prazo razoável⁴².

Já em uma decisão posterior, que versou sobre a falta de investigação diligente da morte de Laura Albán, supostamente decorrente de erro médico num hospital privado da cidade de Quito, a Corte Interamericana felizmente mudou o seu posicionamento, ante o reconhecimento do estado equatoriano de sua responsabilidade pela falta de investigação oportuna do paradeiro de um dos acusados e de diligência na realização dos trâmites necessários para sua extradição.

Neste caso, a decisão sobre a declaração da prescrição também estava pendente de recurso e a Corte Interamericana considerou que não correspondia excluir a prescrição porque o caso não satisfazia os requisitos para a imprescritibilidade, reconhecidos nos instrumentos internacionais. Desta vez, reconheceu a inadmissibilidade e inaplicabilidade da prescrição somente para os casos de “violações muito graves aos direitos humanos;” em conformidade com o Direito Internacional⁴³.

Mais recentemente, na sentença do caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolívia, foi reiterado o mesmo critério. Isto aconteceu ao estabelecer-se que a inadmissibilidade da prescrição se dá naqueles casos cuja “gravidade faz necessária sua repressão para evitar que voltem a ser cometidas”⁴⁴.

Em recente resolução, de 19 de junho de 2012⁴⁵, a Corte Interamericana aceitou a alegação de prescrição em um caso de interceptação telefônica, dando por concluída a supervisão de

42 Conforme os votos dos juízes Petracchi y Zaffaroni, em sentença de 13 de dezembro de 2004 da Corte Suprema de Justicia de la Nación, no caso *Espósito, Miguel Ángel*.

43 Caso *Albán Conejo vs. Ecuador*, sentença de mérito, reparações e custas de 22 de novembro de 2007, parágrafo 111.

44 Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*, sentença de mérito, reparações e custas, de 1 de setembro de 2010.

45 Caso *Escher y outros vs. Brasil*, Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de junho de 2012.



66ª CARAVANA DA ANISTIA, PÚBLICO NA SESSÃO DE JULGAMENTO, MEMORIAL DA RESISTÊNCIA, SÃO PAULO/SP, 8 DE DEZEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

cumprimento da sentença por parte do estado brasileiro, no que se refere à obrigação de investigar os fatos. Na mesma resolução, a Corte afirmou que a “improcedência da prescrição tem sido declarada em função das peculiaridades de casos que envolvem graves violações aos direitos humanos, tais como o desaparecimento forçado de pessoas, a execução extrajudicial e a tortura. Além disso, em alguns destes casos as violações de direitos humanos ocorreram em contextos de violações massivas e sistemáticas”.

Verifica-se um esforço incipiente por parte da Corte Interamericana – ainda carregado de imprecisões, como a delimitação do conceito de “graves violações aos direitos humanos”; por exemplo – para estabelecer limites à aplicação da regra sobre a imprescritibilidade – provavelmente em razão dos problemas gerados aos sistemas penais dos Estados-partes.

Lamentavelmente, as decisões internacionais não são a única fonte de inclusão da regra sobre a imprescritibilidade nos sistemas penais nacionais. O mau manejo político do assunto, materializado em reformas penais e projetos de lei e, inclusive, de reivindicações de movimentos



sociais⁴⁶, também passaram a contribuir para a expansão da regra sobre a imprescritibilidade para delitos que não têm, rigorosamente, nada em comum com os delitos de caráter internacional.

No Peru, por exemplo, conforme relata Palacios Dongo, nos últimos dez anos, foram apresentados cerca de quarenta projetos de lei versando sobre a introdução da regra de imprescritibilidade da ação penal para os delitos de corrupção cometidos por funcionários públicos contra o patrimônio do Estado. Sendo que, para a qual, será necessário modificar o artigo 41 da atual Constituição peruana, que já duplica os prazos de prescrição para tais delitos⁴⁷.

Na Bolívia, no ano de 2010, também se discutiu o Projeto de Lei da Luta Contra a Corrupção, cujo artigo 29 estabelecia que, “em conformidade com o artigo 112 da Constituição política do Estado, os delitos cometidos por servidores públicos, que atentem contra o patrimônio do Estado e causem grave dano econômico, são imprescritíveis e não admitem regime de imunidade”⁴⁸.

No Chile, após um caso de abuso sexual praticado contra menores de idade por um sacerdote da Igreja Católica, ganhou força, e se encontra em plena tramitação, o projeto de lei que propõe a imprescritibilidade para os delitos sexuais contra menores de idade. O Departamento de Imprensa do Senado chileno informou que, posteriormente à declaração da prescrição dos fatos imputados ao mencionado sacerdote, o Senador Patricio Walker solicitou, ao então Ministro de Justiça, Felipe Bulnes, que imprimisse urgência ao projeto de lei que estabelece a imprescritibilidade dos delitos sexuais contra menores de idade, argumentando que “a prescrição, comum nestes delitos, significa a falta de justiça”.

A informação contém, também, declaração do Ministro, no sentido de que “a moção está completamente na linha que interessa ao Governo”⁴⁹. O referido senador, um dos autores

46 Lamentável constatar que os movimentos sociais, historicamente abolicionistas, tenham sido ludibriados pelo discurso do punitivismo máximo e acabem contribuindo para a irracionalidade de que padecem os sistemas punitivos, cada vez mais arbitrários e contraditórios com o sistema democrático que defendem.

47 No ano de 2003, foi realizada uma campanha de reforma constitucional. Também foram realizadas campanhas massivas para recolhimento de assinaturas, por parte de cidadãos e organizações sociais, e em novembro de 2008 a imprescritibilidade daqueles crimes foi contemplada pelo Plano Nacional Anticorrupção. Em setembro de 2011, foi aprovado, na Comissão de Constituição do Congresso peruano, um projeto de lei que declara imprescritíveis os delitos de corrupção. Em 10 de novembro do mesmo ano, o Pleno do Congresso enviou o referido projeto para as comissões de Justiça e Constituição para revisão. Atualmente, o Ministério de Justiça peruano prepara um projeto de lei que estabelece a imprescritibilidade para o pagamento de reparações civis a cargo dos sentenciados por atos de corrupção. Texto de Alfredo Palacios Dongo, publicado en el diario EXPRESO, de 7 de mayo de 2010. Disponível em <http://www.planteamientosperu.com/2011/05/corrupcion-imprescriptibilidad-del.html>. Acesso em 13 de novembro de 2011 e informação da Agencia peruana de noticias Andina de 06 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-plantearan-imprescriptibilidad-pago-reparacion-civil-para-casos-corrupcion-398594.aspx>. Acesso em 07.02.2012.

48 Informação publicada por El Diario, de 23 de fevereiro de 2010. Disponível em http://eldiario.net/noticias/2010/2010_02/nt100223/2_05plt.php. Acesso em 07.02.2012.

49 Trata-se do Projeto de Lei que pretende modificar o Código penal chileno, aumentando as penas e declarando imprescritíveis os delitos sexuais cometidos contra menores de idade. Legislatura 359, Boletim 8134-07, originário da Câmara dos Deputados, com data de ingresso em 05 de janeiro de 2012, que se encontra em sua primeira tramitação constitucional. A informação foi publicada pelo Departamento de Prensa del Senado. Disponível em http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20110407/pags/20110407173900.html. Acesso em 07.02.2012.

do projeto, declarou textualmente que “assim como há crimes contra a humanidade, que são imprescritíveis, nós pensamos que o caso dos delitos sexuais contra menores, dada a gravidade do delito, do dano que se provoca à vítima, e o fato de que o abusador seguirá abusando de outros menores, deveria operar-se a imprescritibilidade.”

Conforme se observa na declaração do citado senador chileno, na medida em que a “especial gravidade do delito” seja o principal critério para justificar a adoção da regra da imprescritibilidade, o fenômeno poderá expandir-se, atingindo os delitos comuns de acordo com o contexto político, com o grau de democracia experimentado em determinado momento ou por qualquer outro critério diferente do jurídico.

5. EM BUSCA DE UM FUNDAMENTO MAIS FIRME PARA A PRESCRIÇÃO

Em nossa opinião, muitos equívocos são gerados porque normalmente a prescrição é considerada como um instituto fundado em razões puramente políticas-criminais. Ou, ainda, em argumentos de natureza penal ou extrapenal; ou até em ambos, todos insuficientes para explicar a sua importância para o funcionamento harmônico de um determinado sistema penal.

Com efeito, não existe na doutrina um consenso sobre o fundamento da prescrição. E a discussão a respeito do fundamento sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais não consegue superar o argumento de sua especial gravidade⁵⁰, por um lado. E, por outro, tem-se a justificativa de cunho prático, que nos parece ser a verdadeira, sem embargo insuficiente, das dificuldades reais que normalmente surgem para a persecução e punição destes delitos, em razão do poder que seus autores, em geral, exercem por largos períodos de tempo.

Tampouco é clara a sua natureza jurídica, na medida em que a regra sobre a imprescritibilidade ora é tratada como um princípio⁵¹, ora como um princípio geral do Direito penal internacional⁵²

50 Neste sentido, PALMA, Maria Fernanda, *Tribunal penal internacional e constituição penal*, em PALMA Maria Fernanda; PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota; VILALONGA, José Manuel (Coord.), *Casos e materiais de direito penal*, 2 ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 285.

51 *Idem*, cit. (n. 38), p. 285. No mesmo sentido, MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. em GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar, uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direito humanos*: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 135-153, 2011.

52 RODRIGUEZ VILLANSANTE Y PRIETO, José Luis, Un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales de Derecho penal, em YÁNEZ-BARNUEVO, Juan Antonio (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva*

ou ainda, de forma inusitada, como um direito da vítima⁵³. Com razão, Daniel Pastor afirma que o assunto requer um fundamento mais firme⁵⁴.

Não foi casual que o incremento do instituto da prescrição penal se tenha dado a partir do aparecimento da legislação francesa de 1791 e do Código criminal de 1808⁵⁵, coincidindo com o aparecimento de outros postulados éticos do Direito penal, em franca oposição ao poder ilimitado do Estado⁵⁶. A razão de ser da prescrição, a nosso ver, deve estar enraizada em um critério que constitui-se em um fundamento para o próprio ordenamento jurídico penal.

De fato, as denominadas causas extintivas da responsabilidade penal, entre as quais se encontraria a prescrição, não têm sua natureza jurídica estabelecida de forma unânime pela doutrina, o que gera um problema para determinar sua função dentro do sistema jurídico penal. Labatut, por exemplo, afirma que elas constituem fatos ou situações estabelecidas pela lei, que surgem posteriormente ao delito, cujo efeito é pôr fim à ação penal ou à pena⁵⁷. Ou seja, afetam apenas as consequências penais de um delito porque são posteriores à sua realização e, normalmente, incidem sobre o processo ou a condenação do réu⁵⁸.

Guzmán Dalbora, por sua vez, sustenta que a responsabilidade penal surge com a comissão do delito e não com a sentença condenatória⁵⁹, razão pela qual as verdadeiras causas extintivas da responsabilidade penal são as eximentes que excluem algum dos elementos do delito. A prescrição, por suas próprias características, não se enquadra neste contexto porque ela constitui um tipo de renúncia ao *jus puniendi*, a qual pode ser hipotética ou concreta, dependendo do momento em que incide sobre o fato delitivo, ou seja, antes ou depois da sentença condenatória⁶⁰.

iberoamericana, Madrid, Casa de América, 2001, p. 134.

53 Critica este argumento, SILVA SÁNCHEZ, cit. (n.47), p. 41. Defende o argumento, AGUILAR CAVALLLO, cit. (n. 24), Acesso em 20 de novembro de 2011.

54 PASTOR, Daniel R., cit. (n. 25), p. 642.

55 MORILLAS CUEVAS, cit. (n. 3), pp. 270-271.

56 Conforme explica Guzmán Dalbora, “también la reforma del Derecho penal en el siglo XVIII, que nació y culmina bajo el signo de la utilidad, portaba en sí un indudable y no menos importante fondo ético”. O autor refere-se ao necessário suporte em que se baseou a reforma iluminista no âmbito penal, mais além de suas razões políticas: a dignidade do homem. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Justicia penal y principio de humanidad*, em *Revista Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, número 298, abril de 2005, p. 40.

57 LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal: colección de estudios jurídicos y sociales*, 5 ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 509.

58 Ídem, p. 509.

59 No mesmo sentido, opinando que o nascimento da responsabilidade penal se dá com a comissão do fato punível, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2004, p. 746.

60 GUZMÁN DALBORA, GUZMÁN DALBORA, José Luis, De la extinción de la responsabilidad penal, em *Texto y comentario del código penal chileno*, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (Dir.), Tomo I, Libro primero – parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 434.

Este raciocínio tem origem no pensamento de Bettiol, que trata das circunstâncias de extinção do delito e das causas de extinção da pena, afirmando que ambas incidem sobre o direito subjetivo de punir do Estado, sendo que, no primeiro caso, de forma hipotética, atuando sobre a relação punitiva que surge com a perpetração do delito. E, no segundo, de forma concreta, atuando sobre a pretensão punitiva estabelecida e concretizada na pena⁶¹. Antes, se encontra em Binding uma afirmação que corrobora o mesmo posicionamento, quando ele afirma que a prescrição “é a extinção do direito de persecução penal devido ao não uso desta.”⁶².

Sendo assim, a prescrição penal é uma das formas de extinção do *ius puniendi* do Estado, em razão da passagem do tempo⁶³. Com este posicionamento, chegamos à conclusão – depois de analisar as diversas teorias que buscam explicar os possíveis fundamentos deste instituto – de que razões de segurança jurídica são as que melhor explicam sua razão de ser.

A segurança jurídica é uma exigência do respeito devido à dignidade humana. Assim, a constatação de todos os efeitos que o tempo pode gerar (esquecimento, emenda do delinquentes, sentimento de piedade por parte da sociedade, penas desnecessárias, perda de provas, dilações indevidas, inconvenientes políticos-criminais, etc.) impõe, como exigência da segurança jurídica, enquanto valor, e da humanidade, enquanto razão de ser e fim do Direito, o reconhecimento da prescrição do delito ou da pena, conforme o caso.

A prescrição reforça a segurança jurídica, na medida em que se refere à necessidade social de eliminar a incerteza, gerada pela passagem do tempo, na relação jurídico-penal que se estabelece entre delinquentes e Estado, sem que tenha havido uma resposta efetiva à conduta delitiva.

Conforme explica Ossandón Widow, a segurança jurídica é um valor intermediário. Isto porque, além de emprestar coerência ao ordenamento jurídico, também o habilita para a persecução dos seus próprios fins⁶⁴. As conhecidas concepções objetiva e subjetiva, conforme explica Oliver Calderón, estão conectadas⁶⁵. O que significa dizer que as normas e instituições do sistema

61 BETTIOL, cit. (n. 9), p. 891.

62 BINDING, Karl, *Compendio di diritto penale*, Parte generale, Trad. de Adelmo Borettini. Athenæum, Roma, 1927, p. 525, (tradução livre).

63 No mesmo sentido, Rocco também destaca o seguinte: “(...) los hechos de los que depende el surgimiento, la modificación o la extinción de la reacción de derecho penal, pueden ser así acciones jurídicas, es decir, hechos humanos jurídicos (ejemplo típico: el delito), como hechos independientes de la voluntad humana (ejemplo: el decurso del tiempo que produce el efecto jurídico extintivo del derecho de punir [prescripción])”. ROCCO, Arturo, *Cinco estudios sobre derecho penal*, Serie Maestros del Derecho Penal, Trad. Bernardo Nespral, Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2003, p. 35.

64 OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales: Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Colección de Ciencias penales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 523 y ss.

65 OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Colección de Ciencias penales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 104 y ss.

De nenhuma maneira, queremos insinuar a impunidade dos crimes internacionais e, sem adentrar o problema da imprecisão terminológica de que padecem, estamos de acordo com que, em geral, se está diante de lesões graves aos direitos humanos.

jurídico devem garantir sua regularidade estrutural e funcional e, com isso, assegurar o espaço de liberdade do cidadão, onde ele poderá confiar que estará livre da ingerência do Estado.

Mais do que o mero conhecimento prévio, portanto, é necessário que se estabeleça a confiança do cidadão no ordenamento jurídico. Isso parece ser o que a regra de imprescritibilidade não consegue garantir, já que perpetua a ameaça de intervenção estatal a qualquer tempo, com todos os inconvenientes que podem ser gerados.

Nesse contexto, Guzmán Dalbora destaca que a importância de serem cumpridas as exigências da segurança jurídica passa pelo reconhecimento de que os fatos, neste caso a passagem do tempo, exercem poder sobre os assuntos humanos. Para o autor, na medida em que a prescrição faz cessar um estado de incerteza social, preserva os interesses da própria sociedade, que tem a necessidade de harmonizar a convivência entre os seus membros.

Assim, a garantia de segurança jurídica, por meio do estabelecimento de prazos razoáveis e limitados no tempo, está intimamente ligada à preservação da paz na comunidade⁶⁶. Sobre o mesmo argumento, o autor conclui que a incerteza da imprescritibilidade é contrária à exigência de humanidade, a qual impõe o respeito à dignidade humana como limite à extensão e à intensidade do *ius puniendi*⁶⁷.

Sem embargo, é comum encontrar argumentos que defendem ideia oposta, argumentando que no caso dos crimes internacionais a segurança jurídica se dá de forma inversa. Ou seja, sem que se estabeleçam prazos para perseguir e condenar pessoas que pelos mais variados motivos, normalmente ligados ao excesso de poder, se prevalecem da passagem do tempo para se eximirem da ação da justiça.

O problema desse raciocínio é ignorar que segurança jurídica é um conceito que está sempre em conexão com o acusado e não com a vítima. Por outro lado, não parece ser certo que manter indefinidamente viva a ameaça de imposição de uma pena possa significar segurança jurídica.

66 GUZMÁN DALBORA, cit. (n.60), p. 462.

67 GUZMÁN DALBORA, cit. (n. 56), p. 40.

Diante do quadro que se apresenta, não nos parece absurdo sugerir que se avance na matéria, a fim de que, pelo menos, se possa discutir, sem o calor das emoções, novas alternativas à imprescritibilidade. A exemplo de um sistema diferenciado de prazos prescricionais para os crimes de caráter internacional, onde as tradicionais causas de suspensão e interrupção do prazo possam ser estabelecidas de forma distinta. Considerando-se, especialmente, as dificuldades de persecução e punição de ditos crimes, a fim de não promover a injustiça, nem por meio da impunidade, e, tampouco, por meio da punição a qualquer preço.

6. A TÍTULO DE REFLEXÃO FINAL...

Ao analisar o que denominamos “impacto da regra sobre a imprescritibilidade dos crimes internacionais”, nos pareceu importante uma tomada de posição a respeito do fundamento do instituto da prescrição, a fim de estabelecer a sua importância para o bom funcionamento do sistema penal. Assim, caso concluíssemos pela sua prescindibilidade, não existiriam maiores problemas em aceitar a regra absoluta de imprescritibilidade dos crimes internacionais. Sem embargo, chegamos à conclusão contrária, ao encontrar as raízes da prescrição na segurança jurídica do ordenamento jurídico, já que ela representa uma limitação ao poder punitivo do Estado.

Por outro lado, verificamos que a regra sobre a imprescritibilidade ganhou força em um contexto político internacional bastante exigente, quando surgiu o perigo de prescrição dos delitos praticados pelo regime nazista. E, de fato, nos parece que a sua verdadeira justificativa é a real dificuldade que significaria perseguir e punir os delitos de caráter internacional, naturalmente mais complexos, em um período de tempo razoável.

De nenhuma maneira, queremos insinuar a impunidade dos crimes internacionais e, sem adentrar o problema da imprecisão terminológica de que padecem, estamos de acordo com que, em geral, se está diante de lesões graves aos direitos humanos. No entanto, não nos parece que a incerteza da ameaça perpétua da persecução e da punição, além de todos os problemas gerados pela imprescritibilidade, se justifiquem pela comodidade que possa significar para o aplicador do direito ou para as vítimas, como se fosse uma espécie de passe livre para dispor da liberdade e de várias das garantias do imputado.

Mais grave, em nossa opinião, é que parece que o verdadeiro alvo da expansão da regra de imprescritibilidade serão os delitos antes considerados comuns e, portanto, submetidos às regras do sistema que operava em condições normais. Mas que, subitamente, é exposto à imprevisibilidade e desproporcionalidade da persecução penal que busca o castigo a qualquer custo, em flagrante menoscabo à dignidade do indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR CAVALLO, Gonzalo, Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno, en *Revista Ius et Praxis* - año 14 - n° 2:147-207, 2008, versión On-line ISSN 0718-0012. Disponível em <http://www.scielo.cl>.

AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido y tribunal aldaz?, em AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo II, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

ANDREU-GUZMÁN, Federico, Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema, em AAVV. *Retos de la judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005.

BAZÁN CHACON, Iván, Los delitos de genocidio y de lesa humanidad. La cuestión de la imprescriptibilidad, *Derecho & Sociedad*, N°21. Disponível em <http://blog.pucp.edu.pe/>.

BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*. Parte generale. 12ª ed., cuidada por Luciano Pettoello Mantovani, Cedam, Padova, 1986.

BINDING, Karl, *Compendio di diritto penale*, Parte generale, Trad. de Adelmo Borettini. Athenæum, Roma, 1927.

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Digesto de la jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, D.C., Fundación para el debido proceso legal, 2009. Disponível em <http://www.dplf.org>.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, De la extinción de la responsabilidad penal, em *Texto y comentario del código penal chileno*, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (Dir.), Tomo I, Libro primero – parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

GUZMÁN DALBORA, GUZMÁN DALBORA, José Luis, Justicia penal y principio de humanidad, em *Revista Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, número 298, abril de 2005.



GUZMÁN DALBORA, José Luis, Crímenes internacionales y prescripción, no volume *Temas actuales del Derecho penal internacional*. Contribuciones de América Latina, Alemania y España, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005.

HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, El derecho internacional humanitario consuetudinario, *Normas*, volume 1, Trad. Margarita Serrano García, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007.

LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal: colección de estudios jurídicos y sociales*, 5 ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1968.

MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil, em GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar, uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos*: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135-153.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Prescripción del delito y de la pena, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XX, 1993.

OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Colección de Ciencias penales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales: Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Colección de Ciencias penales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

PALMA, Maria Fernanda, Tribunal penal internacional e constituição penal, em PALMA Maria Fernanda; PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota; VILALONGA, José Manuel (Coord.), *Casos e materiais de direito penal*, 2 ed., Coimbra, Almedina, 2002.

PARENTI, Pablo F., La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, em AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

PASTOR, Daniel R, La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo, em SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, DEMETRIO CRESPO, Eduardo y otros (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010.

ROCCO, Arturo, *Cinco estudios sobre derecho penal*, Serie Maestros del Derecho Penal, Trad. Bernardo Nespral, Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2003.

RODRIGUEZ VILLANSANTE Y PRIETO, José Luis, Un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales de Derecho penal, em YÁNEZ-BARNUEVO, Juan Antonio (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Casa de América, 2001.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María, Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Revista de Estudios de la Justicia – REJ*, N. 11, 2009.

VERA BARROS, Oscar N., *La prescripción penal en el Código Penal – leyes especiales – tratados internacionales*, 2 ed., Lerner Editora, Buenos Aires, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, em *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Editorial B de f, 2005.

O IMPACTO DA REGRA SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DOS ESTADOS SE JUSTIFICA?

FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO

Professora adjunta da Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), na área de Direito Penal e Direito Penal Internacional. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutoranda em Direito na Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Membro do Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, do Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, da Fundação Konrad Adenauer.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



VIOLÊNCIA SEXUAL NOS CONFLITOS ARMADOS E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Kai Ambos

*Professor de Direito Penal – Universidade de Göttingen (Alemanha). Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen (Alemanha)**

1. DIREITO PENAL INTERNACIONAL, CRIMES INTERNACIONAIS E VIOLÊNCIA SEXUAL

Por muito tempo, o fenômeno da violência sexual, durante a guerra, teve pouca atenção.¹ A vertiginosa evolução do direito internacional humanitário e do Direito Penal Internacional, desde os julgamentos de Nuremberg, em relação à recente onda de violência sexual, sobretudo no leste da República Democrática do Congo, porém, colocou o fenômeno no centro da atenção mundial.²

Os delitos sexuais podem ser penalizados explícita e implicitamente.³ Uma penalização implícita clássica da violência sexual resulta da compreensão dos delitos sexuais como delitos contra a honra e a dignidade da vítima. De fato, nos ordenamentos jurídicos nacionais, o estupro e outras formas de violência sexual, até hoje, estão configuradas, em parte, como delitos contra a

* Agradeço a minha assistente e doutoranda *Sabine Klein* pela importante ajuda prestada durante a redação deste artigo. Tradução do alemão para o espanhol de Noelia Núñez, estudante de doutorado e bolsista DAAD, Buenos Aires/Göttingen. Tradução do espanhol para o português de Carlos Mario Vásquez Gutiérrez. Revisão por Eneas Romero de Vasconcelos.

1 Assim é que os delitos sexuais foram denominados “crimes ‘esquecidos’ no direito internacional” [“‘forgotten’ crimes in international law”]. (Chinkin, em: Cassese [edit.], *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, p. 74 [p. 76]; veja também: Askin, em: Askin/Koenig [edit.], *Women and international human rights law*, Tomo 1, 2001, p. 41 [p. 64]).

2 cfr. Ambos, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4 de novembro de 2010, p. 8.

3 Veja: Luping, *AUJG SPL* 17 (2009), 431.

honra;⁴ porém, em codificações mais modernas se abre espaço, cada vez em maior medida, para que sejam considerados (de modo mais especializado) como delitos contra a autodeterminação ou integridade sexual.⁵ As definições mais antigas no direito internacional humanitário também caracterizam a violência sexual como uma agressão contra a honra da mulher.⁶

Os delitos sexuais foram caracterizados, durante muito tempo, como “os crimes ‘esquecidos’ no direito internacional,”⁷ já que os julgamentos por crimes de guerra posteriores à Segunda Guerra Mundial apenas se referiram à violência sexual;⁸ porém, gradativamente, estes delitos vêm recebendo maior atenção.⁹ Nas negociações do Estatuto do Tribunal Penal Internacional [TPI],¹⁰ no princípio, os delitos sexuais em conflitos armados foram equiparados aos delitos contra a honra pessoal. Recentemente, em dezembro de 1997, a Comissão Preparatória competente (“Preparatory Committee”) reconheceu sua criminalização autônoma como delito

4 A criminalização do estupro e da violência sexual em nível mundial tem estado sujeita a diversas modificações, que podem ser atribuídas ao conceito vigente, respectivamente, sobre a igualdade de gênero e de direitos. O estupro, originalmente, é considerado um delito contra a propriedade ou a honra de terceiros (o proprietário da mulher, seu consorte e/ou membros da família), antes de ser reconhecido como delito contra a honra da verdadeira vítima (na maioria das vezes) feminina (Dube, *Rape Laws in India*, 2008, p. 1-2, 11-15 y 161 ss; Müting, *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, 2010, p. 8 ss; Hagay-Frey, *Sex and Gender Crimes in the New International Law. Past, Present, Future*, 2011, p. 29 ss). Deste modo, no Código Penal indiano do 6 de dezembro de 1860 (reproduzido em: Kannabiran [edit.], *Halsbury's Laws of India. 5 (2). Criminal Law-II*, 2006, p. 193) se tipifica o estupro no artigo 375, capítulo 12 como “delitos contra mulheres” [“offences against women”]. Dube (*Rape Laws in India*, 2008, p. 1) descreve o estupro no direito indiano como “violência contra a pessoa privada da mulher” [“violence of the private person of the woman”] e celebra a evolução da jurisprudência indiana desde 2003 como “o reconhecimento dos direitos das vítimas de estupro, [que] permitiu às mulheres preservar sua dignidade e honra” [“the recognition of the rights of rape victims [which] have enabled women to secure their dignity and honor”] (Dube [op.cit.], p. 135). Também no Uruguai penaliza-se o estupro sem modificações desde 1933 no art. 272 do Código Penal no Título X: “Dos delitos contra os bons costumes e a ordem da família”. Segundo um projeto de lei debatido no Uruguai, o estupro seria reprimido daí em diante como delito contra a liberdade sexual (disponível em: <http://www.presidencia.gub.uy/sci/noticias/2010/12/2010121301.htm>, consultado em 30 de março de 2011). Para a história e evolução da violência sexual em conflitos armados, veja: Heinemann (edit.), *Sexual Violence in Conflict Zones – From the Ancient World to the Era of Human Rights*, 2011, aí especialmente: Copelon, *ibidem*, p. 232-256.

5 Veja exemplos em n. 24. Em relação à mudança do reconhecimento como delito contra a honra para uma consideração mais forte do prejuízo à vítima no Direito Penal Internacional, veja: Mouthaan, *International Criminal Law Review (ICLR)* 11 (2011) 775 (783 s).

6 Veja, por exemplo, art. 27 do quarto Convênio de Genebra de 12 de agosto de 1949 em relação à proteção de pessoas civis em épocas bélicas (BGBl. <BGBl. = Boletim Oficial da Alemanha> II 1954, p. 917; BGBl. II 1956, p. 1586): “As mulheres devem ser especialmente protegidas ante qualquer agressão contra sua honra e sobretudo contra estupros, coação à prostituição e qualquer trato indecoroso”. Veja também art. 75(2)(b) do Primeiro Protocolo Adicional aos Convênios de Genebra de 12 de agosto de 1949 (8 de junho de 1977) sobre proteção de vítimas de conflitos armados internacionais (BGBl. II 1990, p. 1550, BGBl. II 1990, p. 1637). Veja, também, Boot/Hall, em: Triffterer (edit.), *Commentary on the Rome Statute*, 2º ed. 2008, art. 7, n. 42, 48, n. 246; Cottier, em: Triffterer (op. cit.), art. 8, n. 202, 209; Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 69 ss (referindo-se a uma “era de honra” [“Era of Honor”] que começou com os Convênios de Genebra). Para outras regulamentações de direito internacional a respeito, veja: Askin, em: Brown (edit.), *Research Handbook on International Criminal Law*, 2011, p. 86.

7 Veja Chinkin (*supra* n. 1), p. 76; Askin, em: Askin/Koenig (edit.), *Women and international human rights law*, vol. 1, 2001, p. 64. Em sentido semelhante: Hayes, em Darcy/Powderly (edit.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 129 (“extraordinariamente [existiu] pouco entusiasmo para perseguir este crime, em parte devido à contínua percepção de que a violência sexual simplesmente era um dos ‘troféus da guerra’” [“extraordinarily little appetite historically to prosecute the crime, in part due to the continuing perception that sexual violence was simply one of the ‘spoils of war’”]); também: Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 1 ss (“vazio histórico” [“historical vacuum”]) y p. 59 ss.

8 Uma investigação dos juízos de Nuremberg e Tóquio por Cole, em McGlynn/ Munro, *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, 2010, p. 48-50 e p. 58-59 e Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 62-66. Com respeito ao Japão, veja: Totani, em Heinemann (*supra* n. 5), p. 217-231.

9 Veja também: Buss, *ICLR* 11 (2011), 409 (409): “Atualmente reconhece-se amplamente que a persecução penal internacional de crimes de guerra (especialmente nos tribunais de Iugoslávia e Ruanda e a Corte Especial para Serra Leoa) fez um progresso histórico no reconhecimento e condena dos crimes de violência sexual contra mulheres” [“It is now widely recognized that the international criminal prosecution of war crimes – notably at the Yugoslav and Rwanda Tribunals and the Special Court for Sierra Leone – has made historic progress in recognizing and condemning sexual violence crimes against women”]. Para um resumo do tratamento da violência sexual por parte das diversas instituições do Direito Penal Internacional, veja: Cole (*supra* n. 9), p. 48 ss. Para uma crítica com relação à localização, ainda fraca da violência sexual na hierarquia de crimes de direito internacional humanitário: Ni Aolain/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (433).

10 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 17 de julho de 1998, 2187 U.N.T.S 3, entrou em vigência em 1º de julho de 2002 [Estatuto do TPI].

sexual.¹¹ Atualmente, a violência sexual é punida, explicitamente, no marco dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra (*infra* l. 1.)¹² e tais delitos são reconhecidos como parte do direito internacional consuetudinário.¹³ Assim sendo, os delitos sexuais encontram-se compreendidos, implicitamente, em outros crimes do Direito Penal Internacional, especialmente nos tipos que protegem a integridade física e o direito à reprodução (II. 2.).¹⁴

Essas penalizações existem *latu sensu* em relação a lesões contra a dignidade e torturas (II.2.a.), genocídio (II.2.b.), assim como também em relação ao delito de perseguição como crime contra a humanidade (II.2.c.). Junto com esta especialização e expansão do direito material, começou-se o debate sobre uma perseguição penal dos delitos sexuais, mais apropriada e eficiente. Neste contexto, discute-se especialmente sobre a possibilidade e necessidade de “investigações e perseguição temáticas”, isto é, investigações orientadas sobre um tema determinado (mais detalhes, no ponto III.).¹⁵

A utilização do direito penal como instrumento de controle social supõe que o comportamento punível, efetivamente, lesione *bens jurídicos* que sejam considerados pela respectiva sociedade como de suficiente relevância, como bens que devem ser protegidos penalmente.¹⁶ Enquanto os crimes de Direito Penal Internacional (também) constituem uma ameaça para interesses

11 Com referência ao art. 75(2)(b) do Primeiro Protocolo Adicional aos Convênios de Genebra de 12 de agosto de 1949 (8 de junho de 1977) sobre proteção das vítimas de conflitos armados internacionais, veja: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 203. Um ponto de vista crítico do Estatuto do TPI: Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 107 (“o Estatuto de Roma ignorou numerosas e importantes sentenças do TPIY e o TPIR” [“the Rome Statute chose to ignore many important judgments decided by the ICTY and the ICTR”]); similar: Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (786) (“[...] a lista de crimes é incompleta. Crimes como pornografia, nudez forçada, humilhação sexual, golpes e descargas eléctricas nos genitais não foram incluídos” [“[...] list of crimes is incomplete. Crimes such as pornography, forced nudity, sexual humiliation, punching or electroshocks to the genitals were not included”]).

12 Exigindo um tipo penal autônomo do Direito Penal Internacional a respeito de “crimes sexuais e de gênero” [“sex and gender crimes”]: Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 143 ss (com um projeto da redação na p. 155).

13 Cfr. O’Byrne, *ICLR* 11 (2011) 495 (508) com prova adicional; Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (784). Porém, sua aceitação como *ius cogens* vá muito longe (diferente: O’Byrne, *ibidem*, p. 508).

14 Para um paralelo com os crimes de guerra, veja: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 203 *in fine*, 204.

15 A temática foi discutida recentemente (7/8 de março de 2011) em uma conferência na Cidade do Cabo (África do Sul) sob o título: “Thematic Investigations and Prosecution of International Sex Crimes” (“Inquéritos temáticos e perseguição de crimes sexuais internacionais”); um resumo: Bergsmo, *International Sex Crimes as a Criminal Justice Theme*, Forum for International Criminal and Humanitarian Law (FICHL) Policy Brief Series N° 4, 2011, disponível em: <http://www.fichl.org/policy-brief-series/> (consultado em 14 de novembro de 2011). O livro correspondente da conferência aparecerá em abril de 2012 (FICHL Publication Series, disponível em: <http://www.fichl.org/publication-series/> consultado em 14 de novembro de 2011).

16 A doutrina do *bem jurídico* sobre a qual se assenta e seu correspondente *harm principle* [princípio de dano] referem-se a uma questão central da teoria do direito penal para limitar a antecipação da punibilidade, especialmente com respeito aos atos preparatórios. Veja, por exemplo: Puschke, em: Hefendehl (edit.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, p. 9-39, que exige uma penalização restritiva dos atos preparatórios (p. 23 s); crítico em relação à sobrecriminalização, também: Alexander/Kessler Ferzan, *Crime and Culpability - A Theory of Criminal Law*, 2009, p. 289 s, em relação com uma “conduta que não põe em perigo nenhum interesse que o direito penal poderia desejar proteger” [“conduct that does not risk harm to any interest the criminal law might wish to protect”], de modo que só existiria uma “conexão atenuada com interesses juridicamente protegidos” [“attenuated connection to legally protected interests”], portanto, existiria uma “sobre-inclusão” [“overinclusiveness”]. No sentido similar: Resolução do XVIII Congresso Internacional de Direito Penal AIDP (Istambul, 20 - 27 de setembro de 2009), que exige severas condições de legitimidade para a punição de atos preparatórios e aportes autônomos ao fato, publicado em *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 122 (2010), p. 474 s; em relação aos debates sobre a correspondente “Seção I” (Parte geral), veja: Müller, *ZStW* 122 (2010), (453 ss). Para uma crítica geral da “sobre-criminalização” [“overcriminalization”], também: Husak, *Overcriminalization - The Limits of Criminal Law*, 2008, que propõe limitações internas e externas (em p. 55 ss, 120 ss) e argumenta que os delitos para evitar o risco são aceitáveis em certas condições, no entanto, o direito penal também se usa para evitar um risco de dano (“risk of harm”) (p. 159 s).

internacionais como a paz e a segurança,¹⁷ os delitos nacionais referem-se mais concretamente a bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, a liberdade e a autodeterminação.¹⁸

De acordo com a orientação individual-coletiva dos crimes internacionais,¹⁹ os delitos sexuais de Direito Penal Internacional protegem, por um lado, bens jurídicos coletivos como a segurança e a paz internacional;²⁰ por outro, e mais concretamente, também a integridade físico-psíquica,²¹ a honra²² e a autodeterminação pessoal (sexual) da vítima.²³ Quando se trata de delitos sexuais, o bem jurídico protegido, frequentemente, se apresenta como o único critério racional para determinar o âmbito da aplicação de uma disposição penal.²⁴ Voltaremos a este problema na discussão sobre delitos sexuais autônomos.

17 Veja Preâmbulo do Estatuto do TPI, par. 3 (*supra* n. 11).

18 A questão sobre qual bem jurídico se protege, através da penalização da violência sexual, depende do conceito que se tem sobre a violência; um conceito que tem variado consideravelmente de tempos antigos até a atualidade e segue em desenvolvimento (similar provavelmente: Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 108: “El trayecto es incompleto” [“The journey is incomplete”]). Muito relevante para o moderno conceito da violência sexual e seu significado em uma perspectiva mais sociológica: Brownmiller, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, 1976, especialmente p. 23 ss (estupros em tempos de guerra).

19 Cfr. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª edição, 2011, § 5 n. 3, § 7 nm. 11.

20 Cfr. Resolução 1820 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 19 de junho de 2008 (“UN/SC/Res/1820”), par. 1; Resolução 1880 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 30 de setembro de 2009 (“UN/SC/Res/1880”), par. 1; Resolução 1960 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 16 de dezembro de 2010, par. 1, onde se determina: “A violência sexual [...] pode impedir o restabelecimento de segurança e paz internacional” [“sexual violence [...] may impede the restoration of international peace and security”]. As resoluções mais antigas referem-se à violência sexual em situações de conflito, sem estabelecer um vínculo com a segurança e paz internacional. A Resolução 1880 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 17 de abril de 1993 condena no parágrafo 6 “o estupro massivo, organizado e sistemático [...] de mulheres” [“massive, organized and systematic [...] rape of women”] durante o conflito na ex-Iugoslávia (veja de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence - The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, 2005, p. 16, que enfatiza que nesta Resolução se reconheçam pela primeira vez, expressamente, os estupros em um conflito). Veja também Resolução 1325 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, 31 de outubro de 2000, que exorta às partes do conflito a preservar os direitos das mulheres, e também neste contexto convocam-se as partes de conflitos armados a “tomar medidas para proteger as mulheres e as crianças da violência baseada no gênero” [“[to] take measures to protect women and children from gender-based violence”] (par. 10 s). Em uma medida também similar: Buss, *ICLR* 11 (2011), 409 (419 ss, em especial 421 s): “Se a violência sexual [...] implica desordem, então a persecução criminal por uma comunidade internacional é o meio para restabelecer a ordem” [“If sexual violence [...] signify the meaning of disorder, than criminal prosecution by an international community becomes the means to restore order”] (a ênfase pertence ao original). Cfr., também, a Resolução 1983 do Conselho de Segurança das Nações Unidas do 7 de junho de 2011, na qual a luta contra a violência sexual em situações de conflito se menciona como relevante para a luta contra a proliferação da epidemia de HIV (“sublinhando a importância dos esforços conjuntos para erradicar a violência sexual e de gênero resultante de situações de conflito, permitindo às mulheres reduzir o risco de exposição ao VIH e restringindo a transmissão vertical do HIV de mãe para filho em situações de conflito e de pós-conflito” [“underlining the importance of concerted efforts towards ending conflict-related sexual and gender-based violence, empowering women in an effort to reduce their risk of exposure to HIV, and curbing vertical transmission of HIV from mother to child in conflict and post-conflict situations”]).

21 Veja também Schomburg/Peterson, *American Journal of International Law (AJIL)* 101 (2007), 121 (126). Por outra parte, Ni Aolain/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (428) questionam que foi pouco investigado o alcance com que figuras penais de Direito Penal Internacional influem sobre as vivências subjetivas das vítimas femininas.

22 Veja também: Ni Aolain/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (440): “A persecução da violência sexual em tempos de guerra é crucial para restabelecer a dignidade e integridade das mulheres individuais que tenham experimentaram profundamente um crime pessoal []” [“prosecution of sexual violence during wartime is crucial to restoring the dignity and integrity of individual women who have experienced deeply personal crime [...]”].

23 Por exemplo, no Código Penal alemão os delitos sexuais estão localizados no capítulo 13 como “delitos contra a autodeterminação sexual” [“Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”] (cfr., neste sentido, sobre o debate enquanto aos bens jurídicos: Renzikowski, em: Joecks/Miebach [edit.], *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 2/2, 2005, comentário prévio a §§ 174 ss, n. 2 ss). Na Grã Bretanha protegem-se diversos interesses e se penalizam, entre outras, atividades sexuais não consentidas (proteção da autodeterminação sexual) através da *Sexual Offences Act 2003* (lei sobre delitos sexuais de 2003). Todos os delitos sexuais em prejuízo de adultos pressupõem a falta de consentimento (“não dar seu consentimento para” [“does not consent to”]); cfr. *Sexual Offences Act 2003*, Part 1: 1 Rape (1) (b), 2 Assault (1) (c), 3 Sexual Assault (1) (c), 4 Causing Sexual Activity without Consent (1) (c). Veja também Card/Gillespie/Hirst, *Sexual Offences*, 2008, par. 1.14.

24 Para uma crítica à “hierarquia do dano” [“hierarchy of harm”] do Direito Penal Internacional tomando-se como exemplo as lesões a bens jurídicos de mulheres no caso de migrações forçadas, veja: Ramji-Nogales, *ICLR* 11 (2011), 463 (464 ss), que exige uma consideração mais forte dos “danos privados” [“private harms”] no Direito Penal Internacional (*ibidem*, p. 469).

Todos os crimes de Direito Penal Internacional têm um elemento de contexto (“context element”; “chapeau”; “Gesamttat”).²⁵ A conduta típica deve se referir, ou estar conectada, com este elemento. Desta maneira, a conduta que fundamenta o tipo no genocídio está no âmbito de uma “pauta manifesta de conduta similar” contra um grupo protegido ou causar por si mesma sua destruição;²⁶ no caso de crimes contra a humanidade, a conduta tem que ser parte de um “ataque generalizado e sistemático dirigido contra uma população civil”²⁷. E, nos dos crimes de guerra, tem que ter sido cometida “no contexto de e () em relação com” um conflito armado (internacional ou não internacional).²⁸

[...] estes conflitos, em geral, não acontecem nas sociedades industriais altamente desenvolvidas do ocidente, senão nos países do sul, emergentes ou em vias de desenvolvimento [...].

Nesse sentido, um só ato de violência sexual pode ser suficiente se existe um nexo entre este fato isolado e o elemento de contexto.²⁹

A existência deste contexto denota um clima de coação e violência geral que, por sua vez, na maioria dos casos, exclui a possibilidade de uma formação livre da vontade por parte da vítima e, com isso, o seu verdadeiro consentimento.³⁰ Isto representa a grande diferença entre delitos sexuais durante conflitos armados e em tempos de paz. E, ainda, entre o direito internacional e o direito nacional, no qual o consentimento da vítima pode resultar na exclusão do tipo ou em uma

causa de justificação. Sobre isto, voltaremos a nos deter, nas considerações sobre a definição de estupro.³¹

25 Veja, por todos, Ambos (*supra* n. 20), § 7 nm. 11 s, 140, 173, 181, 182 ss, 192 s, 195, 235; também Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2ª edição, 2009, p. 32-33; Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (128).

26 A exigência de um elemento de contexto no genocídio não se desprende do Estatuto do TPI, mas só dos Elementos dos Crimes (*ICC-Elements of Crimes, ICC-ASP/1/3(part II-B)*), 9 de setembro de 2002 [“Elementos dos Crimes do TPI”]: 4º elemento do art. 6(b); 5º elemento do art. 6(c); 5º elemento do art. 6(d). De qualquer modo, é controverso se uma exigência deste tipo realmente existe e é razoável. Deste modo, na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* o contexto é considerado em todo caso como um indicador de peso para a existência de um propósito de destruição, *cf.* Ambos (*supra* n. 20), § 7 n. 140 com prova adicional.

27 Veja novamente os Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27): 3º elemento do art. 7, Introdução; 3º elemento do art. 7(1)(g)-1; 3º elemento do art. 7(1)(g)-2, 3º elemento do art. 7(1)(g)-3, 2º elemento do art. 7(1)(g)-4, 3º elemento do art. 7(1)(g)-5, 4º elemento do art. 7(1)(g)-6; veja também: Kirsch, *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 22 (2009) 525 ss.

28 Veja Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27): Introdução aos elementos do art. 8, terceiro parágrafo; e o penúltimo parágrafo dos elementos correspondentes a cada crime de guerra. Para eventuais delitos sexuais cometidos pelas forças de paz das Nações Unidas, recentemente Ndulo, *Berkeley Journal of International Law*, 27 (2009), 127 ss. Não obstante, devido à falta de elemento de contexto, normalmente, este tipo de fato não constituiria um crime do Direito Penal Internacional (outra opinião em: Ndulo, *op. cit.*, p. 156).

29 Veja também Dyani, *AUJGSP* 15 (2007) 230 (233).

30 Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007) 121 (124 ss).

31 Veja *infra* “II.1. estupro”, terceiro parágrafo.

No *aspecto subjetivo*, se aplica o art. 30³², de modo que o autor deve ter cometido o fato “com intenção e conhecimento.”³³ A respeito do elemento de contexto, se requer uma consciência especial, por exemplo, que a conduta tenha sido parte de um ataque no sentido dos crimes contra a humanidade³⁴, ou em relação com os pressupostos fáticos de um conflito armado.³⁵

Por último, precisamente na luta contra a violência sexual em conflitos armados, se manifesta a condicionalidade cultural das proibições penais.³⁶ Dado que estes conflitos, em geral, não acontecem nas sociedades industriais altamente desenvolvidas do ocidente, senão nos países do sul, emergentes ou em vias de desenvolvimento³⁷ (especialmente na África subsaariana³⁸). O Direito Penal Internacional, nestes últimos países, enfrenta conceitos que já foram amplamente superados pelos primeiros, de acordo com os quais os delitos sexuais constituem agressões à honra (e não só das vítimas femininas, senão, sobretudo, de casais masculinos).³⁹ Deste modo, se exige a “castração” daqueles homens, protetores da vítima feminina do estupro, que não pôde cumprir, suficientemente, com esta função de proteção.⁴⁰

Além disso, também tem-se a informação referente aos casos nos quais os homens abandonaram suas mulheres estupradas, depois que elas se entregaram “voluntariamente” aos autores para

32 Os artigos sem denominação especial pertencem ao Estatuto do TPI.

33 Werle (*supra* n. 26), p. 325 s, 392 ss.

34 Veja Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27): 4º elemento do art. 7, Introdução; 4º elemento do art. 7(1)(g)-1, 4º elemento do art. 7(1)(g)-2, 4º elemento do art. 7(1)(g)-3, 3º elemento do art. 7(1)(g)-4, 4º elemento do art. 7(1)(g)-5, 5º elemento do art. 7(1)(g)-6.

35 Veja Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27): como regra geral para crimes de guerra: Introdução aos elementos do art. 8, ponto c); 4º elemento do art. 8(2)(b)(xxii)-1; 4º elemento do art. 8(2)(b)(xxii)-2; 4º elemento do art. 8(2)(b)(xxii)-3; 3º elemento do art. 8(2)(b)(xxii)-4; 4º elemento do art. 8(2)(b)(xxii)-5; 5º elemento do art. 8(2)(b)(xxii)-6; 4º elemento do art. 8(2)(e)(vi)-1; 4º elemento do art. 8(2)(e)(vi)-2; 4º elemento do art. 8(2)(e)(vi)-3; 3º elemento do art. 8(2)(e)(vi)-4; 4º elemento do art. 8(2)(e)(vi)-5 e 5º elemento do art. 8(2)(e)(vi)-6.

36 A importância das representações culturais de valor está presente cada vez mais no debate jurídico penal alemão, veja, por exemplo: Vogel, *Goldammer's Archiv für Strafrecht 2010*, 1; Valerius, *Juristische Arbeitsblätter 2010*, 481. Em relação aos direitos humanos em âmbitos culturais diversos: Di Fabio, em: Nooke/Lohman/Wahlers (edit.), *Menschenrechte in unterschiedlichen Kulturräumen*, 2008, disponível em: <http://www.kas.de/wf/de/33.14437/> (consultado em 14 de novembro de 2011), p. 63 ss. Veja também *supra* n. 3.

37 Para um estudo universal da violência sexual em conflitos, veja: Francesch e outros, Alert! Report on conflicts, human rights and peacebuilding, 2009, disponível em: http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com_content&view=article&id=132%3Aalerta&catid=61%3Aalerta&Itemid=89&lang=en (consultado em 14 de novembro de 2011): “Durante o ano de 2009 a violência sexual foi usada como uma arma de guerra na maioria dos conflitos armados, especialmente na República Democrática do Congo, Somália, Sri Lanka (este), Colômbia, Birmânia, Índia (Jammu e Kashmir) e Iraque” [“During 2009 sexual violence was used as a weapon of war in the majority of armed conflicts, especially in DR Congo, Somalia, Sri Lanka (east), Colombia, Myanmar, India (Jammu and Kashmir) and Irak”] (p. 139). A respeito da violência sexual na Colômbia, veja: Oxfam, Sexual Violence in Colombia - Instrument of War, Briefing Paper, setembro de 2009, disponível em: <http://www.oxfam.org/en/policy/sexual-violence-colombia> (consultado em 14 de novembro de 2011); e Amnesty International, Colombia: “This is what we demand, justice!” Impunity for sexual violence against women in Colombia's armed conflict, AMR 23/018/2011, 2011, disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR23/018/2011/en> (consultado em 14 de novembro de 2011).

38 Mais atenuado com relação à violência sexual: Arieff, *Sexual Violence in African Contexts* (disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R40956.pdf> [consultado em 14 de novembro de 2011]), p. 3: “O tema da violência sexual em conflitos está longe de estar limitado a África subsaariana [...] e não foi uma característica que destaca todos os conflitos africanos” [“The issue of sexual violence in conflict is far from confined to Sub-Saharan Africa [...] and it has not been a salient feature of all African conflicts”].

39 Com relação ao estupro, de delito contra a propriedade e a honra em prejuízo de terceiros pessoas (o proprietário da mulher, cônjuge e/ou os parentes dela) até delito contra a honra da vítima feminina, veja: Dube (*supra* n. 5), p. 1 s, 11 ss, 161 ss; num sentido similar: Hörnle, em: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (edit.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Tomo 6, 12ª edição, 2009, comentário prévio a §§ 174 ss, n. 1, como também: Müting (*supra* n. 5), p. 8 ss.

40 Segundo a posição de um participante do Master internacional “Transcrip” da Universidade Western Cape e a Universidade Humboldt de Berlin, na qual o autor deste artigo ministrou um curso em 9 de março de 2011.

salvar seus homens.⁴¹ O conceito subjacente sobre a igualdade dos direitos de gênero influencia na punição da violência sexual. A imagem da mulher em uma sociedade arcaica, dominada por homens, conduz à desatenção das verdadeiras vítimas da violência sexual e sua vitimização secundária.⁴²

2. PUNIBILIDADE DE DIREITO INTERNACIONAL DA VIOLÊNCIA SEXUAL

2.1 DISPOSIÇÕES PENAIS EXPLÍCITAS SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL

O Estatuto do TPI contém, pela primeira vez (contrariamente aos estatutos dos Tribunais *ad hoc*⁴³), disposições penais expressas para a violência sexual como parte do crime contra a humanidade (art. 7(1)(g)) e dos crimes de guerra (art. 8(2)(b)[xxii] e art. 8(2)(e)[vi]).⁴⁴ A respeito, diferenciam-se os seguintes atos:

- Estupro;
- Escravidão sexual;
- Prostituição forçada;
- Gravidez forçada;
- Esterilização forçada;
- Qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável.

Estes atos definem-se de forma idêntica, não obstante sua caracterização como crimes contra a humanidade ou como crimes de guerra (tanto em conflitos internacionais como não

41 Segundo um participante do seminário mencionado (*supra* n. 41).

42 Cfr. para as causas da violência sexual no contexto africano, por exemplo: Arieff (*supra* n. 39), p. 2 ss, 6 ss; para o papel da mulher e o significado da violência sexual na República Democrática do Congo: Omanyondo Ohambe e outros., *Women's Bodies as a Battleground, Sexual Violence Against Women and Girls During the War in the Democratic Republic in Congo (South Kivu 1996-2003)*, Informe 2005, disponível em: http://www.international-alert.org/pdf/sexual_violence_congo_english.pdf [consultado 14 de novembro de 2011]), p. 25 ss.

43 Cfr. também: Chinkin (*supra* n. 1), p. 76 s.

44 Cfr. também: Gabriel, *Eyes on the ICC 1 (2004)*, 43 (47: "um hito na codificação de crimes de violência sexual e de gênero" ["landmark in codifying crimes of sexual and gender violence"]); similar: Zimmermann/Geiß, em: Joecks/Miebach (edit.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 6/2, 2009, comentário a § 8 do VStGB (Código Penal Internacional), n. 139; Chinkin (*supra* n. 1), p. 77. Com relação às tratativas sobre a "temática de gênero" ["Gender-Thematik"] no âmbito do Estatuto do TPI, veja: Bedont/Hall-Martinez, *Brown Journal of World Affairs (BJWA)* 1999, 65 (66 ss). A favor de um delito sexual autônomo no Direito Penal Internacional: Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 143 ss, 155.

internacionais). O próprio Estatuto do TPI define unicamente a gravidez forçada.⁴⁵ As outras definições encontram-se nos Elementos dos Crimes (art. 9 do Estatuto do TPI) que servem como uma ajuda para a interpretação.⁴⁶ Ademais, em alguns casos, a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc*, especialmente da ex-Iugoslávia (TPIY),⁴⁷ de Ruanda (TPIR)⁴⁸ e de Serra Leoa (CESL),⁴⁹ proporciona valiosas referências para a compreensão dos delitos sexuais.⁵⁰ Todos estes tipos de delitos (excetuando-se, novamente, a gravidez forçada⁵¹) são neutros em relação ao gênero, sendo aplicáveis, portanto, a vítimas masculinas e femininas.⁵²

2.1.1 ESTUPRO

O estupro não foi definido nos estatutos de Direito Penal Internacional, senão nos Elementos dos Crimes, do seguinte modo:⁵³

“1. Que o autor tenha invadido o corpo de uma pessoa mediante uma conduta que tenha ocasionado a penetração, por insignificante que seja, de qualquer parte do corpo da vítima ou do autor com um órgão sexual ou do orifício anal ou vaginal da vítima com um objeto ou outra parte do corpo.

45 Segundo o art. 7(2)(f) do Estatuto do TPI entende-se por gravidez forçada “o confinamento ilegal de uma mulher que ficou grávida pela força, com a intenção de modificar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional [...]”

46 Veja *supra* n. 27. Para a relevância dos Elementos dos Crimes do TPI veja, por exemplo: Koch, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2007, 150.

47 Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia [TPIY], veja: <http://www.icty.org/>.

48 Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR], veja: <http://www.ictr.org/>.

49 Corte Especial para Serra Leoa [CESL], veja: <http://www.sc-sl.org/>.

50 Para uma consideração detalhada da violência sexual na jurisprudência do TPIY, TPIR e a CESL, veja: UN Department of Peacekeeping Operations, *Review of the Sexual Violence Elements of the Judgments of the ICTY, ICTR and SCSL in the Light of Security Council Resolution 1820*, 2010. Veja, também, com um enfoque instrutivo sobre a prática do TPIY: Mischkowski e outros, *The Trouble with Rape Trials, Views of Witnesses, Prosecutors and Judges on Prosecuting Sexualised Violence during the War in the former Yugoslavia*, dezembro de 2009 (disponível em: http://www.medicamondiale.org/fileadmin/content/07_Infothek/Gerechtigkeit/medica_mondiale_Zeuginnens-tudie_englisch_december_2009.pdf [consultado em 14 de novembro de 2011]), especialmente veja p. 15 ss: “[...] e isto não ocorre com nenhuma pessoa em nenhuma parte do mundo” “[...] and that it does not happen to anyone anywhere in the world”]. Para uma análise da contribuição dos Tribunais *ad hoc* ao direito penal material, veja: Ayat, *ICLR* 10 (2010), 787 (807 ss); Askin (*supra* n.7), p. 94 ss; Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (782); Gil Gil, em: Ramírez Moncayo e outros (edit.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo 3, Derecho Penal, 2010, p. 11 (com relação ao Estatuto do TPI, veja p. 17 ss). Sobre os diversos delitos sexuais do Estatuto do TPI considerando a situação jurídica e jurisprudência precedente: Luping, *AUJG SPL* 17 (2009), 431 (447 ss e 452 ss).

51 Art. 7(2)(f) do Estatuto do TPI.

52 Veja também art. 7(3) do Estatuto do TPI: “No sentido deste Estatuto, o termo “gênero” refere-se a ambos os gêneros, o masculino e o feminino, no contexto social [...]” Sobre a neutralidade de gênero, veja também: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 203 *in fine*. A favor disto, fala o fato de que a violência sexual em conflitos armados não só se dirige contra mulheres, senão também contra crianças e homens, veja: UN Department of Peacekeeping Operations (*supra* n. 51), par. 53. Neste sentido, com relação às controvertidas negociações do Estatuto de Roma veja: Chinkin (*supra* n. 1), p. 77.

53 Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27) para os arts. 7(1)(g-1), 8(2)(b)(xxii)-1 y 8(2)(e)(vi)-1. Sobre a jurisprudência do TPIR e do TPIY, veja: Hayes (*supra* n. 8), p. 129 ss; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2010, art. 7, p. 171; Luping, *AUJG SPL* 17 (2009), 431 (448 ss); Werle (*supra* n. 26), p. 323 ss; Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (132-138); Ayat, *ICLR* 10 (2010), 787 (809 ss). Com relação a decisões relevantes da CESL, veja: Oosterveld, *Cornell International Law Journal (CILJ)*, 44 (2011) 49 ss.

2. Que a invasão seja pela força ou mediante a ameaça da força ou mediante coação, como a causada pelo temor à violência, a intimidação, a detenção, a opressão psicológica ou o abuso de poder, contra essa ou outra pessoa ou aproveitando um entorno de coação, ou tenha se realizado contra uma pessoa incapaz de dar seu livre consentimento*.”

O consentimento que exclui a responsabilidade, de maneira nenhuma, é um “conceito superado”; mas é reconhecido, em princípio, no Direito Penal Internacional.

O ato requer, portanto, uma ingerência física (“invasão”) em alguma parte do corpo da vítima, seja masculina ou feminina,⁵⁴ (penetração), assim como também violência e/ou coação.⁵⁵ O primeiro parágrafo se refere à ação (objetiva) do autor; o segundo, à vontade contrária da vítima. Disso, conclui-se que o tipo protege a integridade sexual e autodeterminação

da vítima.⁵⁶ Compreende qualquer penetração, quer seja em sentido clássico (ato sexual forçado, quer dizer, penetração do pênis na vagina) ou de outra maneira (introdução do órgão sexual do autor em outros orifícios corporais – penetração oral ou anal – ou introdução de outras partes do corpo do autor ou objetos na vagina ou ânus).⁵⁷

Desse modo, qualquer penetração pode constituir um estupro, enquanto que os atos sexuais sem penetração não são compreendidos.⁵⁸ A definição dos Elementos dos Crimes, originalmente, foi influenciada pela jurisprudência do TPIY e o TPIR.⁵⁹ Porém, a jurisprudência,

* *N. do T.*: a versão oficial inglesa, utilizada pelo autor, fala de “genuine consent” (“consentimento genuíno”). Neste ponto, a versão oficial espanhola, utilizada nesta tradução, emprega o termo “libre consentimiento”. Devido à possível divergência entre as versões autênticas, adiante, logo da frase segundo a versão espanhola, estará o texto segundo a versão inglesa.

54 Elementos dos Crimes do TPI, nota de rodapé 15 (*supra* n. 27): “O conceito ‘invasão’ é utilizado em sentido amplo para que seja neutro quanto ao gênero”. De acordo com isto: de Brouwer (*supra* n. 21), p. 133.

55 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 45.

56 Werle (*supra* n. 26), p. 323 ss, que reconhece uma mudança na definição que se afasta da ação objetiva e se aproxima à vontade contrária da vítima.

57 Em sentido similar: Zimmermann/Geiß (*supra* n. 45), § 8 do *VStGB* (Código Penal Internacional), n. 142; com uma interpretação mais ampla da definição: Werle (*supra* n. 26), p. 323; Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nn. 206. Um ponto de vista crítico: de Brouwer (*supra* n. 21), p. 132, que encontra confuso o texto dos Elementos dos Crimes e assinala que a definição não parece incluir a penetração da boca da vítima com um objeto, provavelmente a causa da falta de uma dimensão sexual da ação neste sentido.

58 De igual modo, de Brouwer (*supra* n. 21), p. 132.

59 Cfr. de Brouwer (*supra* n. 21), p. 130, que atribui a definição sobretudo ao TPIY (*Trial Chamber*), sentença em 10 de dezembro de 1998, IT-95-17/1-T (*Prosecutor v. Furundzija*) (*Furundzija Trial Judgment*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Furundzija*], par. 185, onde as características objetivas de um estupro foram definidas da seguinte maneira: “[i] penetração sexual, ainda que for leve: (a) da vagina ou do ânus da vítima com o pênis do autor ou qualquer outro objeto usado pelo autor; ou (b) da boca da vítima com o pênis do autor; (ii) mediante coerção, força ou ameaça de força contra a vítima ou uma terceira pessoa”; [“(i) the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.”]. Em sentido similar: Oosterveld, *CILJ*, 44 (2011) 49 (55) (distingue quatro enfoques da definição de estupro).

em parte, foi além daquela definição⁶⁰, afastando-se dela em decisões posteriores.⁶¹ Ainda está pendente uma decisão do TPI.

Dado que no caso de estupro trata-se de uma proteção da autodeterminação (sexual), um consentimento (genuíno)⁶² exclui, fundamentalmente, a tipicidade. Segundo a opinião dominante da jurisprudência, porém, isto não vale no contexto de conflitos armados porque o clima de coação e violência que ali impera impossibilita *a limine* um consentimento “verdadeiro.”⁶³

Isso também supõe o segundo parágrafo dos Elementos dos Crimes, citado anteriormente, quando ali se menciona um “ambiente de coação.”⁶⁴ O consentimento que exclui a responsabilidade, de

60 Outra definição foi empregada no TPIR (*Trial Chamber I*), sentença em 2 de setembro de 1998, ICTR-96-4-T (*Prosecutor v. Akayesu*) (*Akayesu Trial Judgment*) [em diante: sentença de primeira instância no caso *Akayesu*], par. 598, 688 (de acordo com ela, o estupro é uma “invasão física de natureza sexual, cometida sobre uma pessoa sob circunstâncias coercitivas” [“physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances who are coercive”]). Parece compreender também, por exemplo, a masturbação forçada e a mutilação sexual, cfr. de Brouwer (*supra* n. 21), p. 133. Decisões posteriores remeteram em parte a esta definição, por exemplo: TPIY (*Trial Chamber*), sentença em 2 de novembro de 2001, IT-98-30/1-T (*Prosecutor v. Kvočka et al.*) (*Kvočka et al. Trial Chamber*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Kvočka*], par. 175; confirmada também por TPIR (*Trial Chamber III*), sentença em 28 de abril de 2005, ICTR-95-1B-T (*Prosecutor v. Muhimana*) (*Muhimana Trial Chamber*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Muhimana*], par. 551. Para a evolução: de Brouwer (*supra* n. 21), p. 105-129 (em relação às definições dos Tribunais *ad hoc*) e p. 131-137 (com relação à definição dos Elementos dos Crimes do TPI). Com relação à jurisprudência correspondente do TPIR, veja também: Askin, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* 3 (2005), 1007; um ponto de vista crítico da jurisprudência do TPIR: Buss, em McGlynn/Munro (*supra* n. 9), p. 61 ss (crítica que a jurisprudência posterior a *Akayesu* (*supra* n. 61) não adotou aquele enfoque). Para Munro, em McGlynn/Munro (*supra* n. 9), p. 17 o enfoque de *Akayesu* é mais “conceitual” [“conceptual”] do que “enumerativo” [“cataloguing”].

61 Cfr. de Brouwer (*supra* n. 21), p. 130, 133.

62 “Consent” aqui se traduz como “consentimento” [*Zustimmung*], porque a distinção habitual na Alemanha entre “acordo” [*Einverständnis*] e “consentimento” [*Einwilligung*] não é concebido no Direito Penal Internacional. Segundo a opinião dominante, o “consent” exclui a tipicidade, quer dizer, como o acordo [*Einverständnis*] segundo o direito penal alemão. [*N. do T.*: os termos “Zustimmung” e “N. do T.”: a versão oficial inglesa, utilizada pelo autor, fala de “genuine consent” (“consentimento genuíno”). Neste ponto, a versão oficial espanhola, utilizada nesta tradução, emprega o termo “libre consentimiento.” Devido à possível divergência entre as versões autênticas, adiante, logo da frase segundo a versão espanhola, estará o texto segundo a versão inglesa. zEinwilligung” serão traduzidos como “consentimento”, porém, para diferencia-los, cada vez que o autor se referir ao segundo, por-se-á entre aspas a palavra alemã].

63 Veja a sentença de primeira instância originária do TPIR no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 598, 688 (“cometida sobre uma pessoa sob circunstâncias coercitivas” [“committed on a person under circumstances who are coercive”]). Neste sentido, TPIY (*Appeals Chamber*), sentença em 12 de junho de 2001, IT-96-23, IT-96-23/1-A (*Prosecutor v. Kunarac et al.*) (*Kunarac et al. Appeals Judgment*) [adiante: sentença de apelação no caso *Kunarac et al.*], par. 130: “[...] os crimes contra a humanidade serão quase universalmente coercitivos. [...] um consentimento verdadeiro não será possível” [“[...] crimes against humanity will be almost universally coercive. [...] true consent will not be possible”]; TPIR, sentença de primeira instância no caso *Muhimana* (*supra* n. 61), par. 546 (“que altera o consentimento verdadeiro” [“vitiating true consent”]); CESL (*Trial Chamber I*), sentença em 2 de março de 2009, SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay et al.*) (*Sesay et al. Trial Judgment*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Sesay et al.*], par. 1577. Similar: Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (138, 140: “tornam impossível o consentimento genuíno da vítima” [“make genuine consent by the victim impossible”]); Aranburu, *LJIL* 23 (2010), 609 (617: “é improvável que tenham algum peso em um contexto de violência e coerção massiva” [“unlikely to carry any weight in a context of mass coercion and violence”]); Zimmermann/Geiß (*supra* n. 45), § 8 do *VStGB* (Código Penal Internacional), n. 143, que argumentam que em um conflito armado e na presença de unidades armadas, em geral, existirá uma situação de coação, que exclui um verdadeiro acordo; semelhante, também: O’Byrne, *ICLR* 11 (2011) 495 (508 ss); neste sentido, também: Amnesty International, *Rape and Sexual Violence. Human Rights Law and Standards in the International Criminal Court*, IOR 53/001/2011, março de 2011 [adiante: Informe de Anistia Internacional sobre estupro] disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IO53/001/2011/em> (consultado em 30 de abril de 2011), p. 6, 16 ss. (distinguindo entre diversas situações de violência e coação), 29 s. Crítica em relação à admissão de coação, porque *per se* seria “juridicamente impossível” [“legally impossible”] uma relação sexual consentida: Engle, *AJIL* 99 (2005), 792 (804). Para um debate geral (em parte com referência à sentença de primeira instância no caso *Akayesu* mencionada anteriormente [*supra* n. 61]) ao respeito da relação e o efeito do consentimento e a coação, veja, por exemplo: Munro (*supra* n. 61), p. 17 ss (princípio do “consentimento plus” [“consent-plus”], p. 22 ss); sobre a possível justificação de uma penetração de comum acordo, no geral: Herring/Dempsey, em McGlynn/Munro (*supra* n. 9), p. 30 ss. Sobre a relevância da sentença de primeira instância no caso *Akayesu* ao respeito, também: Cole (*supra* n. 9), p. 54 s. A respeito da exclusão do consentimento no caso de violência ou ameaça no direito nacional, cfr. também art. 120 (t) (14) do *US Uniform Code of Military Justice* (Código Uniforme de Justiça Militar dos Estados Unidos) (*United States Code*, Title 10, Subtitle A, Part II, Chapter 47, [US UCMJ]): “O termo ‘consentimento’ significa palavras ou atos manifestos que indicam um acordo dado livremente para a conduta sexual em questão por uma pessoa com capacidade. [...] A ausência de submissão ou resistência verbal ou física resultante do uso ou ameaça de força pelo acusado ou do fato de que causou temor a outra pessoa não constitui consentimento [...]” [“The term ‘consent’ means words or overt acts indicating a freely given agreement to the sexual conduct at issue by a competent person. [...] Lack of verbal or physical resistance or submission resulting from the accused’s use of force, threat of force, or placing another person in fear does not constitute consent. [...]”].

64 Sobre as negociações, veja: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 207 (p. 440). Cfr. também a Regra 70 das Regras de Procedimento e Prova do

maneira nenhuma, é um “conceito superado”;⁶⁵ mas é reconhecido, em princípio, no Direito Penal Internacional. No entanto, as circunstâncias coercitivas de um conflito armado geralmente falam a favor de sua ausência (fática). E, quanto à intensidade de coação necessária para excluir o consentimento, a Sala de Questões Preliminares II do TPI, no caso *Bemba*, adotou uma posição bastante ampla.⁶⁶

“Em relação ao termo ‘coação’, a Sala observa que não requer força física. Podem constituir coação: ameaças, intimidação, extorsão e outras formas de coerção que se baseiam no temor ou desespero, e a coação em certas circunstâncias pode ser inerente, como nos conflitos armados ou em caso de presença militar.”

Em resumo, pode-se falar de uma presunção de não existência de consentimento,⁶⁷ com o qual ele se transforma em uma “defesa afirmativa” que deve ser apresentada pela defesa e que só é admissível sob circunstâncias extraordinárias.⁶⁸ Além disso, o consentimento carece de efeito no Direito Penal Internacional, quando o portador do bem jurídico não tem capacidade para prestar seu consentimento⁶⁹ ou quando se obteve por erro ou engano.⁷⁰

TPI, ICC-ASP/1/3 (Part. II-A), 9 de setembro de 2002: “Em casos de violência sexual, a Corte se guiará pelos seguintes princípios e, quando proceda, os aplicará: (a) O consentimento não poderá inferir-se de nenhuma palavra ou conduta da vítima quando a força, a ameaça da força, a coação ou o aproveitamento de um ambiente coercitivo tenha diminuído sua capacidade para dar um consentimento voluntário e livre [“genuine consent” na versão inglesa]; (b) O consentimento não poderá inferir-se de nenhuma palavra ou conduta da vítima quando ela seja incapaz de dar um consentimento livre [“genuine consent” na versão inglesa]; (c) O consentimento não poderá inferir-se do silêncio ou da falta de resistência da vítima à suposta violência sexual; (d) A credibilidade, a honorabilidade ou a disponibilidade sexual da vítima ou de uma testemunha não poderão inferir-se da natureza sexual do comportamento anterior ou posterior da vítima ou de uma testemunha.”

Como exemplo de uma disposição nacional, segundo a qual se exclui o consentimento em caso de violência ou ameaças, veja o art. 120 (t) (14) do *US UCMJ* (*supra* n. 64): “O termo ‘consentimento’ significa palavras ou atos manifestos que indicam um acordo dado livremente para a conduta sexual em questão por uma pessoa com capacidade. [...] A ausência de submissão ou resistência verbal ou física resultante do uso ou ameaça de força pelo acusado ou do fato de que causou temor a outra pessoa não constitui consentimento [...]” [“The term ‘consent’ means words or overt acts indicating a freely given agreement to the sexual conduct at issue by a competent person. [...] Lack of verbal or physical resistance or submission resulting from the accused’s use of force, threat of force, or placing another person in fear does not constitute consent. [...]”].

65 Assim em *Boot/Hall* (*supra* n. 7), art. 7, n. 45. Similar: *Luping*, *AUJG SPL* 17 (2009), 431 (474), que não depende em absoluto o tipo de violação de um consentimento, mas só estima necessária sua menção para ilustrar as circunstâncias nas quais as vítimas já não estão em condições de dar seu consentimento.

66 TPI (*Pre-Trial Chamber II*, *Decision Pursuant to article 61(7)(a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junho de 2009, ICC 01/05-01/08 (*Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*) (*Bemba Confirmation of Charges*) [em diante: confirmação de acusações no caso *Bemba*], par. 162 (p. 57). Para uma interpretação similar, veja: TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 688.

67 Veja TPIY, sentença de apelação no caso *Kunarac et al.* (*supra* n. 64), par. 131 (“aqui é preciso pressupor a falta de consentimento” [“need to presume non-consent here”]). Veja também: *Cottier* (*supra* n. 7), art. 8, n. 207 (remetendo à Sala de Apelações no caso *Kunarac* e a Sala de Juízo no caso *Furundzija*) e nm. 208 (a respeito à escravidão sexual); *Boot/Hall* (*supra* n. 7), art. 7, n. 46 (“conceito de não consentimento” [“concept of non-consent”]); *Schomburg/Peterson*, *AJIL* 101 (2007), 121 (138).

68 Assim também TPIR (*Appeals Chamber*), sentença em 7 de julho de 2006, ICTR-2001-64-A (*Prosecutor v. Gacumbitsi*), par. 151-157 [adiante: sentença de apelação no caso *Gacumbitsi*] (comentário da sentença em: *Cole*, *ICLR* 8 (2008) 55 ss); similar: *Schomburg/Peterson*, *AJIL* 101 (2007), 121 (139).

69 Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27), veja a nota de rodapé 16 art. 7(1)(g-1): “Se entende que uma pessoa é incapaz de dar seu livre consentimento [“genuine consent” na versão inglesa] quando sofre uma incapacidade natural, induzida ou devida à idade.” Esta nota também se aplica sobre os elementos correspondentes do art. 7(1)(g-3), (5) e (6). Veja também a nota de rodapé 51 referida ao art. 8 (2)(b) (xxii)-1, (xxii)-3, (xxii)-5, (xxii)-6 e nota 63 referida ao art. 8(2)(e)(vi)-1, (vi)-3, (vi)-5, (vi)-6 que contém texto igual.

70 Em relação ao engano, veja também a nota de rodapé 20 dos Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27): “Entende-se que ‘livre consentimento’ [“genuine consent” na versão inglesa] não inclui o consentimento obtido mediante engano.”

Quando um consentimento fracassa devido a circunstâncias coercitivas, não pode argumentar-se com afinco um erro sobre a existência fática do consentimento (“mistake of fact”)⁷¹. Um suposto erro de direito (“mistake of law”) sobre o âmbito de aplicação do consentimento em um conflito armado (dito diretamente: um suposto direito (consuetudinário) a abusos sexuais em conflitos armados) em todo caso, não seria considerável, em conformidade com o art. 32(2) do Estatuto do TPI.⁷²

Na prática do TPI, foram admitidas acusações por estupro no caso *Katanga*;⁷³ ademais, em alguns mandados de prisão⁷⁴ e de citação⁷⁵ foram atribuídos crimes de estupro aos investigados. Também na situação da Líbia, há investigações baseadas na alegação do cometimento de estupro.⁷⁶

71 Um exemplo conhecido é o caso do boxeador Mike Tyson, que foi condenado em Indianápolis, em 1992, por ter estuprado Desiree Washington de 18 anos de idade, apesar de que, em sua defesa, alegou um consentimento da vítima (a respeito, Cavallaro, *Journal of Criminal Law & Criminology* 86 [1996], 815 [referindo-se a Tyson, 835 s com n. 90]). O *US UCMJ* (*supra* n. 64) contém inclusive uma disposição expressa sobre o “erro de fato sobre o consentimento” [“mistake of fact as to consent”] (art. 120 (t) (15): “O termo ‘erro de fato sobre o consentimento’ significa que o acusado teve por erro ou ignorância uma opinião incorreta de que a outra pessoa que interveio no ato sexual tinha consentido. A ignorância ou o erro tem que basear-se em informação ou falta de informação, que indica uma pessoa razoável que a outra pessoa prestou seu consentimento. Também, a ignorância ou erro não pode se basear na falta negligente de averiguar quais eram as verdadeiras circunstâncias. A negligência é a ausência da devida diligência. A devida diligência é o que uma pessoa razoavelmente cuidadosa faria nas mesmas circunstâncias ou em circunstâncias similares. Se, no momento do delito, o acusado encontrava-se em estado de embriaguez, não é relevante para o erro de fato. Acreditar, erroneamente, que a outra pessoa prestou seu consentimento deve ser aquela que uma pessoa adulta, razoavelmente cuidadosa, comum, prudente e sóbria teria nessas circunstâncias no momento do delito” [“The term ‘mistake of fact as to consent’ means the accused held, as a result of ignorance or mistake, an incorrect belief that the other person engaging in the sexual conduct consented. The ignorance or mistake must have existed in the mind of the accused and must have been reasonable under all the circumstances. To be reasonable the ignorance or mistake must have been based on information, or lack of it, which would indicate to a reasonable person that the other person consented. Additionally, the ignorance or mistake cannot be based on the negligent failure to discover the true facts. Negligence is the absence of due care. Due care is what a reasonably careful person would do under the same or similar circumstances. The accused’s state of intoxication, if any, at the time of the offense is not relevant to mistake of fact. A mistaken belief that the other person consented must be that which a reasonably careful, ordinary, prudent, sober adult would have had under the circumstances at the time of the offense”].

72 Sempre que um possível consentimento, no sentido do acordo alemão, não exclui o tipo objetivo, mas que funcione de maneira especial como uma causa excludente da responsabilidade (com mais exatidão, como uma causa de justificação no sentido do consentimento [*Einwilligung*]). Para a complicada regulamentação do erro no art. 32 do Estatuto do TPI, cfr. Ambos (*supra* n. 20), § 7, nm. 97 ss.

73 TPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Decision on the Confirmation of the Charges*, 30 de setembro de 2008, ICC-01/04-01/07 (*Prosecutor v. Katanga et al.*) [em diante: confirmação de acusações no caso *Katanga et al.*], par. 442-444.

74 Veja, por exemplo, TPI (*Pre-Trial Chamber II*), *Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 September 2005*, versão redigida publicamente, ICC-02/04-01/05-53 (Situação na Uganda) (*Kony Warrant of Arrest*) [em diante: ordem de prisão no caso *Kony*], acusações 2 e 3, p. 12-13; TPI (*Pre-Trial Chamber II*), *Warrant of Arrest for Vincent Otti* em 8 de julho de 2005, versão redigida publicamente, ICC-02/04-01/05-54 (Situação na Uganda) (*Otti Warrant of Arrest*) [adiante: ordem de prisão no caso *Otti*], acusações 3, p. 13; TPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Warrant of Arrest for Ali Kushayb* de 27 de abril de 2007, ICC-02/05-01/07-3 (Situação em Darfur, Sudão) (*Kushayb Warrant of Arrest*) [em diante: ordem de prisão no caso *Ali Kushayb*], acusações 13, 14, 42 e 43, p. 8-9 e 14-15; TPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Warrant of Arrest for Ahmad Harun* de 27 de abril de 2007, ICC-02/05-01/07-2 (Situação em Darfur, Sudão) (*Harun Warrant of Arrest*) [em diante: ordem de prisão no caso *Harun*], acusações 13, 14, 42 e 43, p. 8-9 e 13-14; TPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir* em 4 de março de 2009, ICC-02/05-01/09-1 (Situação em Darfur, Sudão) (*Bashir First Warrant of Arrest*) [adiante: ordem de prisão no caso *Al Bashir*], p. 6 (milhares de estupro) e par. vii, p. 8 (estupro como crime contra a humanidade em qualidade de autor mediato).

75 Segundo as citações do TPI no caso referido à “violência pós-eleitoral” no Quênia, os suspeitos Muthaura, Kenyatta e Ali seriam “criminalmente responsáveis coautores mediatos de conformidade com o artigo 25(3)(a) do Estatuto de Roma pelos crimes contra a humanidade de assassinato, deslocamento forçado, estupro, perseguição e outros atos desumanos” [“criminally responsible as indirect co-perpetrators in accordance with article 25(3)(a) of the Rome Statute for the crimes against humanity of murder, forcible transfer, rape, persecution and other inhumane acts”], cfr. TPI, Comunicado de imprensa, *Pre-Trial Chamber II delivers six summonses to appear in the Situation in the Republic of Kenya*, 9 de março de 2011, ICC-CPI-20110309-PR637, disponível em: http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/related%20cases/icc01090211/press%20releases/pre_trial%20chamber%20ii%20delivers%20six%20summonses%20to%20appear%20in%20the%20situation%20in%20the%20republic%20of%20kenya (consultado em 4 de dezembro de 2011).

76 Cfr. ICC Prosecutor [Promotoria do TPI], *Statement to the United Nations Security Council on the situation in the Libyan Arab Jamahiriya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 4 de maio de 2011, par. 12, disponível em: http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement%20to%20the%20united%20nations%20security%20council%20on%20the%20situation%20in%20the%20libyan%20arab%20jamahiriya_%20pur (consultado em 4 de dezembro de 2011).

2.1.2 Escravidão sexual

A escravidão sexual é uma forma especial de escravidão no sentido do art. 7(1)(c) do Estatuto do TPI.⁷⁷ Pode ser cometida por uma ou várias pessoas no marco de um objetivo criminal comum (“propósito criminal comum”).⁷⁸ A definição nos Elementos dos Crimes diz:⁷⁹

- “1. Que o autor tenha exercido um dos atributos do direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, como comprá-las, vendê-las, emprestá-las ou dá-las em escambo, ou todos eles, ou tenha imposto algum tipo similar de privação da liberdade.
2. Que o autor tenha feito com que essa ou essas pessoas realizassem um ou mais atos de natureza sexual”

As características centrais do tipo, à luz desta definição, são o exercício de um direito de propriedade (“chattel slavery”) assim como, junto com isso, uma perda de autonomia da vítima.⁸⁰ A lista dos direitos de propriedade enumerados no primeiro parágrafo da definição não é conclusiva.⁸¹ A privação da liberdade pode estar acompanhada de trabalhos forçados ou outras circunstâncias que reduzam a vítima a uma “condição servil”.⁸² A perda de autonomia da vítima na escravidão sexual se intensifica através dos atos sexuais (segundo parágrafo da definição) que não devem constituir, necessariamente, um estupro.⁸³ Em razão de a privação da liberdade ser uma característica da escravidão sexual, ela constitui-se em um delito continuado.⁸⁴

77 Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 208 (p. 442); Schabas (*supra* n. 54), art. 7, p. 172; Werle (*supra* n. 26), p. 325; também TPI, confirmação de acusações no caso *Katanga* (*supra* n. 74), par. 430; CESL (*Trial Chamber II*), sentença de 20 de julho de 2007, SCSL-04-16-T (*Prosecutor v. Brima et al.*) (*Brima et al. Trial Judgment*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Brima et al.*], par. 706.

78 Veja o rodapé 17 dos Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27): “Dado o caráter complexo deste crime, se reconhece que seus autores poderiam ser duas ou mais pessoas com um propósito delitivo comum”

79 Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27) com relação ao art. 7(1)(g-2.), art. 8(2)(b)(xxii)-2, art. 8(2)(e)(vi)-2. A mesma definição utilizou a CESL: sentença de primeira instância no caso *Sesay et al.* (*supra* n. 64), par.158; sentença de primeira instância no caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), par. 708. Dyani, *AUJGSPL 15* (2007), 230 (237 na nota 69 ali indicada) enfatiza o desenvolvimento posterior desta definição ante a Convenção sobre a escravidão do ano 1926 (60 U.N.S.T. 254); Luping, *AUJGSPL 17* (2009), 431 (477) observa paralelismos com a *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices similar to Slavery* de 1956 (Convenção suplementar sobre a abolição da escravatura, trata de escravos e as instituições e práticas análogas à escravidão, 7 de setembro de 1956, 266 U.N.T.S. 3).

80 Veja também: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 208.

81 CESL, sentença de primeira instância no caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), par. 709.

82 CESL, sentença de primeira instância no caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), par. 709. Veja também o rodapé 18 dos Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27): “Entende-se que esse tipo de privação de liberdade poderá”, em algumas circunstâncias, incluir a exação de trabalhos forçados ou a redução de outra maneira a uma pessoa a uma condição servil, segundo se define na Convenção suplementar sobre a abolição da escravatura, trata de escravos e as instituições e práticas análogas à escravidão, de 1956. Também se entende que a conduta descrita neste elemento inclui o tráfico de pessoas, em particular de mulheres e crianças”

83 Luping, *AUJGSPL 17* (2009), 431 (477).

84 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 49.

As formas da escravidão sexual podem consistir, por exemplo, na detenção de mulheres em “campos de estupro”,⁸⁵ “estações de conforto” (como as que foram estabelecidas, exemplificativamente, pelo exército japonês durante a Segunda Guerra Mundial), ou, também, em casas particulares⁸⁶. A escravidão sexual também pode compreender comportamentos pelos quais as mulheres são tratadas como coisas e através dos quais se lesiona a proibição imperativa no âmbito do direito internacional da escravidão.⁸⁷

Nesse sentido, tem-se debatido, especialmente, sobre os casamentos forçados (temporários). A Corte Especial de Serra Leoa ocupou-se, pela primeira vez, da escravidão sexual e dos casamentos forçados.⁸⁸ Deste modo, no caso “AFRC”⁸⁹ (*Brima et al.*) alguns casamentos forçados foram considerados como escravidão sexual em primeira instância,⁹⁰ enquanto que a Sala de Apelações, todavia, os caracterizou como crimes contra a humanidade autônomos na forma de “outros atos desumanos” (art. 2(i) Estatuto da CESL)⁹¹ e determinou:

“Se bem o casamento forçado compartilhe certos elementos com a escravidão sexual, tais como o sexo não consentido e a privação da liberdade, existem, outrossim, fatores distintivos. Em primeiro lugar, o casamento forçado implica um autor que obriga uma pessoa, mediante força ou ameaça de força, através de palavras ou da conduta do autor ou daqueles relacionados com ele, a ingressar em uma associação conjugal forçada com outra pessoa, do qual resulta um grande sofrimento ou graves lesões físicas ou psíquicas para a vítima. Em segundo lugar, à diferença da escravidão sexual o casamento forçado implica uma relação de exclusividade entre o “marido” e a “esposa”, que poderia conduzir a consequências disciplinares [sic!] em caso de ruptura deste convênio exclusivo. Estas diferenças revelam que o casamento forçado não é predominantemente um delito sexual.”⁹²

85 A respeito, TPIY (*Prosecutor*), acusação em 26 de junho de 1996, IT-96-23-1 (*Prosecutor v. Gagovic [Foca]*), par. 1.5, 4.8.

86 A respeito, TPIY (*Trial Chamber*), sentença de 22 de fevereiro de 2001, IT-96-23-T (*Prosecutor v. Kunarac et al.*) [sentença de primeira instância no caso *Kunarac*], par. 744. Devido que o Estatuto do TPIY não contém uma disposição especial para a escravidão sexual, a condenação se baseia nos crimes contra a humanidade de estupro e escravidão (art. 5(c) e (g) do Estatuto do TPIY).

87 TPI, confirmação de acusações no caso *Katanga* (*supra* n. 74), par. 431.

88 Para isso: Oosterveld, *CILJ*, 44 (2011) 49 (61 ss); Wharton, *ICLR* 11 (2011) 217 ss (especialmente p. 230 ss, com relação a possibilidade de que os crimes subsidiários devam valer como crimes “novos” no sentido do princípio de legalidade).

89 *Armed Forces Revolutionary Council* [Conselho das Forças Armadas Revolucionárias].

90 CESL, sentença de primeira instância no caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), par. 703-713; cfr. também: Wharton, *ICLR* 11 (2011) 217 (227 ss).

91 CESL (*Appeals Chamber*), sentença em 22 de fevereiro de 2008, SCSL-04-16-A (*Prosecutor v. Brima et al.*) (*Brima et al. Appeals Judgment*) [em diante: sentença de apelação no caso *Brima et al.*], par. 181-203 (195, 202); afirmando: Jain, *JICJ* 6 (2008), 1013 (1013, 1022: “Faz muito tempo”); Doherty, *AUJG SPL* 17 (2009), 327 (331 ss). Cfr. também: Cole (*supra* n. 9), p. 5; Wharton, *ICLR* 11 (2011) 217 (228 ss); Scharf/Mattler, *Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity, Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper 05-35*, outubro de 2005, p. 6, disponível em: http://papers.ssfnc.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=824291. Um ponto de vista crítico: Goodfellow, *ICLR* 11 (2011) 831 ss (“A decisão da Sala infringe o princípio de legalidade, em especial, a irretroatividade, a proibição de analogia e a exigência de taxatividade”).

92 CESL, sentença de apelação no caso *Brima et al.* (*supra* n. 92), par.195.

Assim, a Sala de Primeira Instância da CESL no caso “RUF”⁹³ (*Sesay et al.*) afirmou que os membros do RUF tinham mulheres, as chamadas “bush wife” (que eram obrigadas mediante força e coação a contrair matrimônio), com a finalidade de escravizar estratégica e intencionalmente e manipular psicologicamente mulheres e crianças civis.⁹⁴ Os acusados foram condenados cumulativamente por escravidão sexual e casamentos forçados (“outros atos desumanos” como crime contra a humanidade).⁹⁵

Pelo contrário, para a Sala de Questões Preliminares I do TPI a escravidão sexual compreende também situações de casamentos forçados, escravidão doméstica ou formas de trabalho forçado, que estão acompanhadas de atividades sexuais, incluído o estupro.⁹⁶

Em relação ao aspecto subjetivo do fato, a Corte de Serra Leoa exige que o autor tenha participado voluntariamente nos atos de escravidão sexual ou tenha “conhecimento razoável” deles.⁹⁷

No caso *Katanga* do TPI,⁹⁸ as acusações por escravidão sexual foram confirmadas sem maiores considerações materiais e são objeto de dois mandados de prisão contra membros do Exército de Resistência do Senhor de Uganda (*Lord’s Resistance Army*, “LRA”)⁹⁹. No caso *Lubanga*, foram admitidas, recentemente, no marco de uma “requalificação jurídica” com base na Regra 55 do Regramento do Tribunal,¹⁰⁰ as circunstâncias fundamentadoras da escravidão sexual,¹⁰¹ o que, no entanto, foi rejeitado pela Sala de Apelações.¹⁰²

93 *Revolutionary United Front* [Frente Revolucionário Unido].

94 CESL, sentença de primeira instância no caso *Sesay et al.* (*supra* n. 64), par. 1465-1473; ao respeito: Oosterveld, *CILJ*, 44 (2011) 49 (52 ss, especialmente 66).

95 CESL, sentença de primeira instância no caso *Sesay et al.* (*supra* n. 64), par. 2307.

96 TPI, confirmação de acusações no caso *Katanga* (*supra* n. 74), par. 431. Veja também: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 208.

97 CESL, sentença de primeira instância no caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), par. 708.

98 TPI, confirmação de acusações no caso *Katanga* (*supra* n. 74), par. 436.

99 TPI, ordem de prisão no caso *Kony* (*supra* n. 75), acusações 1 (p. 12); TPI, ordem de prisão no caso *Otti* (*supra* n. 75), acusações 1 (p. 12).

100 TPI, Regramento do Tribunal, 26 em maio de 2004, ICC-BD/01-01-04.

101 TPI (*Trial Chamber I*), *Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of the Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court*, em 14 de julho de 2009, ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga*).

102 Veja TPI (*Appeals Chamber*), *Judgment on the appeals of Mr. Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled “Decision giving notice to de parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court”*, 8 de dezembro de 2009, ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga*), par. 93–100; e TPI (*Trial Chamber*), *Decision on the Legal Representatives’ Joint Submissions concerning the Appeals Chamber’s Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court, 8 de janeiro de 2010*, ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga*), par. 34-38. Comentário crítico da decisão por: Merope, *Criminal Law Forum (CLF)* 22 (2011) 311, que alega (com demasiada extensão) a favor de uma interpretação ampla dos motivos referidos ao gênero (“gender based”).

2.1.3 Prostituição forçada

Nos Elementos dos Crimes, a prostituição forçada se define da seguinte maneira:¹⁰³

“1. Que o autor tenha feito com que uma ou várias pessoas realizem um ou mais atos de natureza sexual pela força, mediante a ameaça da força ou da coação, como a causada pelo temor à violência, pela intimidação, pela detenção, pela opressão psicológica ou pelo abuso de poder contra essa ou essas pessoas ou outra pessoa, ou aproveitando um entorno de coação ou a incapacidade da ou das pessoas de dar seu livre consentimento [“genuine consent” na versão inglesa].

2. Que o autor ou outra pessoa tenham obtido, ou esperaram obter, vantagens pecuniárias ou de outro tipo em troca dos atos de natureza sexual ou em relação a eles”.

O primeiro parágrafo define a ação de maneira bastante ampla, pois a participação forçada de uma ou mais pessoas através das formas mencionadas de coação nos atos sexuais é suficiente para realizar o tipo. De acordo com o segundo parágrafo, deve-se considerar a expectativa de um benefício por parte do autor e não na perspectiva da vítima.¹⁰⁴ Ademais, os atos sexuais não surgem de uma iniciativa da vítima, como em alguns casos de prostituição “nacional”, senão do autor.¹⁰⁵

Em comparação com a escravidão sexual, a prostituição forçada configura um tipo de recolhida, porque faltam as circunstâncias típicas que acompanham à primeira.¹⁰⁶ A prostituição forçada também contém uma característica de continuidade, a vítima deve ter-se encontrado em situação de coação durante um período de tempo determinado, neste sentido, pode-se falar de um delito continuado. Por outra parte, também pode tratar-se de um delito de resultado, no caso de realização de apenas um ato sexual.¹⁰⁷

103 Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27) a respeito dos arts. 7(1)(g)-3; 8 (2) (b) (xxii)-3 e 8 (2) (e) (vi)-3.

104 Cfr., neste sentido, também § 181a do *StGB* (Código Penal alemão). A respeito da delimitação entre a gravidez forçada e as figuras penais nacionais de prostituição: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 49 (“O segundo elemento não contextual indica que este crime é completamente diferente em sua natureza ao delito ordinário de prostituição do direito nacional, porque implica uma expectativa por parte do autor que coagiu a vítima a participar de um ou mais atos de natureza sexual e não a expectativa de obter um proveito por parte de quem interveio nestes atos” [“The second non-contextual element makes clear that this crime is entirely different in nature from the ordinary crime of prostitution under national law, because it includes expectation by the perpetrator who coerced the victim to engage in one or more acts of a sexual nature, not an expectation of advantage by the person engaging in those acts”]).

105 Para um ponto de vista crítico, neste aspecto desacertado, veja: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 48; veja também: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 209.

106 Bedont/Hall-Martinez, *BJWA* 1999, 65 (73); veja também: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 203; Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 49.

107 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 50; Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 209.

2.1.4 Gravidez forçada

A gravidez forçada é o único delito sexual definido expressamente no Estatuto do TPI, que em seu art. 7(2)(f) estabelece:

“f) Por “gravidez à força” entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional.”

Dos Elementos dos Crimes, neste sentido, se extrai complementarmente o seguinte:

“1. Que o autor tenha confinado uma ou mais mulheres tenham engravidado à força, com a intenção de modificar a composição étnica de uma população ou de cometer outra infração grave do direito internacional.”¹⁰⁸

O delito sanciona tanto a fecundação forçada (a gravidez como consequência de um estupro ou de um tratamento médico ilegal), como a maternidade forçada (a coação para dar à luz). Na jurisprudência, não existem precedentes.¹⁰⁹ O confinamento ilícito compreende todas as modalidades de privação da liberdade contrárias ao direito internacional.¹¹⁰ O exercício compulsivo (“tenham engravidado à força”) não tem que consistir, necessariamente, no exercício de violência física, mas também inclui qualquer forma de coação.¹¹¹ A gravidez pode realizar-se antes, ou durante o confinamento, na medida em que o tipo não estabelece uma delimitação temporal.¹¹²

O autor deve atuar com a intenção de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Na doutrina, tem sido interpretada como uma “intenção especial” ou “específica” [*special* o *specific intent*],¹¹³ mas isso não é irrefutável, porque o conceito de “intenção” [*intention*] é ambíguo e pode ser entendido também em um sentido cognitivo.¹¹⁴

¹⁰⁸ Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27) a respeito, os arts. 7(1)(g-4); 8(2)(b)(xxii)-4 e 8(2)(e)(vi)-4.

¹⁰⁹ Sobre a evolução da disposição, veja: de Brouwer (*supra* n. 21), p. 143 ss; Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 210.

¹¹⁰ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, par. 111.

¹¹¹ Cfr. Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 112, para quem a gravidez forçada pode ser penalizado como estupro ou “outra forma de violência sexual de gravidade comparável” (art. 7(1)(g) Estatuto do TPI).

¹¹² Werle (*supra* n. 26), p. 326.

¹¹³ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 113 (“intenção específica” [*specific intent*]); Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 210 (“special intent” [“intenção especial”]).

¹¹⁴ Por último, veja: Ambos, *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 833 (842 s.).



A “especialidade” da intenção [*intention*] necessária, em todo caso, consiste na manifestação direta da agressão contra a composição étnica da população afetada. Portanto, o “especial” da intenção requerida é que ela vá além do dolo geral que se limita à gravidez e ao confinamento, no sentido de que a ação também deve alterar a composição étnica da população afetada.¹¹⁵ Outras violações do direito internacional que se referem a este tema compreendem o genocídio, os crimes de lesa humanidade, os crimes de guerra e o desaparecimento forçado.¹¹⁶

Como assinala o art. 7(2)(f) *in fine* do Estatuto do TPI, as normas de direito interno relativas à gravidez, de modo algum, devem ser afetadas pela disposição. Em especial, não se deve interpretar o aborto como uma consequência da gravidez forçada e, por isso, justificável.¹¹⁷

2.1.5 Esterilização forçada

A esterilização forçada está definida nos Elementos dos Crimes da seguinte maneira:

- “1. Que o autor tenha privado uma ou várias pessoas da capacidade de reprodução biológica.
2. Que a conduta não tenha justificação em um tratamento médico ou clínico da vítima ou vítimas nem tenha sido realizada com seu livre consentimento [“genuine consent” na versão inglesa].”

Segundo uma nota de rodapé dos Elementos dos Crimes, a expressão “que o autor tenha privado” antes mencionada “[...] não inclui as medidas de controle da natalidade que não tenham um efeito permanente na prática.”¹¹⁸ Portanto, essas medidas, que não têm efeito permanente, não deveriam ser criminalizadas. Isto não é plenamente convincente, porque a ação, como foi definida no primeiro parágrafo, não exclui a supressão permanente da capacidade reprodutiva e isto pode conduzir ao extermínio de um grupo no sentido do genocídio.¹¹⁹

Em todo caso, mesmo quando só tenha um efeito passageiro, a ação representa uma grave intervenção na autodeterminação pessoal.¹²⁰ Um exemplo clássico é a política nacional socialista

115 Para o contexto cultural neste aspecto: Gabriel, *Eyes on the ICC 1* (2004), 43 (49): “o estupro é uma pessoa de origem étnica diferente e pertence a uma cultura, sociedade ou religião na qual a origem étnica do pai é a que determina a origem da criança” [“the rapist is a person of different ethnicity and belongs to a culture, society, or religion in which the ethnicity of the father is considered to determine the ethnicity of the child”].

116 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 113.

117 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 51, 114; para o ponto de vista do Vaticano veja: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 210.

118 Rodapé 19 dos Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27). Veja também: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 211.

119 Com dúvidas a respeito da conformidade com o direito internacional da referência no rodapé, também: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 52.

120 Veja Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 52.

de higiene racial e experimentos médicos com prisioneiros.¹²¹ O elemento da “força” (*esterilização forçada*) implica que um consentimento (verdadeiro e claro) (“consentimento livre” veja: segundo parágrafo da definição antes citada) exclui o tipo.¹²²

2.1.6 Outra forma de violência sexual

Os arts. 7(1)(g) e 8(2)(b)(xxii) e (e)(vi) do Estatuto do TPI, ao penalizar “qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável”; “qualquer outra forma de violência sexual que também constitua um desrespeito grave às Convenções de Genebra” ou “constitua uma violação grave do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra” deixam claro que a lista dos delitos sexuais enumerados não é conclusiva. Isto condiz com um tipo de compilação comum nos Elementos dos Crimes a respeito dos crimes contra a humanidade e os crimes de guerra que são definidos, respectivamente, de maneira textual, como segue:

“1. Que o autor tenha realizado um ato de natureza sexual contra uma ou várias pessoas ou tenha feito que essa ou essas pessoas realizassem um ato de natureza sexual pela força ou mediante a ameaça da força ou mediante coação, como àquela causada pelo medo da violência, pela intimidação, pela detenção, pela opressão psicológica ou pelo abuso de poder, contra essa ou essas pessoas ou contra outra ou aproveitando um ambiente de coação ou a incapacidade de essa ou essas pessoas de dar seu livre consentimento [“genuine consent” na versão inglesa].”

Como é frequente no caso destes tipos de investigação, pergunta-se quando eles contam com suficiente certeza, a qual só se pode atingir por meio de uma interpretação restritiva que orienta as ações específicas enunciadas anteriormente. Desse modo, “qualquer outra forma de violência sexual” deve ter uma “gravidade comparável” aos comportamentos definidos no art. 7(1)(g) do Estatuto do TPI ou à graves violações dos Convênios de Genebra ou do artigo 3º comum.¹²³

Isso constitui um parâmetro objetivo,¹²⁴ que pressupõe uma gravidade mínima e exclui formas menos graves de violência sexual, sem prejuízo de sua subsunção em outros supostos de fato (*infra* 2).¹²⁵ Diante disso, parece duvidoso que ações que nem sequer têm pressuposto um

121 Werle (*supra* n. 26), p. 327; Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 52.

122 Cfr. Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 211.

123 Veja Elementos dos Crimes do TPI (*supra* n. 27), o 2º elemento dos arts. g7 (1)(g), 8(2)(b)(xxii)-1 e (e)(vi)-1.

124 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 53 (*in fine*).

125 Para uma descrição instrutiva da história de sua origem veja: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, n. 212; para uma interpretação mais restritiva, também: Zimmermann, em Triffterer (*supra* n. 7), art. 8, n. 316.



contato físico (como os exercícios físicos realizados em público com o corpo nu, referidos no caso *Akayesu*¹²⁶) possam ter uma gravidade comparável à violência sexual,¹²⁷ que no máximo poderiam ser castigadas como “ultrajes contra a dignidade pessoal” (ao respeito veja: 2. a).

De acordo com a definição dos Elementos dos Crimes citada *supra*, o ato sexual pode ser cometido diretamente pelo autor ou quando a vítima é coagida. A esse respeito, o exercício de coação pode ter lugar, de maneira ampla ao igual que no caso *Akayesu*,¹²⁸ de diferentes formas, inclusive aproveitando circunstâncias que facilitam a correspondente coação ou a falta de capacidade para prestar consentimento por parte da vítima.

2.2 PUNIÇÃO IMPLÍCITA DA VIOLÊNCIA SEXUAL

2.2.1 Ultrajes contra a dignidade pessoal e torturas

Os estupros são considerados, pela jurisprudência, como torturas e lesões à dignidade pessoal. Deste modo, o TPIR no caso *Akayesu* manifestou:

“[...] Do mesmo modo que a tortura, o estupro é utilizado com a finalidade de intimidar, degradar, humilhar, discriminar, castigar e para o controle ou destruição de uma pessoa. Do mesmo modo que a tortura, o estupro é uma lesão à dignidade pessoal, e o estupro de fato constitui tortura quando é infligido por, ou por instigação de ou com o consentimento ou aquiescência de, um funcionário público ou de outra pessoa que atue com uma capacidade oficial”¹²⁹.

Nesse mesmo sentido, pronunciou o Tribunal no caso contra *Semanza*:

“Observando, em particular, o nível extremo de temor ocasionado pelas circunstâncias que rodearam o acontecimento e a natureza do estupro da vítima A, a Sala considera que o autor infligiu graves tormentos psíquicos, suficientes para configurar o elemento material da tortura []”¹³⁰.

126 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 688.

127 Ao respeito: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 53; expressamente em contra: de Brouwer (*supra* n. 21), p. 159 ss.

128 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 598; Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 53.

129 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 597, 687; similar: TPIY, sentença de primeira instância no caso *Furundzija* (*supra* n. 60), par. 595.

130 TPIR (*Trial Chamber III*), sentença em 15 de maio de 2003, ICTR-97-20-T (*Prosecutor vs. Semanza*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Semanza*], par. 482.

Laurent Semanza, prefeito da cidade de Bicumbi (no leste da capital Kigali), foi condenado, entre outras coisas, por ter instigado, conjuntamente com outros, uma quantidade indeterminada de pessoas a estuprar mulheres tutsi e por ter participado pessoalmente na tortura e homicídio de uma vítima.¹³¹

Opiniões semelhantes, encontramos na jurisprudência do TPIY. Assim, no caso *Celebici*, o estupro e outras formas de violência sexual foram considerados como comportamentos que possivelmente fundamentariam tortura.¹³² A Sala de Primeira Instância no caso *Furundzija* determinou que o estupro equivale à tortura e que pode implicar uma lesão à dignidade humana e à integridade física da vítima feminina.¹³³ No caso *Foca*, fatos de nudez forçada foram qualificados, entre outros, como lesões à dignidade.¹³⁴ Assim também, a Corte de Serra Leoa puniu os delitos sexuais como delitos contra a honra.¹³⁵

No caso do TPI, a relação entre crimes sexuais e estes tipos, até agora, só foi tematizada com mais precisão no caso *Bemba*. Assim, a Sala de Questões Preliminares II, na decisão de confirmação de acusações, assinalou:

“[...] que no contexto de ultrajes contra a dignidade pessoal, o Procurador apresentou a mesma conduta, relacionada principalmente com atos de estupro, sob qualificações jurídicas diferentes, a saber, artigos 8(2)(c)(ii) e 8(2)(e)(vi) do Estatuto. Na opinião da Sala, a maioria dos fatos apresentados pelo Procurador durante a audiência refletem em essência os elementos constitutivos da força ou coerção no crime de estupro, caracterizando esta conduta, em primeiro lugar, como um ato de violação. Na opinião da Sala, a essência da violação do direito que subjaz nestes fatos, está completamente incluída na acusação do estupro”¹³⁶

Daí, concluiu:

“[...] neste caso particular a acusação de ultraje contra a dignidade pessoal encontra-se completamente subsumido na acusação de estupro, que constitui a qualificação jurídica mais apropriada para a conduta apresentada”¹³⁷.

131 *Ibidem*, par. 586.

132 TPIY (*Trial Chamber*), sentença em 16 de novembro de 1998, IT-96-21 (*Prosecutor vs. Delalic et al.*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Delalic et al.*], par. 495-496. A respeito dos resultados decisivos no caso *Celebici*: Askin (*supra* n. 7), p. 96 ss.

133 TPIY, sentença de primeira instância no caso *Furundzija* (*supra* n. 60), par. 595.

134 TPIY, sentença de primeira instância no caso *Kunarac et al.* (*supra* n. 87), par. 773-774.

135 Veja, por exemplo: CESL, sentença de primeira instância no caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), par. 705.

136 TPI, confirmação de acusações no caso *Bemba* (*supra* n. 67), par. 310.

137 *Ibidem*, par. 312.

As consequências psíquicas das lesões dos crimes cometidos mediante violência sexual têm, portanto, a mesma relevância que as consequências físicas.

encontram consumidos (“completamente subsumidos”) pelo estupro (como crime contra a humanidade),¹³⁹ porque este último fato só se diferencia da tortura por uma característica adicional, isto é, a penetração,¹⁴⁰ e contém, face aos ultrajes contra a dignidade pessoal, suas características constitutivas, quer dizer, violência e coação.¹⁴¹

Isso parece acertado,¹⁴² não obstante, as considerações da Sala sejam compreensíveis só no marco de uma teoria da concorrência, que no Direito Penal Internacional ainda deve desenvolver-se sistematicamente,¹⁴³ e constitui a outra face da prática anglo-americana, amplamente difundida nos Tribunais *ad hoc*, da acumulação de acusações.¹⁴⁴ Em todo caso, a Promotoria, mesmo quando a tortura com penetração (adicional) pudesse incluir completamente o tipo do estupro,¹⁴⁵ deve acusar por tortura quando falte o elemento da penetração.¹⁴⁶ Sem prejuízo da correta aplicação das disposições sobre concorrência, esta discussão confirma que o tipo da tortura está incluído no estupro e ele, de fato, em muitos casos, pode constituir tortura.¹⁴⁷

A Sala também se referiu à tortura ao considerar “que neste caso particular, os elementos materiais específicos do ato de tortura, a saber, dor e sofrimentos graves e o controle do autor sobre a pessoa, são também os elementos materiais específicos inerentes ao ato de estupro”¹³⁸.

A Sala chegou à conclusão de que a tortura (como crime contra a humanidade) e os ultrajes contra a dignidade pessoal (como crime de guerra)

138 *Ibidem*, par. 204 (nota rodapé omitida).

139 *Ibidem*, par. 205, 312.

140 *Ibidem*, par. 204.

141 *Ibidem*, par. 310 (“reflete na essência os elementos constitutivos da força e coação” [“reflect in essence the constitutive elements of force or coercion”]).

142 A Promotoria apresentou outro ponto de vista (mas sem fundamentação); cfr. TPI, confirmação de acusações no caso *Bemba* (*supra* n. 67), par. 16, 17 e TPI (*Pre-Trial Chamber II*), *Public Redacted Version of the Amended Document containing the charges filed*, 30 de março de 2009, ICC-01/05-01/08-395-Anx3 (*Prosecutor v. Bemba Gombo*), acusação 3, p. 35 (a respeito do estupro e da tortura).

143 Cfr. para os primeiros argumentos: Hünnerbein, *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht: Schuldspruch und Strafe*, 2005.

144 Veja: Ambos, *LJIL* 22 (2009), 715 (723) com mais provas.

145 TPI, confirmação de acusações no caso *Bemba* (*supra* n. 67), par. 204 (“a qualificação jurídica mais apropriada” [“the most appropriate legal characterization”]). Segundo o Informe de Anistia Internacional sobre estupro (*supra* n. 64), p. 38 ss também em casos de uma “penetração” [“penetration”] deve acusar-se adicionalmente por tortura.

146 Veja *in casu* TPI, confirmação de acusações no caso *Bemba* (*supra* n. 67), par. 206 ss.

147 Veja também: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 44 (“os atos criminais dirigidos contra a integridade física e psíquica de uma pessoa [...], na maioria dos casos constituem tortura” [“criminal acts aimed at the physical and mental integrity of a person [...], more often than not, constitute torture”]); também art. 7, n. 55, com provas sobre a jurisprudência.





CENA DO ESPETÁCULO FILHA DA ANISTIA, TEATRO NACIONAL, BRÁSILIA/DF, 14 DE SETEMBRO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

2.2.2 Genocídio

A violência sexual pode ser considerada sob três tipos de genocídio, segundo o art. 6 do Estatuto do TPI:¹⁴⁸

“b) Lesão grave à integridade física ou mental dos membros do grupo;

c) Submetimento intencional do grupo a condições de existência que possam levar à sua destruição física, total ou parcial;

d) Medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo [...]”

Lesões graves à integridade física não fazem referência a uma violência física mortal que cause mutilações e graves lesões (não necessariamente incuráveis¹⁴⁹) dos órgãos externos e internos ou dos sentidos.¹⁵⁰ Sob este conceito, também se compreende a violência sexual que ocasione lesões físicas e mentais graves.¹⁵¹ Causar lesões mentais graves não pressupõe uma agressão física ou algum efeito físico da lesão mental.¹⁵² As consequências psíquicas das lesões dos crimes cometidos mediante violência sexual têm, portanto, a mesma relevância que as consequências físicas.¹⁵³ Semelhante a isso, uma lesão mental grave pode compreender-se como um tipo de deterioramento da capacidade mental ou um dano do estado mental da vítima.

A violência sexual pode ser comparada com a imposição de condições de existência que acarretam o extermínio (art. 6(c) do Estatuto do TPI). Este ato proíbe as medidas que não causam

148 Este nexó só foi estabelecido pelo TPIR, cfr. *infra* n. 112, 113, 114, 118; minucioso a respeito da jurisprudência do TPIR: *Ayat*, *ICLR* 10 (2010), 787 (809 ss.). Incisivo a respeito do estupro como genocídio, com referência a Bósnia e Herzegovina e a respeito da relação entre violência sexual e genocídio desde uma ótica feminista: *Engle*, *AJIL* 99 (2005), 792; veja também: Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (128 s); a respeito da jurisprudência do TPIR: *Ayat*, *ICLR* 10 (2010), 787 (809 ss); sobre a punição implícita como genocídio (especialmente segundo o art. 6(b)(d) do Estatuto do TPI) veja também: Gless, *Internationales Strafrecht*, 2011, n. 813, 815 s; Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 128 ss, que em casos de violência sexual em combinação com genocídio fala de “femicídio” [“femicide”] (p. 127).

149 TPIR (*Trial Chamber III*), sentença de 17 de junho de 2004, ICTR-2001-64-T (*Prosecutor v. Gacumbitsi*) (*Gacumbitsi Trial Judgment*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Gacumbitsi*], par. 291.

150 TPIR (*Appeals Chamber*), sentença de 12 de março de 2008, ICTR-2001-66-I (*Prosecutor v. Seromba*) [sentença de apelação no caso *Seromba*], par. 46; Werle (*supra* n. 26), p. 265, com provas adicionais sobre a jurisprudência; cfr. também: Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (129).

151 Cfr. TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 706, 731, que ao mesmo tempo foi a primeira sentença a reconhecer a violência sexual como parte do genocídio na Ruanda. Caso semelhante: TPIR (*Trial Chamber II*), sentença de 21 de maio de 1999, ICTR-95-1-T (*Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*) (*Kayishema and Ruzindana Trial Judgment*) [adiante: sentença de primeira instância no caso *Kayishema y Ruzindana*], par. 108, onde se estabeleceu a conexão com o genocídio que “os atos de violência sexual, estupro, mutilações e interrogatórios acompanhados de açoites e/ou ameaças de morte eram lesões corporais” [“acts of sexual violence, rape, mutilations and interrogations combined with beatings, and/or threats of death, were bodily harm”]; veja também: TPIR, sentença de primeira instância no caso *Gacumbitsi* (*supra* n. 150), par. 291-293; Werle (*supra* n.26), p. 265 ss, com mais provas.

152 Werle (*supra* n. 26), p. 266.

153 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 731; Werle (*supra* n. 26), p. 266.

a morte, mas proporcionam o extermínio paulatino dos membros de um grupo protegido¹⁵⁴ (as chamadas “medidas de morte lenta”).¹⁵⁵ Deste modo, por exemplo, se as violações em massa não representam “condições de vida” no sentido próprio, mas repercutem nestas condições quando se cometem em forma sistemática e reiterada e, em alguns casos, em relação com outras medidas.¹⁵⁶

As medidas destinadas a impedir nascimentos (art. 6(d) do Estatuto do TPI)¹⁵⁷ são aquelas que se dirigem contra a existência biológica de um grupo. Podem ser, tanto física, como também psicologicamente (mentalmente),¹⁵⁸ por exemplo, através de esterilizações forçadas no sentido do art. 7(1)(g) do Estatuto do TPI,¹⁵⁹ controle forçado dos nascimentos etc.¹⁶⁰

O estupro pode estar incluído dentro dessa categoria, quando, por exemplo, a vítima, por causa do trauma sofrido, renuncia à procriação.¹⁶¹ Também, em casos de estupros em massa, a ação é considerada consumada se seu propósito foi alterar a composição étnica de um grupo (por exemplo, nas sociedades patriarcais, nas quais se considera que os filhos pertencem ao grupo étnico do pai).¹⁶²

2.2.3 A perseguição como crime contra a humanidade

A classificação de delitos sexuais, sistemáticos e amplamente generalizados, como a perseguição pautada no art. 7(1)(h) do Estatuto do TPI, exige que as vítimas sejam perseguidas como “grupo identificável”, por algum dos motivos ali enumerados, e que esta perseguição seja feita “em conexão” com qualquer outro fato compreendido nos artigos 5 a 8 do Estatuto

154 A respeito da identidade de gênero como critério de grupo: Hagay-Frey (*supra* n. 5), p. 130 s. Também, é concebível, que os delitos contra mulheres (por exemplo, estupros em massa) sejam parte de um genocídio dirigido contra ambos os sexos (cfr. a nota 163 com texto principal).

155 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 505; Werle (*supra* n. 26), p. 267.

156 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Kayishema e Ruzindana* (*supra* n. 152), par. 116; Werle (*supra* n. 26), p. 268.

157 Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (455) vê nisso um tipo penal explicitamente referido à violência sexual.

158 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 508 (“as medidas dirigidas para evitar nascimentos dentro do grupo podem ser de natureza física, mas também psíquica. Por exemplo, o estupro pode ser uma medida dirigida para evitar nascimentos quando a pessoa estuprada se nega posteriormente a procriar, de igual modo que membros de um grupo podem ser conduzidos, através de ameaças ou situações traumáticas, a não procriar” [“measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate”]).

159 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 52.

160 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 507 (“as medidas dirigidas a evitar nascimentos dentro do grupo deveriam ser interpretadas como mutilação sexual, prática de esterilização, controle forçado dos nascimentos, separação dos sexos e proibição de contrair matrimônio” [“measures intended to prevent births within the group, should be construed as sexual mutilation, the practice of sterilization, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages”]).

161 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 508; veja também: Werle (*supra* n. 26), p. 268.

162 TPIR, sentença de primeira instância no caso *Akayesu* (*supra* n. 61), par. 507; veja também: Werle (*supra* n. 26), p. 268. Semelhante a uma política sistemática de “fecundação forçada” (“forced impregnation”) como genocídio mediante estupro sistemático: Engle, *AJIL* 99 (2005), 792.

do TPI. O motivo da perseguição é relativamente fácil de provar, já que, ali, cabem todos os motivos “universalmente reconhecidos”, especialmente os de gênero.¹⁶³

No geral, o mais difícil é a possibilidade de provar, desde o ponto de vista objetivo ou subjetivo,¹⁶⁴ que as vítimas de delitos sexuais, com frequência, femininas, representam um grupo “identificável”, sobretudo porque o critério de “gênero” é menos preciso que os outros motivos. Agrega-se a isto que a perseguição, inserida no marco de um fato global macro criminal, no geral, não se dirige “somente” contra as vítimas de delitos sexuais, senão que tais delitos são cometidos junto com outros crimes (por exemplo, assassinatos, espoliação) no marco da persecução de um grupo identificável.¹⁶⁵

Em duas ordens de prisão do TPI, a perseguição mediante violência sexual é caracterizada como crime contra a humanidade.¹⁶⁶

3. PARTICULARIDADES PROCESSUAIS – INVESTIGAÇÕES TEMÁTICAS FOCADAS?

A crescente percepção pública a respeito da violência sexual em conflitos armados conduziu também para a exigência de uma persecução penal mais eficiente.¹⁶⁷ Neste sentido, discute-se sobre a possibilidade e a necessidade de se realizar inquéritos focados no sentido anteriormente mencionado: “investigações e persecuções temáticas” (*infra* 2).¹⁶⁸

163 Cfr. Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 69 com referência à importância especial dos “motivos de gênero” no Estatuto do TPI (art. 7(3)) e a subsunção sob motivos universalmente reconhecidos. Um recurso deste tipo, porém, não parece necessário em vista que o artigo 7(1) (h) do Estatuto do TPI expressamente fala de “gênero” e isso, segundo o artigo 7(3) do Estatuto do TPI, deve ser entendido no sentido de indiferença de gênero.

164 Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 60.

165 Desta forma, a persecução foi assumida como um crime contra a humanidade pelo TPIY, sentença de primeira instância no caso *Kvočka et al.* (*supra* n. 61), no qual os “não-sérvios” representavam o grupo discriminado (par. 196), quem inclusive foram perseguidos por motivos étnicos (par. 195-197). Os “atos de perseguição” cometidos no campo de detenção “Omarska” consistiram em homicídios, torturas, estupros, golpes e outras formas de violência física e psíquica (par. 197). Semelhante no resultado, também: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, n. 72 (mencionando o estupro, junto a outros delitos).

166 TPI, ordem de prisão no caso *Kushayb* (*supra* n. 75), acusação 10, p. 8 e acusação 39, p. 14; TPI, ordem de prisão no caso *Harun* (*supra* n. 75), acusação 10, p. 8 e acusação 39, p. 13. As duas acusações referem-se à persecução de membros da população regional “FUR” de Sudão que aconteceu nas cidades de Bisindi (acusação 10) e Arawala (acusação 39), nas quais serviram de base para diversos atos (homicídios, estupros, assaltos, etc.).

167 Veja, por exemplo: Lawson, *Southern Illinois University Law Journal (SIULJ)* 33 (2008/2009), 181 (204 ss); Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (433, 435) com prova adicional.

168 Cfr. *supra* n. 8 e texto correspondente; proximamente mais detalhes a respeito: *Ambos*, no livro da conferência, referido *supra* em n. 16. Para a relevância destas investigações focadas no TPI, veja: Sácouto/Cleary, *AUJGSPL* 17 (2009), 337.

Trata-se do inquérito e perseguição prioritária de crimes sexuais com correspondente destinação dos recursos para a investigação destes delitos.¹⁶⁹

3.1 PARTICULARIDADES PROCESSUAIS NO CASO DE DELITOS SEXUAIS DE DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Um dos principais problemas processuais na persecução de delitos sexuais, não só em Direito Penal Internacional, é a *prova* do fato sexual, que é necessária para obter-se o convencimento do tribunal.¹⁷⁰ Devido a escassas provas forenses, a possibilidade de comprovação do fato depende especialmente de declarações de testemunhas.¹⁷¹

Apesar de o direito processual penal internacional, nestes casos, prever certas simplificações no ônus da prova,¹⁷² conta-se com o problema relacionado à obtenção de declarações de testemunhas com credibilidade. Em primeiro lugar, a quantidade de testemunhas já é limitada pelo fato de que a violência sexual, no geral, é feita em lugares não públicos e/ou as vítimas e testemunhas não sobrevivem aos fatos.¹⁷³ Entre as testemunhas sobreviventes, geralmente existe uma baixa predisposição ao proferimento de declaração, devido ao medo, à desconfiança e aos traumas.¹⁷⁴ Por isso, com frequência, os promotores e tribunais devem basear-se em declarações orais e/ou indícios. Ademais, às vezes, se critica que as

169 Neste sentido foram definidas pelos organizadores da conferência mencionada *supra* no n. 16, cfr. <http://www.fichl.org/activities/thematic-investigation-and-prosecution-of-international-sex-crimes/> (consultado em 14 de novembro de 2011): “priorização da persecução [...] de [...] crimes sexuais a respeito de outros crimes” (...) “às vezes [...] necessária a fim de concentrar os recursos adequados para resolver casos complexos e que consomem muito tempo quando existe um grande número de casos atrasados” [“prosecutorial prioritization [...] of [...] sex crimes over other crimes” (...) “sometimes [...] necessary in order to focus adequate resources to build complex and time-consuming cases when there is a large backlog of cases”].

170 Franklin, *The Georgetown Journal of Gender and the Law (GJGL)* 9 (2008), 181 (209 ss).

171 Cfr. ICTY-OTP [Promotoria do TPIY], *Reliving the past. The challenges of testifying*, disponível em: <http://www.icty.org/sid/10608> (consultado em 12 de outubro de 2011).

172 A regra 63(4) das Regras de Procedimento e Prova do TPI (*supra* n. 65) prevê que “(...) a Sala não requisitará comprovação da prova para demonstrar nenhum dos crimes da competência do Tribunal, em particular os de violência sexual”. Cfr. também, regra 96 das Regras de Procedimento e Prova do TPIY (11 de fevereiro de 1994, IT/32/Rev. 45) e regra 96 das Regras de Procedimento e Prova do TPIR (29 de junho de 1995), segundo as quais, entre outras coisas, também não se exige a corroboração das declarações testemunhais. A regra 96 do TPIY foi a primeira regulação internacional deste tipo e, por isso, foi indicada como “inovadora” [“groundbreaking”], veja: Sellers, em Center for Human Rights (edit.), *Gender based Violence in Africa: Perspectives from the Continent* 51, disponível em: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/gender-publications.html> (consultado em 12 de outubro de 2011), p. 306. Para as regras probatórias, veja também: Luping, *AUJG SPL* 17 (2009), 431 (482-483). Mais amplamente a respeito de uma “requalificação jurídica” [“legal recharacterization”] das acusações pela primeira vez durante a recepção da prova no juízo apareçam indícios de violência sexual: Merope, *CLF* 22 (2011) 311 ss; veja também n. 103 e o texto correspondente.

173 Franklin, *GJGL* 9 (2008), 181 (209 ss).

174 Cfr., por exemplo: Promotoria do TPIY (*supra* n. 172): “As vítimas de violência sexual enfrentam numerosos impedimentos sociais, psicológicos e em outras ocasiões, inclusive, físicos para apresentar-se e declarar. Algumas das testemunhas sentem de que sua segurança poderia correr perigo se houvessem declarações. Também, identificar-se como vítima de violência sexual poderia conduzir à estigmatização dentro da própria sociedade, o que dificulta ainda mais o retorno a uma vida normal” [“Victims of sexual violence face various social, psychological and sometimes even physical impediments to coming forward and testifying. Some of the potential witnesses feel that their security may be jeopardised should they come to testify. In addition, identifying oneself as a victim of sexual violence may lead to stigmatisation within one’s society, making return to normal life even more difficult”]. Veja também: Van Schaack, *AUJG SPL* 17 (2009) 361 (369).

exigências probatórias nos delitos sexuais geralmente são mais altas que em outros tipos de delitos.¹⁷⁵

Além disso, também é especialmente problemático o *tratamento adequado às testemunhas*, que, normalmente, são vítimas primárias ou secundárias dos fatos. No caso destas testemunhas/vítimas, devem ser considerados aspectos da proteção às testemunhas.¹⁷⁶ É possível que uma declaração ajude a testemunha/vítima traumatizada a superar seu trauma.¹⁷⁷ Em todo caso, a situação da declaração é um enorme desafio, em vista da situação pessoal da testemunha/vítima, da sensibilidade do tema objeto de prova (sexualidade!) e, *last but not least*, a estrutura contraditória do processo (interrogatório cruzado, “cross examination”).¹⁷⁸

Em lugar de uma superação do trauma, através da declaração e do interrogatório, também se pode produzir uma vitimização secundária (re-vitimização).¹⁷⁹ A falta de sensibilidade a respeito do delicado tema objeto de prova pode conduzir as testemunhas a negar-se *a limine* a prestar declaração¹⁸⁰ ou, quando o façam em juízo, contribuam escassamente ao esclarecimento da verdade.

175 Sácuto/Cleary, *AUJGSPL* 17 (2009), 337 (353 ss) como prova sobre diversas decisões nas quais foram requeridas mais exigências probatórias a respeito de delitos sexuais, assim como a respeito de outros fatos cometidos no mesmo contexto. Por isso, segundo a opinião dos autores, da jurisprudência se deduz “que em casos de violência sexual e crimes de gênero, os tribunais internacionais podem ser reticentes em fazer inferências significativas a partir de provas circunstanciais e parecem preferir provas diretas ou mais específicas em quanto ao conhecimento ou a causalidade, inclusive quando este tipo de prova não é uma exigência do direito. Deste modo, sem um inquérito profundo, uma experiência significativa e uma análise intensa das provas relacionadas com estes crimes, incluindo o contexto mais amplo que põe em evidência que a violência sexual é uma parte integral do esforço bélico organizado, em lugar de simples acontecimentos ‘incidentais’ ou ‘oportunistas’, estes casos com pouca probabilidade são perseguidos e ajuizados com sucesso” [“that, in cases of sexual violence and gender-based crimes, international tribunals may be reluctant to draw meaningful inferences from circumstantial evidence and appear to prefer direct or more specific evidence as to knowledge or causality, even when such evidence is not required as a matter of law. Thus, without a thorough investigation, significant expertise, and intensive analysis of evidence relating to these crimes—including the broader context which makes clear that the sexual violence is an integral part of the organized war effort rather than mere ‘incidental’ or ‘opportunistic’ incidents—these cases are unlikely to be pursued or successfully prosecuted”] (*ibidem*, p. 358).

176 Cfr. art. 68 do Estatuto do TPI, cujo parágrafo 1 diz: “O Tribunal adotará as medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas. Para tal, o Tribunal levará em conta todos os fatores pertinentes, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3o do artigo 7o, e o estado de saúde, assim como a natureza do crime, em particular, mas não apenas quando este envolva elementos de agressão sexual, de violência relacionada com a pertença a um determinado gênero ou de violência contra crianças. O Procurador adotará estas medidas, nomeadamente durante o inquérito e o procedimento criminal;” cfr. também: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (483).

177 A respeito disto, Wendy Lobwein, ex “Oficial de apoio às testemunhas” do TPIY: “Tenho cartas de algumas [vítimas de violência sexual que declararam perante o TPIY], inclusive de seus médicos, dizendo que foi um ‘momento transcendente em suas vidas’ e que sua saúde psicológica e física melhorou com suas declarações” [“For some [victims of sexual violence who testified at the ICTY], I’ve letters, even from their medical practitioners saying it was a ‘groundbreaking moment in their life’ and that their psychological and physical health has improved with their testimony”], citado pela Promotoria do TPIY (*supra* n. 172).

178 A respeito dos prejuízos e perigos para as testemunhas/vítimas de violência sexual (entre outros, perigo para a vida, lembranças dolorosas, falta de informação e contato, esquecimentos temporários, humilhações durante a declaração, especialmente em interrogatórios cruzados, falta de seguimento depois do juízo), veja: Griese, *Folgen sexueller Kriegsgewalt*, 2ª edição 2006, p. 417 ss.

179 Sellers (*supra* n. 173); semelhante: Engle/Lottmann, em McGlynn/Munro (*supra* n. 9), p. 81 s, com prova adicional. Para um inquérito aprimorado da vitimização secundária, veja também: Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, p. 70 ss (em geral), p. 403 ss (a respeito da proteção frente à vitimização secundária) e p. 422 ss (a respeito de delitos sexuais). Em sentido semelhante, o TPIY no caso *Tadic* constatou: “(...) os procedimentos e as práticas tradicionais judiciais souberam exacerbar as experiências traumáticas da vítima durante o juízo. As mulheres que foram estupradas e buscaram justiça no sistema jurídico, normalmente comparam a experiência com um segundo estupro” [“(...) traditional court practice and procedure has been known to exacerbate the victim’s ordeal during trial. Women who have been raped and have sought justice in the legal system commonly compare the experience to being raped a second time”], TPIY (Trial Chamber), *Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses*, 10 de agosto de 1995, IT-94-1-T (*Prosecutor v. Tadic*), par. 46.

180 Neste sentido, Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (788-798) vê um vínculo entre as “procedural safeguards” [“proteções processuais”] para testemunhas/vítimas e seu predisposição para declarar.

Tudo isto conduz a um problema que poderia denominar-se problema da “prova satisfatória” ou do “caso forte”. O silogismo argumentativo diz:

- (i) A possibilidade de provar os fatos imputados é um fator determinante para a promotoria a favor ou contra uma acusação ou a uma decisão de abertura.¹⁸¹
- (ii) Os delitos sexuais geralmente são mais difíceis de serem provados que os delitos “comuns”.
- (iii) Por isso, existe a tendência de acusação por fatos que são mais fáceis de provar (“comuns”).¹⁸²

Neste sentido, Nowrojee observa que:

“Na intenção de responder à pressão de acelerar os juízos, as equipes de persecução foram motivadas para encurtar acusações desnecessárias. As acusações por violência sexual encontravam-se dentro desta categoria.”¹⁸³

3.2 INVESTIGAÇÕES ORIENTADAS COMO UMA SOLUÇÃO?

3.2.1 Argumentos a favor das investigações orientadas

Como se desprende da exposição anterior, as investigações de delitos sexuais são extraordinariamente sensíveis e complexas. Assim, em muitas culturas, falar de sexualidade e de violência sexual é quebrar tabus, algo inaceitável.¹⁸⁴ Ademais, as investigações de violência

181 Lawson, *SIULJ* 33 (2008/2009), 181 (187): “Os promotores comumente estão motivados a perseguir casos que possam ganhar. E é possível dizer que estes são os casos que contêm as provas mais legítimas a respeito da culpabilidade. Adicionalmente, os promotores têm o dever ético de apresentar um caso quando existe prova suficientemente admissível para sustentar uma acusação” [“Prosecutors are typically motivated only to pursue cases they can win, and arguably those are the cases which contain the most legitimate evidence of guilt. Additionally, prosecutors are ethically bound to only file a case when there is sufficient admissible evidence to support the charge”]. Isso vale também para promotores que provêm de sistemas do *common law*.

182 Veja também: ICC-OTP [Promotoria do TPI], *Annex to the “Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor”: Referrals and Communications*, p. 3, disponível em: http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/Annex+to+the++_Paper+on+some+policy+issues+before+the+Office+of+the+Prosecutor+_++++Referrals+and+C.htm, consultado em 12 de outubro de 2011: “o procurador deve ter em conta [...] a probabilidade de que um inquérito efetivo seja possível” [“the Prosecutor has to take into account [...] the likelihood of any effective investigation being possible”]. A respeito de delitos sexuais, veja: Lawson, *SIULJ* 33 (2008/2009), 181 (193). Nowrojee, ‘*Your Justice is Too Slow*’ - *Will the ICTR Fail Rwanda’s Rape Victims?*, United Nations Research Institute for Social Development [Instituto de Investigações das Nações Unidas para o desenvolvimento social], Occasional Paper 10, novembro de 2005, p.10, disponível em: <http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/%28httpPublications%29/56FE32D5C0F6DCE9C125710F0045D89F?OpenDocument>, consultado em 12 de outubro de 2011.

183 Cfr. Nowrojee, *Ibidem*.

184 Cfr. FIDH, *Crimes of sexual violence: Overcoming taboos, ending stigmatization, fighting impunity*, 29 de outubro de 2007, disponível em: http://www.fidh.org/IMG/pdf/Note_crimes_sexuels_EN.pdf, consultado em 17 de outubro de 2011.

sexual vêm acompanhadas por consideráveis aspectos imprevistos, em grande parte, porque a importância e os efeitos dos fatos relevantes de violência sexual ainda não foram compreendidos em sua totalidade no momento da investigação ou do julgamento.¹⁸⁵

Isso, juntamente com as dificuldades probatórias referidas anteriormente, faz parecer indispensável uma profissionalização e especialização das pessoas responsáveis pela investigação.¹⁸⁶ Em especial, requerem-se atitudes psicológicas por parte dos investigadores. Também é necessária uma experiência na condução do processo por parte das promotorias, especialmente com vista à introdução de provas orais ou de indícios.

Assim mesmo, as investigações focadas teriam em conta as repetidas condenações à violência sexual nos conflitos armados por parte do Conselho de Segurança, entre outros organismos das Nações Unidas. E expressariam que uma persecução penal concentrada também pode contribuir, ainda que provavelmente em escassa medida, com a “justiça, verdade, reconciliação nacional e paz sustentável”.¹⁸⁷ Ao mesmo tempo, deixaria claro que a justiça penal internacional

185 Críticas a respeito da possibilidade de incluir adequadamente as lesões e experiências subjetivas das mulheres através dos modelos atuais de responsabilidade penal internacional: Ni Aolain/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (428 ss).

186 Veja Franklin, *GJGL* 9 (2008), 181 (210) (assinalando que, para o efetivo interrogatório de testemunhas/vítimas, é necessário que se sintam seguros e à vontade para partilhar suas experiências. Para este tipo de interrogatórios, seriam empregados expertos com prática, de outro modo a violência sexual seria ignorada, como no passado. Desta forma, teriam sido ignoradas, em parte, declarações de testemunhas sobre estupros, porque se pressupunha “que as mulheres africanas não querem falar sobre o estupro” [“African women don’t want to talk about rape”]; Noworjee (*supra* n. 183), p. 9 (“A falta de investigadores, problemas pressupostos e a falta de treinamento dos investigadores contribuíram para que as investigações dessem errado. A isto, se agrega a metodologia inadequada nos interrogatórios e a ausência de um esforço organizado que impediram o escritório de obter, efetivamente, muitos testemunhos sobre estupros” [“A shortage in investigators, budget difficulties and the lack of training for investigators all contributed to spotty investigations. Additionally, inappropriate interviewing methodology and the absence of an organized effort precluded the office from effectively obtaining many rape testimonies”]) e p. 12 (“Com frequência os investigadores são inseridos em contextos onde não tiveram experiência alguma com este tema, ou acreditam que não é um crime que mereça uma séria atenção. Muitos investigadores, apesar de estarem completamente equipados com as capacidades necessárias para investigar casos, carecem de treinamento e orientação sobre como obter informação de violência sexual por parte das testemunhas” [“Often investigators come from backgrounds where they have not had any experience with this issue, or they believe this is not a crime that deserves serious attention. Many investigators, though fully equipped with the necessary skills to investigate cases, lack training and direction on how to elicit information about sexual violence from witnesses”]). Cfr. Também: Van Schaack, *AUJG SPL* 17 (2009) 361 (369) (“os investigadores têm que estar especificamente treinados para obter informação sensível” [“investigators need to be specifically trained to elicit sensitive information”]); Sácouto/Cleary, *AUJG SPL* 17 (2009), 337 (353 ss) (em p. 358: “Deste modo, sem uma investigação profunda, uma experiência significativa e uma análise intensa das provas relacionadas com estes crimes, incluindo o contexto mais amplo que põe em evidência que a violência sexual é uma parte integral do esforço bélico organizado em vez de meros acontecimentos ‘incidentais’ ou ‘oportunistas,’ estes casos com pouca probabilidade sejam perseguidos e ajuizados com sucesso” [“Thus, without a thorough investigation, significant expertise, and intensive analysis of evidence relating to these crimes-including the broader context which makes clear that the sexual violence is an integral part of the organized war effort rather than mere ‘incidental’ or ‘opportunistic’ incidents - these cases are unlikely to be pursued or successfully prosecuted”]). Veja também: Wood, *Columbia Journal of Gender and Law*, 13 (2004), p. 304 ss (p. 304 s: “Alguns procuradores chegam no tribunal com suas experiências nacionais na investigação e perseguição de assassinatos e homicídios locais. Enquanto estes indivíduos investigam no campo, podem formular perguntas importantes que permitam aos sobreviventes desenhar um quadro exato dos sofrimentos da vítima” [“Some prosecutors come to the Tribunal with domestic experience in investigating and prosecuting local murders and homicides. When these individuals investigate in the field, they may ask leading questions that do not allow survivors to paint a full picture of the suffering they endured”] [nota rodapé omitida]).

187 Cfr. UN/SC/Res/1820 (*supra* n. 21), par. 1: “[...] que a violência sexual, quando é usada como uma tática de guerra a fim de dirigir-se deliberadamente contra civis ou quando é parte de um ataque generalizado ou sistemático contra populações civis, pode exacerbar significativamente situações de conflitos armados e pode impedir o restabelecimento da segurança e paz internacional, se afirma a este respeito que passos efetivos para prevenir e responder a estes atos de violência sexual podem contribuir significativamente com a manutenção da segurança e a paz internacional” [“[...] that sexual violence, when used or commissioned as a tactic of war in order to deliberately target civilians or as a part of a widespread or systematic attack against civilian populations, can significantly exacerbate situations of armed conflict and may impede the restoration of international peace and security, affirms in this regard that effective steps to prevent and respond to such acts of sexual violence can significantly contribute to the maintenance of international peace and security”]. Veja também: Conselho de Segurança das Nações Unidas - Resolução 1960, 16 de dezembro de 2010 (“UN/SC/Res/1960”), Preâmbulo, par. 11: “[...] se observa que este tipo de mecanismos pode promover não só a responsabilidade individual por crimes graves, mas também a paz, a verdade, a reconciliação e os direitos das vítimas” [“[...] noting that such mechanisms can promote not only individual responsibility for serious crimes, but also peace, truth, reconciliation and the rights of the victims”]. Também, UN/SC/Res/1820 (*supra* n. 21), par. 4: “[...] a importância de

leva a sério o potencial destrutivo da violência sexual.¹⁸⁸ Sob o ponto de vista dos fins clássicos da pena, pode-se afirmar, com bons fundamentos, que as investigações focadas confirmam (contra os fatos), com especial ênfase, a norma de proibição lesionada com a violência sexual. E, com isso, geram o efeito de uma prevenção geral (positiva).¹⁸⁹ Simultaneamente, simbolicamente, fica claro que os delitos sexuais implicam em um estigma especial.

Por último, o emprego de uma equipe altamente especializada dentro de uma promotoria pode incrementar a eficiência de toda a instituição, no sentido de um efeito reflexo. Em relação à qualidade da decisão de investigar, em especial, no que concerne à redação da acusação, um princípio de investigação focalizada pode aumentar a quota de êxito (probabilidade de condenação) dos delitos sexuais.¹⁹⁰

3.2.2 Argumentos contrários a investigações orientadas

No geral, os delitos sexuais não são cometidos de forma isolada, senão *em relação* com outros delitos. Por exemplo, no âmbito do Direito Penal Internacional, como parte do ataque generalizado contra a população civil. A respeito disso, coloca-se em questão se os delitos sexuais podem ser razoavelmente extraídos do contexto mais amplo em que foram cometidos e processados de maneira separada, focada ou não.

Em todo caso, quando existem entrecruzamentos completos (fáticos) ou um vínculo estreito com outros fatos, isto se torna difícil de ser concebido. Na prática, as autoridades encarregadas da investigação observam, em primeiro lugar, os grandes fatos macro-criminais subjacentes, amplamente estendidos, antes de tudo em sua totalidade. A focalização só é realizada depois de uma análise sumária das eventuais penalidades.

terminar com a impunidade deste tipo de ato como parte de uma proposta integral na busca da justiça, verdade, reconciliação nacional e paz sustentável" ["... the importance of ending impunity for such acts as part of a comprehensive approach to seeking sustainable peace, justice, truth, and national reconciliation"]. Caso semelhante, UN/SC/Res/1880 (*supra* n. 21), Preâmbulo, par. 8.

188 Por exemplo, Ni Aolain/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (428) remetem a uma "resistência jurídica e intelectual em curso a aceitar a extensa prova empírica de que os ataques dirigiram-se especificamente contra os corpos das mulheres para promover objetivos político-militares" ["ongoing intellectual and legal resistance to accepting the extensive empirical evidence that women's bodies have been specifically targeted to further military-political objectives"].

189 Neste sentido, na discussão atual de Direito Penal Internacional fala-se de "expressivismo". Segundo Drumbl, *Atrocity, punishment, and international law*, 2007, p. 173 ss, com isso deveria deixar claro que o objetivo da pena é fortalecer a confiança do público no Estado de direito e contribuir com a difusão pedagógica das narrativas de crimes de direito internacional. O expressivismo e a teoria clássica da prevenção geral positiva têm inclusive o mesmo ponto de partida: fortalecer a confiança no Estado de direito através das penas.

190 Veja, por exemplo: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (434): "Neste contexto, é fundamental que as investigações e perseguições sejam focalizadas para tornarem-se eficazes. Deve-se fazer uma seleção cuidadosa, tendo em conta o alcance e centro de qualquer investigação, ou perseguição, num caso. Desde o começo, deve-se adotar um eixo focalizado em crimes violentos sexuais e baseados no gênero, durante a etapa de análise preliminar e, antes de tomar a decisão de iniciar uma investigação em algum país" ["In this context, it is crucial that investigations and prosecutions are focused to be effective. Careful selections need to be made regarding the scope and focus of any investigation or prosecution in a case. A focused approach to sexual and gender-based violent crimes must be taken from the outset, during the pre-analysis phase and before any decision is made to initiate an investigation in any country"].

Somado a isso, devem contemplar os *recursos* (limitados) da justiça penal internacional: o tratamento prioritário de determinados fatos e a permanência dos mesmos recursos, só podem levar em detrimento de outros, igualmente graves e relevantes. Isto já é evidente numa instituição permanente como o TPI.

3.2.3 Implementação prática

A concreta implementação da ideia de investigações focalizadas na prática pode ser pensada de diferentes maneiras. Um princípio (quicá demasiado) amplo “supõe que estes crimes sejam selecionados e sua investigação e persecução priorizada, inclusive, se isso significa que não tenham recursos suficientes para investigar homicídios qualificados ou outros delitos graves que não implicam em violência sexual”¹⁹¹

Parece mais realista fazer a persecução, focalizadamente, em determinados âmbitos da criminalidade. Neste sentido, também nos sistemas de persecução penal nacional, existem investigações focalizadas em especiais e relevantes âmbitos da criminalidade, como no direito penal de drogas, econômico, tributário ou da corrupção.

Cada vez mais, os crimes de direito internacional são considerados, em nível nacional, como um segmento especial e se criam unidades de investigação especiais dentro dos organismos nacionais de persecução.¹⁹² Em nível supranacional, este tipo de especialização também está presente no direito europeu.¹⁹³

Da mesma maneira, podem ser criadas unidades especiais para a persecução de delitos sexuais. Estes tipos de unidades já existem em sistemas de justiça penal, nos quais os delitos sexuais são considerados como um relevante problema social e uma correspondente vontade política de

191 FICHL, Seminário: *Thematic Investigation and Prosecution of International Sex Crimes*, conceito e programa disponíveis em: http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/activities/110307-08_Seminar_on_thematic_prosecution_Concept_and_programme_110207.pdf, consultado em 17 de outubro de 2011.

192 Por exemplo, países europeus como Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Suécia, Países Baixos, Noruega, Grã Bretanha e, também, Estados Unidos Veja uma sinopse em: Schurr, *Strategies for the Effective Investigation and Prosecution of Serious International Crimes: The Practice of Specialised War Crimes Units*, Redress/fidh, 2010, disponível em: http://www.fidh.org/IMG/pdf/The_Practice_of_Specialised_War_Crimes_Units_Dec_2010.pdf, consultado em 12 de outubro de 2011 (lista geral em p. 31). Como exemplo de um dos países com uma situação no TPI (“situation countries”), neste momento estabelecerá em Uganda uma “Divisão de Crimes Internacionais” [“International Crimes Division”] na “Corte Suprema” [“High Court”] com seções correspondentes na Procuradoria e Polícia Criminal, cfr. o site da internet do Poder Judicial de Uganda, disponível em: http://www.judicature.go.ug/index.php?option=com_content&task=view&id=117&Itemid=154, consultado em 12 de outubro de 2011. Schurr, *ibidem*, p. 18, põe em dúvida se os tribunais nacionais podem estar realmente capacitados para perseguir crimes internacionais quando não contam com departamentos especializados.

193 O Conselho da União Europeia estabeleceu, por meio da Resolução 2002/494/JHA, 13 de junho de 2002, uma rede europeia de pontos de contato a respeito de crimes internacionais para facilitar a cooperação entre as autoridades internacionais competentes (*ibidem*, artigo 1). Também, a Resolução do Conselho 2003/335/JHA, 8 de maio de 2003, exortou os membros “[a] considerar a necessidade de estabelecer ou designar unidades especializadas no âmbito das autoridades competentes para fazer cumprir a lei, com a responsabilidade especial de investigar e, no caso, de perseguir os crimes em questão” [“to consider the need to set up or designate specialist units within the competent law enforcement authorities with particular responsibility for investigating and, as appropriate, prosecuting the crimes in question”] (*ibidem*, artigo 4).

resolvê-los está vinculada aos recursos.¹⁹⁴ Na Promotoria do TPI, formou-se uma unidade deste tipo (Unidade para temas de gênero e crianças);¹⁹⁵ estruturas semelhantes existem em outros tribunais internacionais/híbridos.¹⁹⁶ As unidades especializadas dentro das Promotorias devem diferenciar-se das unidades especializadas para auxílio das vítimas, que, no caso do TPI, do ponto de vista organizativo, estão atribuídas à Secretaria.¹⁹⁷ Este tipo de unidade tem competência para a proteção de vítimas e testemunhas.

Em troca, as unidades especiais dentro da Promotoria são parte do aparato de persecução penal de modo que as vítimas sejam consideradas como testemunhas de apoio à acusação. A respeito da obrigação da Promotoria de proteger as vítimas e testemunhas durante a etapa de investigação (cfr. art. 68(1) do Estatuto do TPI),¹⁹⁸ as unidades especiais, bem como os consultores encarregados do desenho de políticas, podem contribuir com o cumprimento desta obrigação. Deste modo, lê-se na “Estratégia de persecução” da Promotoria:

“A Promotoria trabalhará com atores externos, entre outros, a respeito de crimes sexuais e de gênero para poder atualizar constantemente as técnicas de persecução.”¹⁹⁹

194 Por exemplo, na Alemanha. Com relação aos departamentos especiais de justiça enquanto ao tratamento da violência sexual na Libéria cfr. Golakeh, *Liberia Becoming Leader in Eradicating Sexual and Gender-Based Violence*, Global Press Institute, em 14 de junho de 2011, disponível em: <http://www.globalpressinstitute.org/print/733>, consultado em 12 de outubro de 2011.

195 Cf. Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (434, 489); assim, o (antigo) promotor Moreno Ocampo nomeou em novembro de 2008 Catharine MacKinnon como “assessora especial de gênero” [“special gender adviser”], para fazer frente as crescentes críticas (cfr. Sellers *supra* n. 173), p. 330 no n. 81, veja comunicado de imprensa do TPI, *ICC Prosecutor appoints Prof. Catharine A. MacKinnon as Special Adviser on Gender Crimes*, 26 de novembro de 2008, ICC-OTP-20081126-PR377, disponível em: http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20%282008%29/icc%20prosecutor%20appoints%20prof_%20catharine%20a.%20mackinnon%20as%20special%20adviser%20on%20gender%20crimes, consultado em 12-10-2011. O Estatuto do TPI prevê em seu artigo 42 (9), que o promotor “nomeará assessores jurídicos especialistas em determinados temas como, por exemplo, violência sexual, violência por razões de gênero e violência contra crianças”.

196 No ano de 1994, Patricia Viseur Sellers foi designada como assessora jurídica da Promotoria perante o TPIY para “gênero” (cfr. Sellers *supra* n. 173), p. 307). Segundo Michelle Jarvis, assessor jurídico sênior da Promotoria, mediante email o autor no 13 de setembro de 2011, em 1995 se formou uma “equipe de investigação de estupro e agressão sexual” [“sexual assault and rape investigation team”] na Promotoria e nos anos seguintes empregaram investigadoras especialmente qualificadas. Atualmente um “Grupo de trabalho para a perseguição da violência sexual” [“Prosecuting Sexual Violence Working Group”] dentro da Promotoria tem a tarefa de reforçar o trabalho nos assuntos relacionados com o “gênero”; foi nomeado um assessor jurídico sênior [Senior Legal Advisor] com conhecimentos especializados. Posteriormente (1995-1999), Sellers foi também assessora jurídica para “gênero” na Procuradoria do TPIR, onde depois de sua nomeação teve dois assessores deste tipo (cfr. Sellers *supra* n. 173), p. 307). Porém, desde o ano 2000, já não tem mais destes assessores no TPIR (Sellers *supra* n. 173), p. 314 s). Na CESL o Promotor David Crane “incorporou políticas e modalidades para investigações de crimes cometidos contra mulheres” [“incorporated policies and modalities to investigations of crimes committed against women”], mas não nomeou um assessor para “gênero”, veja Sellers *supra* n. 173), p. 316. Nas Salas Especiais dos Tribunais de Camboya, SETC (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*), não houve um assessor especial (Sellers *supra* n. 173), p. 316), mas no ano 2009 se determinou: “Com respeito à solicitação de que investigadoras [femininas] treinadas em gênero e intérpretes sejam designadas para dirigir entrevistas, relacionadas com supostos matrimônios forçados, os juízes co-investigadores afirmaram a necessidade de técnicas compatíveis em casos concernentes a testemunhos de violência sexual e violência baseada no gênero. Apesar de que a equipe atual do Escritório de Juízes Co-investigadores não inclui investigadoras [femininas], estão realizando todos os esforços para assegurar que sejam implementadas as melhores práticas” [“With respect to the request that gender trained female investigators and interpreters be assigned to conduct interviews relating to forced marriage allegations, the Co-Investigating Judges affirm the need for gender sensitive techniques in cases concerning sexual and gender-based violence testimony. Although the current staffing of OCIJ does not include female investigators, all efforts are being made to ensure best practices are fully implemented”]. Veja SETC, Office of the Co-Investigating Judges [Escritório de Juízes Co-investigadores], *Order on Request for Investigative Action Concerning Forced Marriages and Forced Sexual Relations*, 18 de dezembro de 2009, 002/19-09-2007-ECC-OCIJ, D268/2, par. 15.

197 Por exemplo, no TPI existe uma “Dependência de Vítimas e Testemunhas” (cfr. artigo 43 (6) Estatuto do TPI). Cfr. também o site da internet desta Dependência, disponível em: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Protection/Victims+and+Witness+Unit.htm>, consultado em 11 de outubro de 2011.

198 Art. 68 (1) Estatuto do TPI, veja *supra* n. 177.

199 ICC OTP [Promotoria do TPI], *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1º de fevereiro de 2010, par. 29, disponível em: <http://www.icc-cpi.int/>



As unidades especiais, no âmbito da Secretaria, também podem assistir à Promotoria.²⁰⁰ Neste sentido, por exemplo, os investigadores da Promotoria do TPI que se desempenharam na Uganda, foram especialmente capacitados para tratar de delitos sexuais.²⁰¹

3.3 PERSPECTIVAS

“As investigações temáticas” só podem ser compreendidas como investigações focalizadas sem o efeito de deslocar ou excluir outros delitos de modo similar daquelas que foram estabelecidas nos sistemas de justiça penal nacional sob a forma de promotorias focalizadas para determinadas áreas da criminalidade. A respeito disso, deve-se priorizar uma profissionalização e especialização das autoridades de investigação, por exemplo, através da criação de unidades especializadas como a Unidade para temas de gênero e crianças no âmbito da Promotoria do TPI.²⁰²

No plano da política criminal, podem-se elaborar, em primeiro lugar, os pontos estratégicos centrais das autoridades de persecução através da criação de conselhos assessores ou a nomeação de consultores encarregados do desenho de políticas²⁰³. E, logo comunicar à sociedade sobre o processo. As investigações temáticas, assim compreendidas, podem ser um meio útil para criar uma consciência mais ampla a respeito do problema e contribuir para uma confirmação enérgica da proibição penal da violência sexual.

Ademais, este tipo de investigação pode ajudar para uma melhor compreensão do contexto global macro-criminal dos respectivos crimes. Se bem que é certo que a prática desenvolvida, até o momento, pode, ainda, ser melhorada e se mantém como necessária à adaptação constante e dinâmica às novas circunstâncias. Devem ser registrados, porém, os consideráveis progressos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER/KESSLER FERZAN, *Crime and Culpability - A Theory of Criminal Law*, 2009.

AMBOS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4 de novembro de 2010.

[menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/prosecutorial%20strategy%202009%20_%202012?lan=en-GB](#), consultado em 12 de outubro de 2011.

200 Ni Aolain/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (436): “serviços de apoio especializado [...] são vitais para a perseguição exitosa da violência de gênero” [“specialized support services [...] [as] vital to the successful prosecution of gendered violence”].

201 Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (487).

202 Cfr. Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (489).

203 Veja *supra* n. 196; cfr. também: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (494 ss).

_____, *Internationales Strafrecht*, 3ª edição, 2011, § 5 n. 3, § 7 nm. 11.

_____, *LJIL* 22 (2009).

AMNESTY INTERNATIONAL, COLOMBIA: *"This is what we demand, justice!" Impunity for sexual violence against women in Colombia's armed conflict*, AMR 23/018/2011, 2011, disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR23/018/2011/en> (consultado em 14 de novembro de 2011).

_____, *Rape and Sexual Violence. Human Rights Law and Standards in the International Criminal Court*, IOR 53/001/2011, março de 2011 disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR53/001/2011/en> (consultado em 30 de abril de 2011).

_____, *Rights Law and Standards in the International Criminal Court*, IOR 53/001/2011, março de 2011, disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR53/001/2011/en> (consultado em 30 de abril de 2011),

AOLÀIN/HAYNES/CAHN, *ICLR* 11 (2011).

ARIEFF, *Sexual Violence in African Contexts* (disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R40956.pdf> [consultado em 14 de novembro de 2011]).

ASKIN, em: Askin/Koenig (edit.), *Women and international human rights law*, vol. 1, 2001.

_____, em: Brown (edit.), *Research Handbook on International Criminal Law*, 2011.

AYAT, *ICLR* 10 (2010).

BEDONT/HALL-MARTINEZ, *Brown Journal of World Affairs (BJWA)* 1999, 65 (66 ss).

BERGSMO, *International Sex Crimes as a Criminal Justice Theme*, Forum for International Criminal and Humanitarian Law (FICHL) Policy Brief Series Nº 4, 2011, disponível em: <http://www.ficlh.org/policy-brief-series/> (consultado em 14 de novembro de 2011).

BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010.

BOOT/HALL, em: Triffterer (edit.), *Commentary on the Rome Statute*, 2ª ed. 2008, art. 7, n. 42, 48, n. 246.



BROUWER, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence - The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, 2005.

BROWNMILLER, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, 1976.

CHINKIN, em: Cassese [edit.], *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009.

DI FABIO, em: Nooke/Lohman/Wahlers (edit.), *Menschenrechte in unterschiedlichen Kulturräumen*, 2008, disponível em: <http://www.kas.de/wf/de/33.14437/> (consultado em 14 de novembro de 2011).

DRUMBL, *Atrocity, punishment, and international law*, 2007.

DUBE, *Rape Laws in India*, 2008.

DYANI, *AJGSPL 15* (2007) .

ELLERS, em Center for Human Rights (edit.), *Gender based Violence in Africa: Perspectives from the Continent* 51, disponível em: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/gender-publications.html> (consultado em 12 de outubro de 2011).

ENGLE, *AJIL* 99 (2005), 792.

FICHL, Seminário: *Thematic Investigation and Prosecution of International Sex Crimes*, conceito y programa disponíveis em: http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/activities/110307-08_Seminar_on_thematic_prosecution__Concept_and_programme__110207.pdf, consultado em 17 de outubro de 2011.

FIDH, *Crimes of sexual violence: Overcoming taboos, ending stigmatization, fighting impunity*, 29 de outubro de 2007, disponível em: http://www.fidh.org/IMG/pdf/Note_crimes_sexuels_EN.pdf, consultado em 17 de outubro de 2011.

FRANCESCHY OTROS, *Alert! Report on conflicts, human rights and peacebuilding*, 2009, disponível em: http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com_content&view=article&id=132%3Aalerta&catid=61%3Aalerta&Itemid=89&lang=en (consultado em 14 de novembro de 2011)

FRANKLIN, *The Georgetown Journal of Gender and the Law (GJGL)* 9 (2008), 181 (209 ss).

GABRIEL, *Eyes on the ICC 1 (2004)*, 43 (47: "un hito en la codificación de crímenes de violencia sexual y de género" ["landmark in codifying crimes of sexual and gender violence"]).

GIL GIL, em: Ramírez Moncayo e outros (edit.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo 3, Derecho Penal, 2010.

GLESS, *Internationales Strafrecht*, 2011.

HAYES, em Darcy/Powderly (edit.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

HEFENDEHL (edit.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010.

HEINEMANN (edit.), *Sexual Violence in Conflict Zones – From the Ancient World to the Era of Human Rights*, 2011.

HÖRNLE, em: Laufhütte/Rissing-van Saan/ Tiedemann (edit.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Tomo 6, 12ª edição, 2009.

HÜNERBEIN, *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht: Schuldpruch und Strafe*, 2005.

HUSAK, *Overcriminalization - The Limits of Criminal Law*, 2008.

INTERNATIONAL CRIMINAL AND HUMANITARIAN LAW (FICHL), *Policy Brief Series* Nº 4, 2011, disponível em: <http://www.fichl.org/policy-brief-series/> (consultado em 14 de novembro de 2011).

KANNABIRAN [edit.], *Halsbury's Laws of India. 5 (2). Criminal Law-II*, 2006.

KOCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2007.

LAWSON, *Southern Illinois University Law Journal (SIULJ)* 33 (2008/2009).

LUPING, *AUJGSPL* 17 (2009).

MCGLYNN/ MUNRO, *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, 2010.

MOUTHAAN, *International Criminal Law Review (ICLR)* 11 (2011) 775 (783 s).

MÜTING, *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, 2010, pág. 8 ss; Hagay-Frey, *Sex and Gender Crimes in the New International Law. Past, Present, Future*, 2011



NDULO, *Berkeley Journal of International Law*, 27, 2009.

NÌ AOLÀIN/HAYNES/CAHN, *ICLR* 11 (2011).

OMANYONDO OHAMBE e outros., *Women's Bodies as a Battleground, Sexual Violence Against Women and Girls During the War in the Democratic Republic in Congo (South Kivu 1996-2003)*, Informe 2005, disponível em: http://www.international-alert.org/pdf/sexual_violence_congo_english.pdf [consultado 14 de novembro de 2011].

OXFAM, *Sexual Violence in Colombia - Instrument of War, Briefing Paper*, setembro de 2009, disponível em: <http://www.oxfam.org/en/policy/sexual-violence-colombia> (consultado em 14 de novembro de 2011).

SÁCOUTO/CLEARY, *AUJGSPL* 17 (2009).

SCHOMBURG/PETERSON, *AJIL* 101 (2007) .

SCHOMBURG/PETERSON, *American Journal of International Law (AJIL)* 101 (2007), 121 (126).

VAN SCHAACK, *AUJGSPL* 17 (2009).

ZIMMERMANN/GEIß, em: Joecks/Miebach (edit.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 6/2, 200.

VIOLÊNCIA SEXUAL NOS CONFLITOS ARMADOS E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

KAI AMBOS

Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na *Georg August Universität Göttingen*. Diretor do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da mesma universidade. Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen, desde março de 2006. Decano para Estudos (Studiendekan) da Faculdade de Direito (2008-2010). Entre 1991 e 2003, foi responsável pelas áreas de Direito Penal Internacional e Hispano América no Instituto Max-Planck de Direito Estrangeiro e Internacional de Friburg. Autor, entre outros, dos livros: *Anistia, Justiça e impunidade. Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*. (2010) e *Processo penal internacional* (2012). Para mais informações, acessar: www.department-ambos.uni-goettingen.de.

TRIBUNALE
SULLA REPRESSIONE
ROMA 10-17 GEN

FOTOS: TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



RUSSELL II
IN AMERICA LATINA
MAIO 1976

ESPECIAL

▼

“A DECISÃO DE REUNIR O TRIBUNAL FOI ANUNCIADA PUBLICAMENTE EM BRUXELAS, EM 6 DE NOVEMBRO DE 1973. NA OCASIÃO, ESTAVA ACONTECENDO UMA GRANDIOSA EXPOSIÇÃO ORGANIZADA PELO GOVERNO MILITAR BRASILEIRO, NO CORAÇÃO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA, COM O OBJETIVO DE ILUSTRAR O “MILAGRE BRASILEIRO” DEZ ANOS DEPOIS DO GOLPE DE ESTADO. O ANÚNCIO DO SEGUNDO TRIBUNAL RUSSELL CONSTITUIU UM CONVITE A INTERROGAR-SE SE O CRESCIMENTO ECONÔMICO PODE SER CONSIDERADO UM VALOR ABSOLUTO, QUANDO SE FUNDAMENTA NO SACRIFÍCIO DO VALOR DA PESSOA, DA VIDA, DA INTEGRIDADE E DA DIGNIDADE DE MILHÕES DE SERES HUMANOS.”



A DIGITALIZAÇÃO DOS FUNDOS DO TRIBUNAL RUSSELL II

DE UM ARQUIVO ITALIANO À MEMÓRIA DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA

Fundação Lelio e Lisli Basso – ISSOCO (Roma, Itália)

Em um comunicado de imprensa difundido em Roma, em 12 de outubro de 2012, com o título “Memória e verdade – Assinado o acordo com o Brasil para a digitalização do arquivo Basso sobre os crimes das ditaduras militares na América Latina”, reconhecia-se oficialmente que, junto à Embaixada do Brasil, a Fundação Basso havia assinado o contrato para a execução de um projeto concordado com o governo brasileiro para a recuperação da memória das vítimas das ditaduras militares no Brasil e na América Latina.

Para explicar como se chegou a este acordo, é útil fornecer, preliminarmente, ao público brasileiro, algumas informações sumárias sobre a Fundação Basso e a pessoa que a instituiu e, ainda hoje, inspira sua atividade. E, assim, percorrer brevemente o enredo original do Tribunal Russell II sobre a repressão na América Latina.

1. LELIO BASSO E A SUA FUNDAÇÃO

Lelio Basso (1903-1978) foi um extraordinário protagonista da vida pública italiana do século XX¹.

Político socialista, ativamente comprometido desde a década de 1920 na luta política e na discussão teórica, foi partigiano, parlamentar, advogado, bibliófilo, participante ativo da Assembleia

Constituinte: a ele a Itália deve, entre outros, o art. 3 caput da Constituição da República Italiana, que sanciona a obrigação da República de remover os obstáculos “de ordem econômica e social” que impedem de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos.

Definia a si mesmo um revolucionário, precisando seu pensamento desta forma: “(...) o que distingue o verdadeiro revolucionário do reformista não é a luta para a conquista violenta do poder, (...), mas a capacidade de intervenção subjetiva nos processos objetivos de desenvolvimento da sociedade”. Para este fim, considerava decisiva a atividade cultural: “Se acreditamos em uma civilização diferente daquela em que vivemos, não podemos não perceber que devemos prepará-la com um trabalho político e um trabalho cultural. O comprometimento político é inseparável do comprometimento cultural: são duas circunstâncias indivisíveis. Diferentemente, não é possível mudar nada”.

Conforme esta visão, Lelio Basso, que, desde jovem, havia começado a construir aquela que se tornará uma importante biblioteca sobre a história do pensamento político moderno e contemporâneo e dos movimentos de massa, na segunda metade dos anos sessenta, fundou o “Instituto para o estudo da sociedade contemporânea” (Issoco) com o objetivo de enriquecer o quadro cultural da esquerda.

Da fusão deste Instituto com a, já rica, biblioteca, nasceu, em 1973, a “Fundação Lelio e Lisli Basso-Issoco”. Elevada à entidade moral com um decreto de 18 de junho de 1974, foi sediada em um antigo edifício do centro histórico de Roma, adquirido pelo próprio Basso e pela esposa Lisli e doado à Fundação.

A atividade da Fundação apoia-se, ainda hoje, embora de forma renovada, nas bases originárias constituídas pela Biblioteca, pelo Arquivo histórico e por um instituto de pesquisas que reúne estudiosos de várias disciplinas.

Em 1976, Lelio Basso constituiu, ainda, a “Fundação Internacional Lelio Basso para o Direito e a Libertação dos Povos”. O escopo principal era o de criar e sustentar uma estrutura permanente, cujo fundamento cultural e programático fosse constituído pela Declaração Universal dos Direitos dos Povos, proclamada em Argél em 4 de julho de 1976. Desta forma, quis-se consolidar e continuar a experiência – da qual se tratará no parágrafo seguinte – iniciada em 1966 com o Tribunal Internacional “Russell” sobre o Vietnã e que prosseguiu entre 1973 e 1976 com o Tribunal “Russell II” sobre a repressão no Brasil, Chile e América Latina. Sucessivamente instituiu-se, em junho de 1979, o “Tribunal Permanente dos Povos” (TPP), que continua, ainda hoje, sua atividade².

2 Para maiores informações: www.internazionaleleliobasso.it.

Ao longo dos anos, ocorreram 39 sessões do TPP que abrangeram os setores mais diferentes, das políticas do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial (Berlim, 1988; Madri, 1994) aos desastres ambientais (Bhopal, 1992; Londres, 1994) e às violações dos direitos da criança no Brasil (São Paulo, 1999). As últimas sessões do TPP puseram em foco: “As violações dos direitos humanos na Argélia” (2004), “Companhias multinacionais e direitos dos povos na Colômbia” (2006-2008), “Políticas neoliberais e multinacionais europeias na América Latina” (Viena, 2006; Lima, 2008; Madri, 2010), “Sri Lanka e povo Tâmil” (Dublin, 2010), “Companhias transnacionais agroquímicas” (Bangalore, 2011). Todas as sentenças são enviadas às principais instâncias internacionais. E muitas delas foram discutidas pela Comissão dos Direitos Humanos do ONU em Genebra.

Em 2005, as duas fundações instituídas por Lelio Basso foram unificadas e a estrutura e atividade da Fundação Internacional convergiram na “Seção Internacional da Fundação Basso”.

A Fundação Basso promove, até hoje, pesquisas, cursos de formação, seminários e congressos, exposições, publicações. O âmbito em que ela atua é o histórico-social e jurídico-institucional. Este é, também, o âmbito de sua provida biblioteca e das diferentes seções do seu arquivo.

A biblioteca tem uma dimensão internacional: possui cerca de 100.000 volumes e 5.000 periódicos, atualmente informatizada em SBN, e regularmente acessível ao público. O seu acervo reúne nas próprias seções livros e periódicos concernentes à história do pensamento político moderno e contemporâneo e aos movimentos de massa.

É especializada em ciências históricas, jurídicas, politológicas, sociológicas, sendo considerada muito importante pela coleção das fontes (periódicos, autos de congressos e assembleias, etc.). Conserva fundos originais particularmente raros e preciosos sobre a evolução do conceito de democracia e a história dos movimentos de massa a partir do século XVI. E, além disso, do fim do século XVIII até os nossos dias, sobre a Revolução Francesa, a Primeira, a Segunda e a Terceira Internacional, a Comuna de Paris, o Ano de 1848 na Europa, a Socialdemocracia Alemã, o Movimento Operário Italiano seja socialista ou católico, a história das mulheres.

Entre os periódicos, há, também, publicações muito raras, números únicos, jornais clandestinos, etc. Desde 1988, a Biblioteca Basso participa do Serviço Bibliotecário Nacional e, recentemente, também do projeto da Biblioteca digital italiana. O Arquivo histórico reúne, nas suas seções, documentos de grande interesse concernentes à história do pensamento político moderno e contemporâneo e aos movimentos de massa. A Fundação herdou o patrimônio arquivístico produzido e reunido por Lelio Basso durante sua atividade política e cultural; este patrimônio foi incrementado através da aquisição de fundos de grande interesse e valor.



O primeiro órgão deste tipo foi o Tribunal Internacional sobre os Crimes de Guerra no Vietnã, instituído em 1966, por iniciativa de Bertrand Russell (por isso, a denominação “Tribunal Russell”) e presidido por Jean Paul Sartre.

No total, são conservados, atualmente, 56 fundos; tal patrimônio compreende todos os documentos de Basso relativos à sua atividade política e cultural; os documentos do socialismo e anarquismo do início do século XX; os documentos dos movimentos cristãos sociais; documentação sobre a política italiana e internacional; documentação referente aos movimentos das décadas de sessenta e setenta, e os arquivos editoriais.

Completam o patrimônio arquivístico da Fundação os fundos relativos à atividade internacional e para os direitos dos povos. Ações conduzidas pelo próprio Basso, através do Tribunal Russell, pela Fundação Internacional Lelio Basso para o direito e a libertação dos povos, pelo Tribunal Permanente dos Povos e pela (já extinta) Liga Internacional para os Direitos e a Libertação dos Povos.

Além disso, devem ser sinalizados os arquivos institucionais do Issoco e da Fundação, mais as coleções documentárias desta: entre elas, encontram-se os manuscritos do período da Revolução Francesa, a seção relativa a Primeira e Segunda Internacional, os documentos de expoentes da socialdemocracia alemã e russa e a correspondência Gorkij-Bogdanov.

Os fundos são declarados na quase totalidade (com exclusão dos recém-adquiridos) de interesse cultural pela Superintendência Arquivística do Lácio.

Entre as atividades recentes da Fundação, para dar uma ideia do âmbito dos interesses contemplados, é útil salientar algumas delas, as que têm um caráter de permanência:

A. O Observatório para o respeito dos direitos fundamentais na Europa, que oferece um monitoramento sistemático do material jurisdicional, normativo, ou também de outra natureza, relacionado com a tutela dos direitos fundamentais na Europa. O instrumento do Observatório é o site www.europeanrights.eu, que teve mais de 3.000.000 de visitantes até hoje.

B. A “Escola para a boa política”, que organiza ciclos de seminários com relatórios de docentes experientes, sempre finalizados por uma discussão promovida entre os participantes. O tema

central dos encontros de 2011 foi “Bens comuns” (ao mesmo tema é dedicado um volume de estudos multidisciplinares, que encontra-se no prelo); os encontros de 2012 são dedicados ao tema “Os dilemas da democracia contemporânea”; os de 2013, ao tema “Individualismo”.

C. Série de seminários sobre argumentos de caráter prevalentemente filosófico: terminou, há pouco tempo, o ciclo “Sobre a modernidade”, e está em andamento um ciclo com o título “Natureza e história”.

A Fundação, além disso, organiza conferências – também de caráter internacional – sobre assuntos de história, ciência e filosofia política, de direito internacional e europeu, inspiradas no pensamento do seu fundador; realiza, ainda, encontros e debates sobre livros ou assuntos da atualidade.

A Seção Internacional promove, anualmente, os “Cursos para o direito dos povos” e instituiu uma “Escola de jornalismo”, que tem o escopo de fornecer aos alunos os instrumentos culturais para aprofundar as novas problemáticas emergentes no século XXI. E, também, o conhecimento das modernas tecnologias digitais necessárias para o desenvolvimento da profissão jornalística.

A Fundação ativou, há algum tempo, uma intensa colaboração com outros órgãos culturais italianos e estrangeiros. E é sede da Associação das instituições culturais italianas, à qual aderem mais de 90 instituições.

2. O TRIBUNAL RUSSELL II

2.1 UMA INTRODUÇÃO

No fim da Segunda Guerra Mundial, o peso dos horrores revelados, a descoberta das dimensões do holocausto e a esperança de poder construir um futuro diferente, produziram uma grande mudança também na concepção do direito, que transformou progressivamente a cultura jurídica e as mesmas instituições internacionais. Esta nova cultura dos direitos fundou-se na idéia de que todos os seres humanos teriam que ser dotados de algumas prerrogativas essenciais invioláveis por parte dos estados. Portanto, que a soberania estadual não poderia mais ser absoluta: os direitos inalienáveis dos indivíduos, assim, foram resgatados do monopólio da ordem jurídica por parte do estado-nação.

No clima do segundo pós-guerra, esta visão conseguiu se impor. Com base em três valores de base, interligados entre si – paz, direitos humanos, autodeterminação dos povos – conseguiu-



se refundar o Direito Internacional, baseado na Organização das Nações Unidas, instituída em 26 de junho de 1945 e cuja Assembleia aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris em 10 de dezembro de 1948.

Os acontecimentos históricos sucessivos, em primeiro lugar, a divisão do mundo em dois blocos em oposição, e, depois, a mudança da política norte-americana, enfraqueceram a Organização das Nações Unidas e o valor da sua Declaração dos Direitos Humanos. Contudo, se a Declaração de 1948 não conseguiu se tornar o embrião de uma constituição universal, como era esperado, ela marcou a afirmação de princípios tendencialmente universais, que sucessivamente ficarão enraizados sob vários aspectos e em âmbitos diferentes: é suficiente se pensar na Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950), cuja aplicação é garantida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (vigente desde 1978), para a aplicação da qual foi criado o Tribunal Interamericano sobre os Direitos Humanos, e na mais recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

A partir dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio, contra os criminosos de guerra alemães e japoneses, salientou-se a ideia de que a soberania estadual não poderia estender-se até garantir a ditadores sanguinários a impunidade, também em relação aos crimes contra a humanidade: a partir daqui, tem-se a laboriosa construção também de um direito criminal internacional.

Em particular, os “princípios de Nuremberg” foram reafirmados pela Assembleia Geral das Nações Unidas com a Resolução de 11 de dezembro de 1946, como se constituíssem parte integrante da nova ordem internacional. Outros instrumentos internacionais, de valor jurídico desigual, foram aprovados sucessivamente: à Declaração Universal dos Direitos Humanos seguiram a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1960, sobre os povos coloniais; os Pactos sobre os Direitos Cívicos e Políticos e os Direitos Econômicos, Culturais e Sociais de 1966; a Convenção Contra a Tortura, assinada em 10 de dezembro de 1984, e, finalmente, o Estatuto instituidor do Tribunal Criminal Internacional, assinado em Roma, em 17 de julho de 1998.

Deve-se lembrar, também, que a superação da concepção da onipotência do legislador nacional (e, portanto, do poder político estadual) fundamenta o moderno constitucionalismo: desta forma, afirma-se a rigidez das constituições, que são sobreordenadas às leis ordinárias, e, assim, constituem limites e vínculos aos poderes das maiorias, além de serem dotadas de garantias jurisdicionais adequadas – os tribunais constitucionais. Estas garantias dos direitos fundamentais são características das constituições adotadas na segunda metade do século vinte pelos países que alcançaram a democracia depois da queda de regimes totalitários ou autoritários, na Europa e na América Latina.

2.2. OS TRIBUNAIS DE OPINIÃO

Por algumas décadas, as culturas jurídica e política prevalentes não aproveitaram as novidades que a Carta das Nações Unidas havia introduzido no ordenamento jurídico internacional. Só a partir da metade dos anos oitenta, também após proferimentos judiciais – seja do Tribunal Internacional de Justiça, seja de tribunais supremos ocidentais – pode-se afirmar que foi aceita a opinião de que, pelo menos para uma série de disposições relativas aos direitos fundamentais, as normas da Declaração são parte do direito internacional geral, enquanto direito consuetudinário em que todos os países se reconhecem.

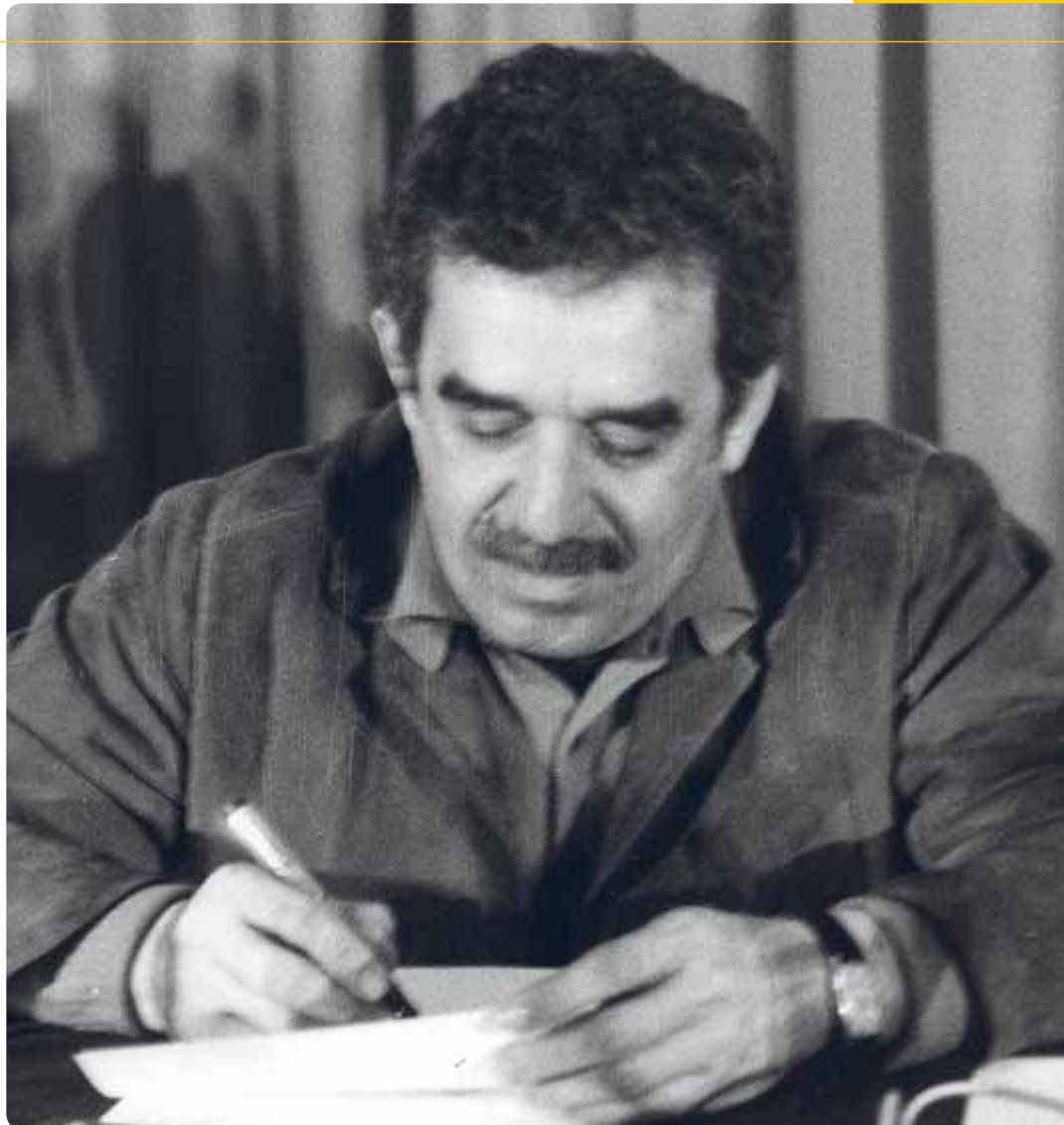
Essa difícil evolução teve, entre seus motores principais, a mobilização crescente de massas de mulheres e homens através do mundo. Em particular, nas décadas transcorridas na trabalhosa busca de um acordo pela instituição do Tribunal Criminal Internacional, a exigência de justiça manifestada pelas vítimas e pela opinião pública democrática, em relação aos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, encontrou uma resposta nos Tribunais de opinião. Foram constituídos júris formados por personalidades de grande respeitabilidade internacional, chamadas a julgar (com efeito meramente moral, mas muitas vezes de grande impacto na opinião pública) graves violações dos direitos humanos, cujas vítimas não tinham acesso às instâncias oficiais.

O primeiro órgão deste tipo foi o Tribunal Internacional sobre os Crimes de Guerra no Vietnã, instituído em 1966, por iniciativa de Bertrand Russell (por isso, a denominação “Tribunal Russell”) e presidido por Jean Paul Sartre.

Entre as personalidades convidadas em Londres, em novembro de 1966, para dar vida ao “Tribunal”, estava Lelio Basso, conhecido pelo seu engajamento como antifascista e resistente ao nazifascismo durante a guerra, pela contribuição dada à Constituição Italiana como membro da Assembleia Constituinte e por seu prestígio de estudioso marxista.

Em 15 de novembro de 1966, essas personalidades constituíram um “Tribunal Internacional contra os Crimes de Guerra cometidos no Vietnã”. A primeira Sessão do Tribunal deveria ser realizada em Paris, mas o general De Gaulle, na época Presidente da República, proibiu a expedição de um visto de entrada na França a Vladimir Dedijer, ilustre personalidade da resistência iugoslava ao nazismo e componente do júri, alegando o caráter subversivo da iniciativa porque “o exercício da jurisdição não pertence senão ao Estado”. A Sessão foi transferida para Estocolmo, onde se realizou, regularmente, de 2 a 10 de maio de 1967.

Ao abrir a sessão inaugural, Jean Paul Sartre reivindicou a legitimidade da iniciativa afirmando: “O Tribunal Russell não substitui nenhum poder legítimo: [...] nossa impotência é a garantia da nossa



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.

independência [...]. Não representando governos nem partidos, nós não podemos receber ordens de ninguém: examinaremos os fatos de acordo com a nossa consciência e em toda liberdade de espírito [...]. Nós não trabalhamos por nós mesmos nem somente pela nossa edificação moral, e não pretendemos impor as conclusões às quais chegaremos como um lampejo. Na verdade, nós desejamos, graças à colaboração dos meios de informação, manter um contato constante entre nós e as massas que, em qualquer parte do mundo, vivem com dor a tragédia do Vietnã [...]. Se as massas ratificarão nosso julgamento, então ele se tornará verdade e nós [...] saberemos que fomos legitimados e que o povo, nos manifestando seu acordo, revela uma exigência mais profunda: a de que um verdadeiro 'Tribunal Contra os Crimes de Guerra' seja criado enquanto órgão permanente, ou seja, que tais crimes possam ser, em toda parte e a qualquer hora, denunciados e sancionados".

Com uma distância de mais de trinta anos, a instituição do Tribunal Criminal Internacional interveio para realizar, mesmo que de forma ainda muito imperfeita, o voto e a profecia expressos por



Sartre. Graças, também, à continuidade e ao enriquecimento que sua inspiração encontrou no engajamento prodigalizado por Lelio Basso na década sucessiva.

À Sessão de Estocolmo do Tribunal sobre o Vietnã seguiu-se uma segunda Sessão instruída em Roskilde (Dinamarca) de 20 de novembro ao primeiro de dezembro de 1967. Ambas foram um sucesso e contribuíram, sensivelmente, para alimentar e fortalecer o movimento contra a guerra no Vietnã.

Lelio Basso foi o relator geral de ambas as Sessões: concorreu de forma determinante à implementação dos trabalhos e ao rigor e clareza das conclusões. E, ao mesmo tempo, pôde verificar as grandes possibilidades de mobilização de massa que tal ação consentia.

2.3. O SEGUNDO “TRIBUNAL RUSSELL”

Sucessivamente a esta experiência, ocorreu que, alguns anos depois, solicitado por exilados brasileiros, Lelio Basso – tendo falecido, neste ínterim, Lord Russell, e a Fundação Russell tendo permitido o uso do nome do seu fundador - constituiu o Tribunal Russell II.

Em outubro de 1971, Basso, na realidade, havia encontrado, em Santiago do Chile, os exilados brasileiros do Comitê de Denúncia da Repressão no Brasil (CDRB), a saber: Almino Afonso, Armenio Guedes e Herbert José de Souza. O então presidente do Comitê, Pablo Neruda, contando com o apoio do Presidente Salvador Allende e do Conselheiro Darcy Ribeiro, pediu e conseguiu de Lelio Basso a promessa de se ocupar do Brasil e da denúncia dos crimes cometidos pela ditadura militar naquele país. Graças à colaboração dos diretores da Fundação Russell, Ken Coates e Chris Farley, foi criada uma grande rede de solidariedade internacional sobre o problema da ditadura militar no Brasil.

O projeto foi elaborado por ocasião de um seminário sobre o tema “Estado e direito em um período de transformação”, ocorrido no Chile de Allende, em janeiro de 1973. Este evento foi organizado pelo Instituto para o estudo da sociedade contemporânea (Issoco), fundado e dirigido pelo próprio Basso, em colaboração com o Ministério da Justiça chileno e com o “Centro de Estudios de la Realidad Nacional de la Universidad Católica de Chile” (Ceren), através de uma conspícua troca de reflexões e análises sobre o processo de militarização da América Latina.

Tal processo, iniciado em 1964, com a instauração da ditadura militar no Brasil, contou com uma própria base ideológica maciça que se exprimia na chamada “Doutrina da Segurança Nacional”. E já começava se estendendo à grande parte da América Latina.

O sucessivo golpe de estado no Chile confirmou as análises que se baseavam no projeto. E determinou a extensão do objeto do Tribunal – inicialmente concebido para a situação do Brasil – aos outros Países progressivamente sujeitados a golpes de estado militares.

Sucessivamente ao golpe no Chile de 11 de setembro de 1973, se constituíra, junto à Fundação Basso em Roma, uma ampla rede de solidariedade internacional. Graças à esta rede, se pôde dar vida ao Tribunal Russell II para denunciar a violação dos direitos humanos no Brasil por parte das ditaduras militares no Chile e na América Latina.

A decisão de reunir o Tribunal foi anunciada publicamente em Bruxelas, em 6 de novembro de 1973. Na ocasião, estava acontecendo uma grandiosa exposição organizada pelo governo militar brasileiro, no coração da comunidade econômica europeia, com o objetivo de ilustrar o “milagre brasileiro” dez anos depois do golpe de estado. Um “milagre” que escondia a barbárie e a desumanização que eram o seu pressuposto. O anúncio do Segundo Tribunal Russell constituiu um convite a interrogar-se se o crescimento econômico pode ser considerado um valor absoluto, quando se fundamenta no sacrifício do valor da pessoa, da vida, da integridade e da dignidade de milhões de seres humanos.

Basso engajou-se na criação de uma rede internacional de comitês de apoio (formaram-se comitês na França, Bélgica, Luxemburgo, Porto Rico, Argentina, Canadá, Alemanha, Suíça, México, Portugal, Panamá, Dinamarca; na Itália em Gênova, Veneza, Sanremo, Milão), estritamente coligada com a ação de denúncia – junto à opinião pública – das violências perpetradas pelos regimes latino-americanos.

Os primeiros membros do Tribunal foram convidados por um apelo compartilhado e assinado por Edith Russell; de 1974 a 1976, o Tribunal Russell II resulta composto por um Comitê de Honra, tendo como Presidente Jean Paul Sartre, e como Membros: Hortensia Bussi de Allende, Marie Dominique Chenu, Noam Chomsky, Salvador Luria, Martin Niemöller, Pablo Neruda, Sebastian Matta; Também era constituído por um Júri presidido por Basso e composto por: Vladimir Dedijer, Gabriel García Márquez, François Rigaux, Albert Soboul (vice-presidentes), Abu Omar, Juan Bosch, Luis Cabral, Georges Casalis, Julio Cortazar, Giulio Girardi, Alfred Kastler, Emilio Maspero, J.B. Metz, John Mølgaard, Joë Nordmann, Andreas Papandreou, James Petras, Pham Van Bach, Laurent Schwartz, Benjamin Spock, Jochen Steffen, Bruno Trentin, Armando Uribe e George Wald.

A primeira Sessão do Tribunal Russell II abriu-se em Roma e estendeu-se de 30 de março a 6 de abril de 1974, coincidindo com o décimo aniversário do golpe no Brasil. Foram reunidos testemunhos e documentos que denunciavam a violação dos direitos humanos no Brasil, no Chile, na Bolívia e no Uruguai. Foi documentada, entre outros, a prática do terror e da tortura

exercida pelo regime brasileiro contra opositores políticos, membros de organizações sociais, sindicais, e expoentes religiosos através dos “esquadrões da morte”. Dramática foi a série de documentações e testemunhos sobre a aplicação sistemática e científica da tortura nos centros de detenção, nos quartéis, nos locais dos Ministérios e nas sedes da polícia política brasileira.

A segunda Sessão realizou-se em Bruxelas, de 11 a 18 de janeiro de 1975, sobre o tema “Responsabilidades das Multinacionais no Brasil, no Chile, na Argentina, na Bolívia, em Porto Rico”. Nesta Sessão, foram individuadas conexões sistemáticas entre a institucionalização da prática do terror e o modelo de desenvolvimento econômico imposto aos referidos países. Este modelo favorecia a intervenção externa de capitais estrangeiros, através da presença de companhias multinacionais, em particular norte-americanas, e limitava-se a soberania nacional.

[...] formaram-se comitês na França, Bélgica, Luxemburgo, Porto Rico, Argentina, Canadá, Alemanha, Suíça, México, Portugal, Panamá, Dinamarca; na Itália em Gênova, Veneza, Sanremo, Milão.

A terceira Sessão efetivou-se em Roma, de 10 a 17 de janeiro de 1976, tendo como tema “Repressão cultural na América Latina”. Era ínsita na “Doutrina da Segurança Nacional” a necessidade de se combater qualquer concepção do mundo, qualquer ideal que fossem considerados inspirados na cultura materialista do comunismo de

cunho soviético. Contudo, a batalha contra este presumido inimigo estendeu-se sem hesitação a qualquer âmbito da cultura, da política e da opinião pública, e acabou envolvendo o livre exercício dos direitos fundamentais e perseguindo a cultura democrática.

Durante as três Sessões, a partir da denúncia da repressão imposta pelos governos militares, o Tribunal levou em consideração uma análise dos seus mecanismos e das suas causas, salientando o papel do grande capital internacional.

Em consequência deste intenso trabalho internacional, que teve ampla ressonância na América Latina inteira, Lelio Basso foi requerido por muitas personalidades democráticas brasileiras a abrir, oficialmente, os trabalhos do Primeiro Congresso pela anistia em São Paulo. Iniciava-se, então, o lento e laborioso processo de volta à democracia no país.

O eco suscitado pelas três Sessões do Tribunal Russell II e a mobilização que elas produziram constituem um acontecimento histórico de grande relevância e de importância, o qual, hoje, fica difícil de se imaginar. Na Europa, envolveu governos (nos estados escandinavos), organizações



políticas, sindicais, religiosas (em diversos países europeus), associações preexistentes e outras criadas propositadamente, em particular, na Itália. Participaram do movimento, ainda, pequenos grupos, indivíduos militantes e artistas que quiseram se exibir para chamar a atenção a favor do Tribunal e das redes de solidariedade voltadas para ajudar os refugiados e perseguidos pelos regimes ditatoriais sul-americanos.

2.4 A “CARTA DE ARGÉL” E O TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS

Dos trabalhos daquelas Sessões, Lelio Basso depreendeu a convicção de que tivesse chegada a hora de se redigir um texto que reunisse os princípios e as regras às quais o Tribunal se inspirara. O objetivo era oferecer uma perspectiva coerente e sistemática aos que se batiam para o cumprimento da “silenciosa mas profunda revolução dos direitos humanos” (assim a definiu, recentemente, o jurista Antonio Cassese), iniciada com a Carta da ONU e o processo de Nuremberg.

Já durante os trabalhos da última Sessão do Tribunal, Basso concebeu o desenho de sistematizar, em um breve documento redigido em artigos e precedido por um Preâmbulo, o novo Direito Internacional que ia emergindo. Colaboraram com o empreendimento, como convidados, juristas de vários países – os quais, sempre mais numerosos, prestavam atenção às elaborações de Basso – além de homens políticos.

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos, que exprime este esforço de sistematização em proposições normativas, coerentes com uma nova concepção do Direito Internacional, foi proclamada em Argél em 4 de julho de 1976.

Na direção destas reflexões, Lelio concebeu, além disso, a ideia de se realizar um Tribunal Permanente dos Povos que pudesse se constituir neste instrumento permanente. Trabalhou intensamente para tal ideia até o dia da sua morte, ocorrida improvisamente em 16 de dezembro de 1978, o mesmo dia em que havia sido organizada, em Roma, a apresentação de um volume de escritos em sua honra.

O Tribunal Permanente dos Povos só viu a luz alguns meses depois, graças ao engajamento e determinação das muitas pessoas que colaboraram com Basso. E, em particular, de Linda Bimbi, Gianni Tognoni e François Rigaux, sendo que este último tinha sido relator geral do mesmo Tribunal e Presidente do novo órgão por muito tempo, orientando seus inícios com mão firme e, por longos anos, a sucessiva atividade.

3. O ACORDO COM O GOVERNO DO BRASIL

Após uma série de contatos com expoentes do governo brasileiro, e em particular com o Prof. Paulo Abrão, Secretário Nacional da Justiça e Presidente da Comissão de Anistia, que visitou pessoalmente a Fundação Basso, os seus arquivos e a sua biblioteca, foi concordado um projeto para a recuperação da memória das vítimas das ditaduras militares no Brasil e na América Latina. E, ainda, em um âmbito mais em geral, para a co-divisão dos arquivos que documentam a história daquele período e as análises e avaliações feitas pelo Tribunal Russell II.

Deve-se dizer, antes, que a Fundação Basso doou ao Ministério da Justiça do Brasil os quatro volumes contendo os autos, os testemunhos e os principais documentos reunidos durante as três Sessões do Tribunal Russell II, precisamente:

a) sobre a primeira Sessão (Roma, 1974)

Brasile, violazione dei diritti dell'uomo, introdução por Linda Bimbi, ed. Feltrinelli, Milano, 1975;

Chile, Bolivia, Uruguay: violazione dei diritti dell'uomo. Atti della prima sessione del Tribunale Russell, ed. Marsilio, Venezia-Padova, 1975;

b) sobre a segunda Sessão (Bruxelas, 1975)

Las multinacionales en America Latina, introdução por Lelio Basso, Editorial Cambio 16, Madrid, 1977;

c) sobre a terceira Sessão (Roma, 1976)

Controrivoluzione in America Latina. Eversione militare e strumentalizzazione dei sindacati, della cultura, delle chiese, introdução por Lelio Basso, ed. La Pietra, Milano, 1976.

Os quatro volumes, traduzidos em português, serão publicados no Brasil com uma introdução do Dr. Salvatore Senese, Presidente Emérito do Tribunal de Cassação italiano, deputado e senador da República Italiana, e relator do Tribunal Russell II sobre os aspectos jurídicos da ditadura militar no Brasil.

O projeto concordado com a Comissão de Anistia concerne, principalmente, à digitalização dos muitos documentos inéditos (de um total de cerca de 70.000 páginas) sobre os crimes dos



regimes militares, apurados e denunciados pelo Tribunal Russell II. E faz parte do âmbito dos esforços do Governo e do Congresso brasileiros – em particular, da Comissão de Anistia e da Comissão da Verdade – para a reconstrução da memória do País.

O projeto, com duração prevista de um ano, abrange, também, uma série de pesquisas sobre os fatos da época, as quais permitirão, aos estudiosos e ao público, conhecer aspectos marcantes dos acontecimentos históricos nos quais se situam as terríveis violações dos direitos humanos nos anos da ditadura.

3.1 O BRASIL NO ARQUIVO DA FUNDAÇÃO LELIO E LISLI BASSO – ISSOCO

A documentação relativa ao Brasil, conservada pelo Arquivo histórico da Fundação Basso, é um valioso testemunho da dolorosa história recente do país mais extenso da América Latina.

A reorganização, o fichamento, o inventário informatizado e a digitalização do arquivo do Tribunal Russell II e da documentação arquivística adicional relativa ao Brasil têm o escopo de:

- disponibilizar um patrimônio documentário, até hoje inédito, relativo à história da luta pelos direitos humanos no Brasil;

- promover o conhecimento dos conteúdos do material documentário e contribuir, deste modo, com os processos de análise e elaboração histórico-política da questão da instauração das ditaduras militares no Brasil e na América Latina. A este fim, é dedicada atenção particular seja ao estudo da repressão política, social, econômica e civil no Brasil, seja aos processos de transição da ditadura à democracia que caracterizaram o país e, em geral, o inteiro continente. A riqueza das fontes e a sua diversificação em relação aos contextos de diversos países da América Latina (Brasil, Chile, Uruguai, Argentina) consentem a aquisição de dados e modelos comparativos, capazes de destacar diferenças e similitudes das condutas das juntas militares em cada país.

O patrimônio arquivístico disponibilizado aos cidadãos, estudiosos, pesquisadores do Brasil (e de todos os outros países) é composto como segue:

a) Fundo Tribunal Russell II. À conclusão da organização, o Fundo fica composto por cinco séries: a *Série 01 – Correspondência* é relativa à organização das três Sessões do Tribunal e inclui cartas, cartões postais, telegramas e cartas registradas trocadas principalmente entre Lelio Basso e outros colaboradores do Tribunal (Linda Bimbi, François Rigaux, Giovanni

Tognoni, e outros) com personalidades nacionais e internacionais de formação jurídica, sociológica, médica, histórica, jornalística e politológica. A correspondência trocada entre Lelio Basso e a Secretaria do Tribunal com os comitês dos movimentos de libertação em exílio, com os expertos internacionais e nacionais envolvidos na organização das Sessões, varia de convocações a comunicações informativas, de relatórios analíticos a convites para seminários, de denúncias das violações dos direitos humanos a pedidos de asilo político. A *Série 02 – Organização do Tribunal* inclui dossiês relativos à constituição do Tribunal (com ata, comunicados, portarias organizacionais, pró-memória) e ao projeto e preparação das três Sessões; enquanto a *Série 03 – Documentação das Sessões*, a mais extensa do Fundo, reúne os papéis produzidos e conservados durante os trabalhos das mesmas: são conservadas todas as intervenções, os relatórios, os testemunhos e as sentenças apresentadas durante as três Sessões. As *Séries 04 e 05* incluem os artigos reunidos pelo Tribunal, com resenhas de imprensa sobre os países objetos das ditaduras e sobre os trabalhos do mesmo Tribunal, e o material multimídia disponível (fotografias, gravações áudio e vídeo – atualmente em fase de conversão em formato digital).

b) Documentação do Primeiro Congresso Nacional do Comitê Brasileiro pela Anistia (São Paulo, Brasil, 6 de novembro de 1978). Trata-se de correspondência, documentos preliminares e anotações relativas à organização e participação de Lelio Basso na Conferência sobre a anistia.

c) Seção Brasil do Fundo / Seção Internacional – Direitos dos Povos. A seção consta de cerca de 1.140 documentos que se referem, substancialmente, à história da ditadura militar que governou o Brasil entre 1964 e 1985; documentam a extensão e a crueldade da repressão, a profundidade da mudança social e econômica, a violação do Direito Internacional e o conseqüente isolamento do acordo das nações civis.

Os documentos foram reunidos durante a atividade desenvolvida antes por Lelio Basso com o Tribunal Russell II e, sucessivamente, através da Fundação Internacional Lelio Basso para o Direito e a Libertação dos Povos. O núcleo principal é composto por cartas de denúncia, por parte de organizações internacionais pela defesa dos direitos dos povos, das violações dos direitos humanos no Brasil, perpetradas pelo regime militar; comunicados, por parte dos sindicatos, de exortação à luta contra o regime; ensaios sobre a luta armada, o imperialismo, o comunismo e o socialismo; testemunhos sobre as torturas e detenções sofridas pelo povo brasileiro; relatórios sobre os sequestros e os assassinatos cometidos pelo regime e em relação aos prisioneiros políticos; apelos ao respeito dos direitos humanos, por parte de organizações dos parentes das vítimas do regime; apelos em prol da prestação de solidariedade para com o povo brasileiro, voltados a todos os povos do mundo; relatos sobre a situação econômica.

Grande parte da documentação é relativa às relações da Igreja Católica com o regime, à oposição de ampla parte do clero brasileiro à ditadura, aos sacerdotes detidos e torturados, à Teologia da Libertação. Além disso, são presentes denúncias sobre a corrupção do sistema judiciário, e apelos de restabelecimento das liberdades sindicais e políticas. Os documentos são, na sua maioria, escritos em língua portuguesa.

d) Fundo Tribunal Permanente dos Povos.

O Fundo compreende papéis relativos à organização das Sessões, em particular correspondência do TPP e da Fundação Internacional Lelio Basso com entidades, associações e personalidades do mundo político e cultural. A parte mais conspícua do Fundo, por sua vez, reúne documentação produzida e conservada durante o desenvolvimento das Sessões e a redação das Sentenças. Trata-se de textos de lei, relatórios, relatos, intervenções relativas às várias temáticas enfrentadas nas diferentes Sessões. O Fundo foi organizado, originariamente, em duas partições: uma, com a documentação organizacional (correspondência) do TPP dividida por Sessão, abrangendo, em ordem cronológica, congressos, escritos relativos à organização, subvenções, convites etc.; a outra, relativa ao desenvolvimento das Sessões e às Sentenças.

De particular interesse é a documentação relativa às seguintes Sessões do TPP:

- Sessão 15°, Amazônia brasileira (Paris, 12-16 de outubro de 1990): intervenções e materiais da Sessão; relatórios, relatos e testemunhos apresentados como provas; alguns instrumentos jurídicos utilizados; documentos contemplados pela Commission Syndicale pour l'Environnement, pela Associação dos Negros do Trombetas e por organizações pela defesa dos índios; comunicações e resenha de imprensa; a Sentença; mensagens recebidas pelo Tribunal; a fita cassete "Janela aberta sobre o Terceiro Mundo" gravada pelos Missionários Combonianos.

- Sessão 16°, A impunidade pelos crimes de lesa humanidade na América Latina (Bogotá, 22-25 de abril de 1991): documentos organizacionais, resenha de imprensa, Sentenças, materiais das Sessões (geral e específicas) da Argentina, da Bolívia (Sessão que, afinal, não foi realizada pela proibição do governo boliviano), do Brasil, do Chile (Sessão adiada), da Colômbia, da Guatemala e de Honduras, do Paraguai, do Peru e do Uruguai.

- Sessão 24°, A violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no Brasil (São Paulo, 17-19 de março de 1999): relatórios e relatos sobre temas como a violência e o abuso sexual contra menores, a exploração de mão de obra de menores, o drama dos meninos de rua, a mortalidade infantil e a situação da escolarização no Brasil; o programa e a Sentença da Sessão; o material produzido pela imputação; a correspondência; a transcrição da Sessão.

A pesquisa relativa às campanhas internacionais europeias sobre as ditaduras latino-americanas abre uma perspectiva importante no nível historiográfico.

Material multimídia: um álbum de fotografias da Sessão.

e) Com pedido específico da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, também foi incluída no projeto a documentação arquivística relativa a El Salvador, em particular:

- Fundo Tribunal Permanente dos Povos:

Sessão 5º, El Salvador (Cidade do México, 9-12 de fevereiro de 1981): documentação de uma Sessão do Tribunal convocada por solicitação da Comissão dos Direitos Humanos de El Salvador após a denúncia da Junta Revolucionária do governo pela violação dos direitos econômicos, políticos, culturais, sociais e a falta de reconhecimento da autodeterminação do povo salvadorenho.

- Seção América Central do Fundo / Seção Internacional – Direitos dos Povos.

A Seção é composta por cerca de 2.000 documentos recolhidos pela Fundação Internacional Lelio Basso, relativos à área central do continente americano; cerca de 500 destes concernem à política, à ditadura militar, às violações dos direitos humanos no Estado de El Salvador (décadas de 70-90).

f) Estão incluídos no projeto os materiais multimídia conservados em vários fundos do Arquivo histórico, relativos à atividade de Lelio Basso e da Fundação Internacional Lelio Basso pelo Direito e a Libertação dos Povos desenvolvida em favor dos povos da América Latina.

3.2 AS PESQUISAS HISTÓRICAS

3.2.1 A repressão político-social na América Latina na atividade de Lelio Basso e nos papéis do Tribunal Russell II.

O trabalho de pesquisa analisa, através do exame da documentação do Tribunal Russell II sobre a repressão na América Latina, o complicado processo de instauração, consolidação e crise do regime militar brasileiro, colocando-o dentro do quadro internacional da guerra fria. E, em acréscimo, analisando seus traços característicos no plano das medidas de repressão político-militar, salientando suas bases econômicas e a função hegemônica na região da América Latina.



3.2.2 As campanhas europeias contra as ditaduras latino-americanas nas décadas de 1960 e 1970: fontes, história, memória.

A pesquisa relativa às campanhas internacionais europeias sobre as ditaduras latino-americanas abre uma perspectiva importante no nível historiográfico. O assunto da pesquisa se interliga com a história política e cultural europeia e consente desenhar uma geografia das relações conceituais e materiais entre o velho continente e a América Latina. Isto ocorre através da reconstrução das redes de solidariedade internacional de tipo político, intelectual, religioso e humano que se constituíram em torno dos exilados e dos outros protagonistas dos movimentos de luta contra as ditaduras latino-americanas nas décadas de sessenta e setenta do século XX. As campanhas internacionais mais importantes na Europa e na Itália representam as etapas de um itinerário vasto e complexo, cuja história pode ser reconstruída a partir de uma paciente averiguação das fontes documentárias existentes.

No âmbito desta pesquisa, será dedicado um estudo aprofundado aos materiais conservados pela Fundação Basso sobre a rede de solidariedade promovida no entorno do Tribunal Russell II. O objetivo é individuar a interligação de realidades políticas e sociais que uniam a Itália e a Europa à América Latina em consequência desta iniciativa.

3.2.3 Os financiamentos privados internacionais às ditaduras militares da América Latina

A pesquisa pretende analisar o papel desenvolvido pelo grande capital internacional. E, em particular, pelas companhias multinacionais, em apoio aos regimes ditatoriais instaurados na América do Sul nas décadas de 1960 e 1970.

Esta última pesquisa, diferentemente das duas antecedentes - que são confiadas a pesquisadores da Fundação Basso - é conduzida por uma pesquisadora brasileira, docente da Universidade da Paraíba. Esta Universidade, na realidade, está envolvida tanto no projeto desta pesquisa - que é coordenada com as outras duas - quanto no trabalho que envolve a utilização, no Brasil, do material arquivístico digitalizado da Fundação Basso: o inventário informatizado deste material vem sendo traduzido para o português, de acordo com o padrão em uso no Brasil, graças ao trabalho de uma estagiária da Universidade da Paraíba, hóspede da Fundação Basso.

Os resultados das pesquisas serão apresentados e discutidos em um congresso internacional a ser realizado na Itália. Os estudos elaborados pelos pesquisadores serão publicados conjuntamente pela Comissão de Anistia e pela Fundação Basso em um livro on-line. A versão

portuguesa do volume será disponibilizada, bem como o inteiro material arquivístico digitalizado, para os estudiosos e do público brasileiro.

A Fundação Basso se orgulha de poder participar, através do projeto aqui ilustrado, da política de reconstrução da memória de uma trágica história recente e da sua difusão no âmbito da cultura acadêmica e popular. Assim, faz-se, em acréscimo, uma homenagem às vítimas da ditadura e aos que a combateram, restabelecendo a justiça e individuando as responsabilidades (internas e internacionais), pelos crimes e por seus disfarces, a fim de que a consciência do que aconteceu contribua para evitar que tal situação, tão lamentável, possa vir a se repetir no futuro.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.

TRIBUNALE RUSSELL II'

PER LA REPRESSIONE IN
BRASILE, CILE E AMERICA LATINA

5

Nombre del titular
Name

*Liencineida
Marianella Garcia
Villas, Diputado a la
Asamblea Legislativa.
Bueno para salir y entrar
al país por cualquier vía.*

FOTO DE FUNDO: TRIBUNAL RUSSELL II.

FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



EXPOSIÇÃO DURANTE A 64ª CARAVANA DA ANISTIA E VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: "JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: DIREITO À JUSTIÇA, À MEMÓRIA E À VERDADE"; UFPB, JOÃO PESSOA/PB, 22 DE NOVEMBRO DE 2012;

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



CARAVANA DA ANISTIA Nº 63 – DIAS 25 E 26 DE OUTUBRO DE 2012. CURITIBA /PR. NO DIA 25 FOI REALIZADO UM ATO PÚBLICO, COM VISTA AO ANTIGO PRESÍDIO.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

DOCUMENTOS



**SENTENÇA I - TRIBUNAL RUSSELL II
SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA**

**SENTENÇA II - TRIBUNAL RUSSELL II
SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA
BRUXELAS, JANEIRO DE 1975**

**SENTENÇA III - TRIBUNAL RUSSELL II
SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA
ROMA, JANEIRO DE 1976**

(Firma del titular)

Nota dos editores: As presentes sentenças foram traduzidas do italiano a partir dos fac-símiles das originais, fornecidos pela Fundação Lélío e Lisli Basso – ISSOCO, sob a coordenação de Marcelo D. Torelly. Optou-se por preservar a integralidade do conteúdo original, inclusive tipos de numeração (por letras, numerais e hífens), e formas de separação de seções (por letras, números, símbolos, letras e símbolos), bem como os recuos especiais de parágrafos. No processo editorial não foram feitas correções de conteúdo de qualquer natureza. Os fac-símiles usados como referência, bem como das versões em francês e espanhol das sentenças, são de acesso público e integram o acervo digital do Memorial da Anistia Política do Brasil.



TRIBUNAL RUSSELL II SOBRE A AMÉRICA LATINA

SENTENÇA

PREÂMBULO

O Tribunal Russell II no ato da sua constituição, em 6 de novembro de 1973, em relação à própria legitimidade reconheceu que “um tribunal é necessariamente emanção de um poder”. Na sociedade internacional, como é a atual, porém, o poder certamente não reside nas pessoas jurídicas, nos Estados, nos governos, mas sim nos povos. O único fundamento racional e real da ordem internacional é constituído pela solidariedade e pelo desejo de paz de todos os homens. Até agora, os governos se consideraram os únicos organismos representativos da sociedade internacional: isto não é absolutamente justificado, ainda mais quando leva-se em conta o fato de que a atividade internacional dos governantes freou o desenvolvimento do direito e o progresso da solidariedade internacional.

O Tribunal Russell II entende expressar as aspirações da comunidade internacional. Para obter esta legitimação precisa do suporte efetivo da opinião pública, de recolher uma adesão e um apoio que expressem uma consciência mais ativa e mais claramente comprometida com os problemas mundiais.

SENTENÇA

De 30 de março a 5 de abril, o Tribunal Russell II sobre a repressão no Brasil, Chile e América Latina, realizou 13 sessões durante as quais foi apresentado um notável material informativo sobre as violações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, violações das quais são acusados quatro governos do continente latino americano: aqueles do Brasil, do Chile, do Uruguai e da Bolívia.

O Tribunal, após ter ouvido as acusações formuladas por representantes qualificados dos povos destes países, escutou diversos relatos, interrogou numerosas testemunhas e especialistas, e examinou uma documentação abundante escrita e audiovisual. Este escutou também um relato exclusivo do seu vice-presidente Prof. François Rigaux que o informou sobre todos os aspectos jurídicos do problema.

DO DIREITO

Os governos indicados acima são acusados de graves, repetidas e sistemáticas violações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Antes de verificar se tais acusações são fundadas em fatos, o Tribunal lembra os princípios de direito sobre os quais é baseado.

Podem-se distinguir três categorias de direitos humanos: as liberdades civis e dos direitos políticos; os direitos econômicos, socioculturais; o direito dos povos à autodeterminação e ainda o direito à independência econômica e à autonomia cultural.

O preâmbulo da Carta das Nações Unidas adotada em 26 de junho de 1945 e 7 artigos desta (Artigos 1, 13, 55, 56, 62, 68, 76) contêm expressamente uma referência ao “respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos”.

Segundo o Tribunal Internacional de Justiça “a falta de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana é uma violação flagrante dos objetivos e dos princípios da Carta”. (Parecer consultivo de 21 de junho de 1971, N° 131).

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os Estados americanos também estão vinculados pelos artigos 5 e 13 da Carta da Organização dos Estados Americanos (Tratado de Bogotá, 30 de março – 2 de maio 1948).

A Carta das Nações Unidas e a Carta da Organização dos Estados Americanos – das quais algumas disposições obrigatórias afirmam o devido respeito aos direitos humanos – são ambas integradas por uma Declaração que define o porte destes direitos.

Enquanto a Declaração Universal ocorreu 3 anos após a Carta das Nações Unidas, a Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem foi adotada com o Ato final da Conferência de Bogotá de 1948, durante a qual os mesmos Estados haviam assinado a Carta da Organização dos Estados Americanos. Por isso, quando nos artigos 5 e 13 da Carta, que têm valor vinculante, os Estados contraentes “proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana (Artigos 5,1) e se comprometem a respeitar “os direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal” (art. 13), é lícito interpretar estas disposições à luz da Declaração adotada durante a mesma conferência.

Sem ter, de *per si*, valor vinculante, esta Declaração tem um valor considerável para a interpretação dos conceitos utilizados na Convenção, com a qual a mesma obriga os Estados.

Diante do grande número de fatos provados e das provas acumuladas tanto nos relatórios escritos e orais quanto através das declarações das testemunhas, o Tribunal apresentou, na sua Sentença, somente os fatos mais graves ou mais caracterizantes.

Depois de ter confirmado com cuidado a verdade dos fatos, o Tribunal estabeleceu quais entre estes constituem, para os mesmos governos, uma violação grave e suficientemente sistemática dos direitos humanos, a ponto de comportar uma condenação.

As violações dos direitos humanos podem apresentar um duplice aspecto: ou assumem a forma de uma violência institucionalizada, dotada de uma aparência de legalidade formal, ou consistem em atos de violência ilegais, mas perpetrados por agentes do governo, ou tolerados pelo mesmo. Nas duas hipóteses, a condenação do governo exige que sejam reunidas as condições que agora devem ser precisadas. Em caso de violência institucionalizada, ou seja, uma transgressão dos direitos humanos resultante de um ato legislativo ou regulamentar, sem dúvida, pareceria comprometer a responsabilidade dos Estados. Estes fatos são tão mais graves uma vez que técnicos, juristas, prestaram os seus serviços ao cumprimento da violação do Direito Internacional, assim como médicos e psicólogos colocam a sua competência à disposição dos torturadores. Nos dois casos, é necessário condenar a cumplicidade daqueles que, por vocação, deveriam ter protegido aqueles que ajudam a destruir.

O Tribunal considera que “o princípio da soberania dos Estados” não seja obstáculo para que violações graves, sistemáticas e repetidas dos direitos humanos fundamentais sejam julgadas em nome da comunidade internacional. Resulta, dos artigos 55, 56, 62 da Carta das Nações Unidas, que tais violações, que são uma ameaça à paz, justificam a intervenção dos órgãos competentes das próprias comunidades.

O Tribunal rejeita também a ideia de que o respeito pela legalidade nacional proteja o conteúdo das disposições legislativas ou regulamentares contra qualquer verificação de conformidade ao Direito Internacional.

Quanto aos atos ilegais de violência, para que estes comprometam as responsabilidades de um governo, não basta que tenham sido cometidos em seu território fatos reprováveis e, nem mesmo, torturas ou atos de violência. É necessário que este governo tenha comandado estes fatos ou que os tenha ao menos tolerado em circunstâncias que demonstrem que havia motivos políticos para fazê-lo.

Chamaram particularmente a atenção do Tribunal fatos que demonstram o caráter sistemático das violações dos direitos humanos: os meios materiais colocados à disposição dos executores



do próprio governo, e ainda os atos arbitrários realizados em favor de pessoas acusadas de grave violação dos direitos humanos.

O raciocínio que se segue sobre este ponto é diferente daquele que se impõe aos órgãos jurisdicionais que se ocupam de crimes de guerra e que são chamados a julgar os indivíduos acusados de ter cometido tais crimes.

O Tribunal de Nuremberg, em particular, estabeleceu que a ordem dada por um superior não excluía a responsabilidade pessoal daqueles que a haviam executado.

Julgando somente governos, o Tribunal Russell II não entende descartar a responsabilidade pessoal dos seus executores, mas nos limites da tarefa que assumiu, procurou apenas os fatos que demonstram uma responsabilidade direta dos próprios governos.

Além disso, considera que devem ser tornados públicos os nomes de todos aqueles que, governantes e executores, se tornaram pessoalmente culpados de graves violações dos direitos humanos, conseqüentemente, se propõe a proceder à publicação da lista de tais culpados.

SEGUNDA PARTE

BRASIL

A partir do golpe de estado de 1964, a violação dos direitos humanos se expressa no Brasil com um crescendo de rara perfeição técnica, que alcança o seu apogeu no Ato Institucional Nº 5, na nova Constituição de 1969, e na institucionalização do arbítrio mediante diversos decretos. Tudo isto não tarda a se manifestar com uma repressão minuciosamente orquestrada, cujas diversas engrenagens agem de modo a tolher aos indivíduos, às organizações e aos sindicatos qualquer possibilidade de expressar um pensamento político independente, como demonstra o balanço de somente dez meses de ditadura, durante os quais 521 pessoas, entre as quais 88 deputados federais, foram privados dos seus direitos políticos. Muito cedo, as Assembleias Legislativas dos Estados do Rio de Janeiro, Guanabara, São Paulo, Pernambuco e Sergipe foram dissolvidas. Em 1969, um novo golpe de estado: por decreto do poder executivo é dada a faculdade de exilar inimigos políticos do regime. A Lei de Segurança Nacional, que já estava em vigor, foi brutalmente reforçada mediante uma definição que não merece nem mesmo ser comentada, uma vez que afirma que tal lei "constitui a garantia necessária para conseguir os objetivos nacionais contra os antagonismos, sejam internos ou externos". É a velha história de sempre: termos vagos e abstratos para poder utilizá-los como melhor convém nos casos concretos.

O máximo da destruição do Estado de Direito se atinge com um decreto de 1971: o Presidente se confere a faculdade de ditar decretos secretos ou confidenciais, destinados a uso interno. É inútil evidenciar o porte que, na perspectiva do regime, podem ter estas medidas secretas do poder.

O Brasil podia se vangloriar de ter uma das legislações sociais mais avançadas da América Latina: bruscamente, os direitos mais elementares neste campo foram negados aos trabalhadores brasileiros. Qualquer ação sindical decidida pelos trabalhadores é proibida. E, imediatamente, os operários e os lavradores se tornaram objeto de severas repressões ao menor aceno de protesto. Portanto, ocorreram: a proibição às atividades sindicais e greves, o congelamento dos salários e a impossibilidade de negociar através dos sindicatos, a entrega das terras dos pequenos produtores agrícolas aos grandes latifundiários, em aberrante contradição com toda e qualquer reforma agrária, e, detalhe particularmente revelador e odioso, a fixação em 12 anos de idade mínima para o trabalho de menores, quando a Carta Americana de 1948 fixava a idade mínima em 14 anos.

Em um contexto de tal feita, não surpreende que uma das conquistas fundamentais do Direito, aquela do *Habeas Corpus*, tenha sido suspensa com o escopo de dar ao governo toda a possibilidade de frear qualquer atividade que considere contrária aos seus interesses, sem que o poder jurisdicional possa exercer o seu controle. E, ainda pior: muito cedo o poder subtrai a aplicação da Lei de Segurança a todo controle do poder jurisdicional, e excede também o alcance e as disposições da lei em questão. Assim, o direito da polícia de deter uma pessoa por 30 dias, renovável por mais 30, se estendeu sistematicamente a períodos que, segundo as declarações de algumas testemunhas, chegaram, em alguns casos, até aos 12 meses.

Neste período de detenção, quase sempre em estado de isolamento, se comete uma das mais repugnantes violações dos direitos humanos. Naturalmente, falamos da utilização sistemática da tortura como meio para arrancar confissões ou destruir a personalidade física e moral daqueles considerados inimigos do regime militar.

O Tribunal tem um elenco de mais de mil pessoas torturadas no Brasil, há também uma lista dos torturadores e a descrição dos métodos altamente refinados que são usados, assim como há informações detalhadas sobre os escritórios públicos (delegacias e quartéis) em que a tortura é praticada.

É difícil descrever, em poucas frases, todos os atrozes sistemas usados para levar ao paroxismo o sofrimento dos torturados. Todos os meios de pressão, físicos, psicológicos e morais são usados, em um sábio crescendo, por especialistas em uma maneira diante da qual a imaginação de Dante perde parte de sua força. Estes não são exageros: de quanto sabemos, no inferno descrito pelo poeta nenhuma criança é torturada, no Brasil houve o caso de uma criança de um ano submetida a descargas elétricas diante do pai, que se lançou sobre o torturador e foi



imediatamente morto. Uma testemunha relatou o caso de um advogado torturado junto com a filha de seis anos e aquele de um menino de três anos torturado na presença da mãe.

Diante destes fatos tudo empalidece, mas não se pode não mencionar a prática da tortura coletiva, durante a qual alguns prisioneiros são obrigados a martirizar os próprios companheiros. Tudo isso ocorre dentro das prisões, mas algumas vezes foi feito publicamente para levar o terror entre a população: no Estado da Bahia, deu-se o caso de lavradores crucificados em um estádio, como exemplo atroz para aqueles que assistiam.

Se alguém considerasse o problema de qual é a responsabilidade do governo nestas práticas, basta dizer que a tortura se pratica em um estreito número de edifícios públicos (quartéis e delegacias), que os torturadores dispõem de meios técnicos altamente aperfeiçoados, sem falar da ajuda prestada por médicos para controlar cientificamente o limite da resistência física dos torturados. Uma testemunha confirmou a presença de um técnico estrangeiro (que falava português com sotaque inglês) e outros descreveram aparelhos de tortura sofisticados, um dos quais de fabricação norte-americana; enfim, outra testemunha declarou que seu filho foi usado como cobaia em um curso sobre tortura dado a cerca de 70 oficiais do exército, alguns dos quais se retiraram porque não podiam mais suportar tal espetáculo.

Porém a tortura ainda não é o pior aspecto de um regime que busca eliminar de todos os modos os próprios adversários. No Brasil, reina a violência em todos os níveis da vida, e tal violência é preparada e ativada com a mesma eficiência fria manifestada na tortura. Com antecedentes deste tipo, o surgimento de “esquadrões da morte” não pode despertar surpresa. Organizado pouco depois do golpe de estado, o esquadrão começa assassinando delinquentes e “marginais” cujos cadáveres são deixados nas ruas com cartazes e escritas destinadas a aterrorizar aqueles que os viam. Daqui se passa ao assassinato político, e o tristemente famoso chefe do esquadrão, o delegado Fleury, que exalta sem vergonha os numerosos assassinatos cometidos por ele pessoalmente ou pelos seus homens; quando um juiz ousa acusá-lo pelos crimes cometidos e ordenar que seja preso, Fleury em pouco tempo readquire a liberdade, isto graças a uma lei votada às pressas pelo Congresso Nacional, apropriada para ajudá-lo a readquirir a liberdade.

Poderia se falar mais. Mas, depois de tudo o que foi dito até aqui, é ainda necessário?

CHILE

Passar do caso do Brasil ao do Chile, significa passar de um lento processo de destruição a uma selvagem explosão de violência, que pretende fazer em poucos meses o que outros regimes ditatoriais tentaram fazer em muitos anos. Inútil evidenciar o caráter ilegítimo de uma Junta

Militar que se apossa do poder derrubando um governo que não só é constitucional, mas que é também respeitoso da Constituição, e o faz com uma brutalidade que nunca se registrou em toda a história da América Latina. Igualmente inútil seria mostrar até a que ponto o golpe de 11 de setembro de 1973 viola as múltiplas disposições constitucionais destinadas a impedir atos desta natureza. Os militares insurgentes não só violam os princípios jurídicos e morais; as suas tropas se lançam ao ataque do Palácio da Moneda onde o Presidente Salvador Allende resiste heroicamente, até sucumbir diante do assalto concentrado de forças infinitamente superiores. A Junta presidida pelo General Augusto Pinochet procurou, nos primeiros momentos, demonstrar que havia tomado a iniciativa diante do perigo de que o governo aplicasse um suposto plano destinado a destruir o exército chileno; apesar disso, uma entrevista do General Viaux, filmada no cárcere onde este se encontrava após o assassinato do General Schneider, e que foi projetada nas sessões do Tribunal, prova definitivamente que os militares haviam projetado o golpe já desde o início do Governo de Unidad Popular, e que os seus argumentos sobre a pretensão de uma legítima defesa são carentes de qualquer fundamento. As declarações posteriores do General Pinochet confirmaram o fato.

Resulta difícil falar com frieza do caso chileno diante de um espetáculo onde o sangue parece invadi-lo todo. Começamos, apesar de tudo, mencionando a supressão dos direitos políticos, já que dá à Junta armas tão eficazes quanto as metralhadoras para destruir os adversários. O Congresso Nacional é dissolvido, esmagando qualquer possível vontade popular. Dissolvem-se todos os partidos políticos, porque, segundo um dos membros da Junta "Há necessidade de silêncio político". O poder judiciário é marginalizado graças a subterfúgios grosseiros, que são, todavia, inapeláveis. Os conselhos de guerra se tornam os únicos para poder julgar e condenar, ainda que, em milhares de ocasiões, não tenha havido necessidade dos seus serviços que são substituídos simplesmente pelo assassinato ou pelas execuções em massa. A imprensa internacional informou amplamente sobre o horror da repressão em todo o território chileno, um horror exercido com a mesma violência contra os nacionais e os estrangeiros. Episódios como as jornadas de sangue do Estádio Nacional condensam, em pouco espaço e pouco tempo, o panorama que, de repente, abraça todo o país. Hoje, é impossível calcular o número de mortos, de prisioneiros, de torturados, os campos de concentração, os "suicídios" ou as "mortes por doença" de importantes personalidades do regime de Unidade Popular, o clima de violência contínua que mantém a população em um estado de permanente angústia, são aspectos de uma violação generalizada dos mais elementares direitos da pessoa humana.

A esta verdadeira orgia de violência física, se somam o acúmulo de medidas coercitivas destinadas a suprimir os mais importantes direitos sociais, a criar um clima de insegurança em todos os setores da vida pública ou privada, nos empregos, nas organizações sindicais cujos dirigentes



foram sistematicamente presos. Somam-se, a isto, as graves violações cometidas contra o Direito Internacional: os assaltos às embaixadas, os assassinatos de pessoas ali refugiadas, foram tão comentados pela imprensa internacional que não consideramos necessário abundar em detalhes. Mas, talvez o que mais causa repugnância neste desprezo por qualquer direito, é a forma como a Junta expulsou do país os refugiados políticos provenientes de outros países latino-americanos, que em muitos casos (como o de um grande número de bolivianos), foram devolvidos diretamente aos seus países de origem, o que, em outros termos, significava condená-los à prisão, à tortura ou à morte.

A repressão cultural foi especialmente selvagem: destruição do sistema universitário, graças à supressão da sua autonomia; fechamento de numerosos centros de estudo; eliminação de professores e estudantes; a morte de livros considerados subversivos; revisão dos programas de estudo, a fim de eliminar qualquer conteúdo ideológico julgado como perigoso.

Assim como nos perguntamos no caso do Brasil, ainda é necessário falar? Apesar de não acreditarmos nisso, nos parece necessário sublinhar a presença e a assistência de elementos estrangeiros, cúmplices da Junta na execução do golpe militar e na brutal repressão contra o povo chileno. O Tribunal sabe da presença de policiais brasileiros que colaboraram, no Estádio Nacional, na tortura dos refugiados deste país. Por outro lado, esta assistência estrangeira havia começado muito antes com a desastrada intervenção da ITT através das suas manobras para derrubar o regime de Unidad Popular, e também com o apoio da CIA às greves que paralisavam a economia chilena e preparavam as condições mais favoráveis para o golpe de 11 de setembro.

URUGUAI

Em fevereiro de 1973, os militares uruguaios tomam o poder e depois dissolvem o Parlamento, dissolvem os vários partidos políticos e começam a sua tarefa sistemática de calar os meios de informação. As detenções arbitrárias se multiplicam, e se assiste a um implacável aumento da repressão e da violência. A proclamada 'Lei de Segurança do Estado' dá uma aparência de legalidade ao fato de que os civis sejam submetidos ao Código Penal Militar e aos Tribunais Militares.

Ao mesmo tempo, crescem continuamente as denúncias sobre as torturas e sobre as condições desumanas de detenção dos muitos prisioneiros políticos. O relator avalia que as pessoas presas sejam cerca de 20.000, muitas das quais foram e são torturadas; considerando que o Uruguai tem uma população de 2.800.000 habitantes, pode-se deduzir a importância do dado precedente.

A tortura tem várias das sofisticações daquela praticada no Brasil, mas tem também características próprias, como o uso sistemático do capuz, destinado a isolar psicologicamente e fisicamente o prisioneiro, criando-lhe um estado de angústia que pode chegar até às alucinações e à loucura. Os relatos das testemunhas querem provar que o regime perdeu todo o senso de respeito pelos direitos humanos, e que não retrocede diante de nada para aterrorizar a população e obrigá-la a um comportamento passivo diante da prepotência da força bruta. O desprezo à cultura é demonstrado pela detenção arbitrária do grande escritor Juan Carlos Onetti e de outros escritores e jornalistas, o que foi, na realidade, um pretexto para liquidar a única publicação que ainda podia resistir ideologicamente ao regime: a revista "Marcha", dirigida por Carlos Quijano. No caso do Uruguai, também, é mais do que provada a ingerência estrangeira. Quem não ouviu falar de Dan Mitrione? Quem ainda precisa de provas?

BOLÍVIA

Quanto à Bolívia, os fatos denunciados mostram uma óbvia e inquietante semelhança com aqueles analisados falando dos outros países: destruição do estado de direito, restabelecimento da pena de morte, adoção de uma 'Lei de Segurança do Estado' que subtrai aos juízes ordinários os delitos que forem definidos como políticos.

Mas tais leis, como no caso dos outros países examinados, não parecem satisfazer a implacável vontade de repressão que se adverte no regime do general Banzer. A partir disto, os fatos sanguinolentos, de uma crueldade que geralmente atinge o monstruoso, denunciados pelas testemunhas: assassinatos bestiais, torturas de tal violência parecem ter, com parcial diferença daquelas infligidas aos outros países, quase exclusivamente o escopo de provocar a morte do torturado após atrozes sofrimentos e sevícias.

No campo social, a regressão é manifesta: foi dissolvida a Central Operária Boliviana, foram presos os dirigentes sindicais e as manifestações populares foram violentamente reprimidas. O episódio mais recente, ocorrido em janeiro deste ano, foi o massacre de lavradores na região de Cochabamba. A presença estrangeira, no que concerne à repressão, parece encontrar o próprio símbolo, segundo as várias testemunhas, na figura do coronel Rafael Loayza, chefe dos serviços secretos do Ministério do Interior, cuja permanência em tal cargo, apesar das sucessivas mudanças de governo, seria o resultado das ligações que tem com os serviços secretos norte-americanos.

O Tribunal vê, na sistemática destruição do Estado de Direito e na violação por parte das ditaduras da própria legalidade, não apenas a negação dos direitos humanos, mas, sobretudo, um meio para liquidar todas as conquistas progressivamente realizadas no curso da história pelo movimento operário e camponês.



Assim, o arbítrio elevado a princípio de direito serve para levar os trabalhadores – na época da civilização industrial avançada – a uma situação de opressão e de miséria que se encontra apenas na aurora do capitalismo.

De fato, o Tribunal constatou que, nestes países, a remuneração do trabalho não é nem mesmo suficiente para permitir a subsistência dos trabalhadores e a reprodução da força de trabalho. Os soldados em armas que asseguravam a vigilância dos operários em algumas fábricas chilenas ou dos lavradores em algumas regiões brasileiras, e as ofertas de trabalho que no Brasil ficam sem resposta por quanto os salários são baixos, representam a última fase de um sistema que, em nome de um modelo de desenvolvimento econômico, termina por negar as próprias bases de qualquer sociedade industrial.

Só uma violência sempre mais crescente permite este retorno ao passado da história. Uma violência que encontra a sua expressão mais visível na repressão violenta e no emprego da tortura como instrumento de gestão da sociedade.

Realmente, no que concerne à tortura, o Tribunal constatou que esta se desenvolve conforme um processo sensivelmente comum a todos os países interessados.

Os documentos e os testemunhos recolhidos permitiram estabelecer que a forma primitiva daquela – cujo escopo essencial era obter confissões para fabricar processos e informações para proceder a prisões arbitrárias – já está superada.

De meio de investigação, a tortura se torna uma sanção suplementar gratuita. Além dos julgamentos e das penas, ela mira neutralizar as forças democráticas e revolucionárias provocando o sofrimento físico, a humilhação, a aniquilação da pessoa ou a sua culpabilidade, suscitando artificialmente os atos de traição. Mas, além daqueles que lutam, a tortura se aplica essencialmente ao conjunto da população para intimidá-la e reduzi-la à submissão de uma sociedade despolitizada.

Deste modo, o Tribunal está convencido de que, longe de ser o fruto de comportamentos incontrolados, a tortura é uma atividade planejada, guiada conscientemente, que encontra a sua origem nos governos nacionais que a organizam e nos governos estrangeiros que a inspiram, em especial o Brasil e, além do Brasil, os Estados Unidos. Esta é, entre outros, elemento de um plano político que visa a abandonar os trabalhadores às oligarquias nacionais e ao imperialismo estrangeiro. Do individual ao coletivo, do físico ao moral, do privado ao público, assim essa se torna um método de governo.

A condenação que o Tribunal traz sobre este sistema de governo encontra a sua fonte e a sua força na batalha daqueles que, no mundo, lutam contra esta forma de degradação humana e, em modo particular, na vontade de resistência daqueles mesmos que, ainda que vítimas da tortura, continuam a lutar. Uma vez que, como indica o próprio preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, a revolta contra a tirania e a opressão é o recurso supremo dos povos.

O Tribunal é levado a considerar os fatos de que há conhecimento, os assassinatos, as torturas, as detenções arbitrárias, a miséria daqueles que são privados de trabalho, de cuidados, de alimento, seja como dos crimes cometidos contra cada uma das vítimas, seja como atentados ao direito inalienável dos povos de decidir eles mesmos pelo seu futuro político, econômico e social. Esta é a sua concepção de direitos humanos.

Os trabalhos desta primeira Sessão foram consagrados à defesa dos povos martirizados do Chile, do Brasil, do Uruguai e da Bolívia.

Tais trabalhos permitem concluir que as companhias multinacionais, e as classes dirigentes fiéis a estas, são os beneficiários dos regimes fascistas instalados em numerosos países da América Latina.

Uma Sessão ulterior terá por objeto a análise profunda do papel desenvolvido pelo Governo dos Estados Unidos, pelos organismos internacionais colocados em dependência direta deste governo e pelas companhias multinacionais responsáveis pela instauração e pela manutenção no poder de tais regimes.

Por consequência

O Tribunal declara culpadas de violações graves, repetidas e sistemáticas dos direitos humanos, as autoridades que, de fato, exercem o poder no Brasil, no Chile, no Uruguai e na Bolívia.

O Tribunal, considerando a gravidade destas violações, declara que estas constituem – consideradas em seu conjunto – um crime contra a humanidade cometido em cada um dos quatro países em questão pelas próprias autoridades que exercem o poder.

Nota: o membro Armando Uribe se absteve na parte referente ao Chile não por motivos de dissenso, mas para evitar – na sua qualidade de cidadão chileno – de ser contemporaneamente juiz e parte em causa.



APELO

O Tribunal Russell II sobre a repressão no Brasil, Chile e América Latina, emitiu uma primeira Sentença de condenação contra os responsáveis por graves, repetidas e sistemáticas violações dos direitos humanos em quatro países da América Latina.

Ao nosso ver, aqui não basta falar de tais violações.

Trata-se do aniquilamento do homem, da destruição do seu físico, das suas energias interiores, da sua dignidade, das suas ligações familiares e de amizade mais profundas. Trata-se de um plano executado com sofisticação científica e um sadismo sem limites. Escutamos estes testemunhos com um sentimento de indignação, de opressão, de náusea.

Pareceu-nos que, em nome da “civilidade ocidental e cristã”, são cometidos crimes que são a negação de qualquer civilidade, que são expressões da barbárie. Na medida em que tais crimes ultrapassam as responsabilidades individuais e entram em uma lógica de governo, mais exatamente na lógica do imperialismo, são uma ameaça sem precedentes para o futuro do continente latino-americano e da humanidade inteira.

O Tribunal apela à consciência dos povos. Une-se a todas as forças democráticas do mundo para:

- 1) Mostrar com todos os meios o que acontece nos países da América Latina, manter vivo o interesse por estes problemas com reuniões, “meeting”, manifestações, artigos etc.
- 2) Recolher fundos.
- 3) Dirigir-se a todos os governos, a fim de que suspendam toda ajuda militar e econômica às autoridades condenadas, de fato, pelo Tribunal.
- 4) Lançar uma vasta campanha pela libertação dos prisioneiros políticos do Brasil, do Chile, do Uruguai e da Bolívia.
- 5) Fazer pressões sobre a Junta chilena, a fim de que conceda salvo-condutos aos dirigentes políticos ainda refugiados nas embaixadas e para salvar a vida de Clodomiro Almeida, ex-ministro do exterior de Allende, deputado do Partido Socialista Chileno; de Luis Corvalan, secretário geral do Partido Comunista Chileno, e de Dr. Bautista Van Schouwen, vice-secretário do MIR.

6) Boicotar o envio de armas àqueles governos dos quais foi demonstrado o caráter repressivo.

Apela-se às mais altas autoridades morais e espirituais.

Divulga o desenvolvimento dos trabalhos e as conclusões destes ao Secretário Geral da ONU e às organizações internacionais como a UNESCO, a OMS, a OEA, a Comissão de Justiça e Paz, o Conselho Mundial das Igrejas, a Confederação Mundial dos Sindicatos (FSM Praga), a Confederação Internacional dos Sindicatos Livres (CISL Bruxelas), a Amnesty International, a Associação Internacional dos Juristas Democráticos, a Associação Internacional dos Juristas Católicos, o Secretariado Permanente da Organização dos Países Não-Alinhados, as Organizações Internacionais da Juventude, a Liga Internacional pela Defesa dos Direitos Humanos, a Comissão Internacional dos Juristas; a todos os governos, e aos membros do Congresso Americano.

Ao final desta Sessão, a última palavra que queremos pronunciar é uma mensagem de esperança: a coragem dos mártires diante de seus torturadores, os mártires que cantam diante dos pelotões de execução, que, torturados, negam-se a falar, que resistem nas celas e nos campos de concentração, suportando sem renúncias semanas de detenção obscura e solitária, é para todos os povos um exemplo e uma garantia para o futuro. A ira dos regimes opressivos, dos seus agentes internacionais e locais, provém da resistência crescente dos povos que se negam a continuar escravos, e que não cessam de lutar pela sua libertação. O nosso Tribunal recebeu uma lição inesquecível: o homem não pode ser vencido pela exploração, pelo sadismo e pelo terror. Os crimes de hoje anunciam a desfeita dos torturadores e a vitória das vítimas: tudo ainda é possível, tudo deverá ser recomeçado. O porvir pertence àqueles que rejeitam a resignação.

Entre as palavras que mais nos marcaram, recordaremos aquelas de duas mulheres, terrivelmente dilaceradas no corpo e no espírito. Uma delas nos disse:

“Resisti à tortura porque era necessário que se soubesse fora dali o que acontecia no segredo das nossas celas, e porque é necessário lutar até o fim para que os nossos filhos conheçam um mundo diferente daquele em que vivemos”.

E a outra:

“Se vocês me perguntam como eu tenha sobrevivido, pois bem... porque é assim grande o desejo de viver daqueles que sabem onde está a verdade”.

O Tribunal é composto por:



JÚRI

Presidência

Presidente LELIO BASSO, senador da Esquerda Independente Italiana, teórico do marxismo.

Vice-presidente WLADIMIR DEDIJER, historiador iugoslavo, *ex-partisan*, professor nos EUA

Vice-presidente GABRIEL GARCIA MARQUEZ, escritor colombiano

Vice-presidente FRANÇOIS RIGAUX, professor de Direito Internacional na Universidade Católica de Lovaina

Vice-presidente ALBERT SOBOUL, professor na Sorbonne

Membros

ABU OMAR, representante da OLP, palestino, professor de Ciências Políticas nos EUA

BOSCH JUAN, ex-Presidente da República Dominicana, Presidente do P.R.D.

CABRAL LUIS, Presidente do Conselho da República Democrática de Guiné Bissau e do PAIGC (ausente)

CASALIS GEORGES, teólogo protestante

CORTÁZAR JULIO, escritor argentino

GIRARDI GIULIO, teólogo católico, professor no Institut Catholique

HOLTZ UWE, membro do SPD (Partido Socialdemocrata Alemão) e do Parlamento da República Federal Alemã

KASTLER ALFRED, francês, Prêmio Nobel de Física

MASPERO EMILIO, Secretário Geral da CLAT (Confederação Geral de Trabalhadores Latino-americanos)

METZ J. B., teólogo católico, professor de Teologia na Universidade de Münster (República Federal Alemã) (ausente)

MØLGGARD JOHN, do Partido Socialdemocrata, dinamarquês, dirigente sindical (ausente)

NORDMANN JOE, Secretário Geral da Associação Internacional dos Juristas Democráticos

PAPANDREU ANDREAS, Secretário Geral do Movimento Pan-helênico

PETRAS JAMES, professor de Sociologia da Universidade de Nova Iorque

PHAM VAN BACH, Presidente da Comissão para os Crimes Americanos de Guerra no Vietnã; Vice-presidente dos Advogados da República Democrática do Vietnã; Presidente do Supremo Tribunal da República Democrática do Vietnã. (ausente)

SCHWARTZ LAURENT, matemático, professor na Sorbonne

SPOCK BENJAMIN, pediatra americano (ausente)

TRENTIN BRUNO, Secretário Geral da FIOM

URIBE ARMANDO, professor de Direito Internacional, Ex-embaixador de Allende em Pequim, membro da Direção da Esquerda Cristã

WALD GEORGES, americano, professor na Universidade de Harvard, prêmio Nobel de Biologia. (ausente)

CONCLUSÕES DO PRESIDENTE DO JÚRI LELIO BASSO

Assim chegamos à conclusão desta primeira Sessão do nosso Tribunal, para a qual um pequeno número de pessoas começou a trabalhar cerca de dois anos atrás, em meio a uma indiferença quase geral. Indiferença não tanto para o problema que queríamos enfrentar, quanto pelo instrumento que queríamos criar, e que colidia com a resistência das instituições tradicionais e das organizações já constituídas.

Desejo expressar por esta tribuna o mais caloroso e sincero agradecimento aos primeiros colaboradores que tiveram confiança na iniciativa e nos ajudaram fortemente a romper o muro de isolamento que a cercava, e a trabalhar com crescente eficácia. À medida que conseguimos romper aquele muro e entramos em contato mais estreito com a opinião pública, o número dos colaboradores se estendeu por todo o país, e também além das fronteiras, até que se tornaram uma legião inteira de voluntários, a legião que todos aqueles que frequentaram nesta semana as nossas audiências viram se empenhar nos trabalhos de Secretaria, de interpretação, de tradução, de cópia, de distribuição do material, de assistência e de vigilância, e sem os quais o nosso Tribunal não teria podido funcionar, ou, todavia, não teria podido realizar a íntima ligação com a imprensa, as televisões, a opinião pública, que, como afirmei no discurso de abertura, representa o nosso principal instrumento executivo.

Esta legião de voluntários recolhidos em torno de nosso Tribunal – muitos dos quais são trabalhadores que renunciaram a uma semana de férias para oferecer aqui voluntariamente a sua contribuição – são um primeiro sinal do vasto consenso e do ainda mais vasto interesse que este Tribunal suscitou em torno de si, no momento em que, depois de cerca de dois anos de obscura, tenaz, humilde obstinada fadiga, deu início aos seus trabalhos públicos e abriu a cortina para um cenário assustador da vida na América Latina. Sejam, portanto, agradecidos.

E assim sejam agradecidas também os milhares de pessoas famosas ou desconhecidas que, com as suas contribuições, nos permitiram assegurar, em toda independência, uma parte consistente das enormes despesas que nos custou a preparação deste plenário: operários, sacerdotes, lavradores, intelectuais, pessoas de todas as categorias que sentiram todas mesmo que um modesto sacrifício podia representar um encorajamento moral e uma ajuda material pela nossa iniciativa.

Mas um sinal ainda maior deste vasto interesse e desta crescente mobilização da opinião pública foi atestado cotidianamente pela larga presença de jornalistas da imprensa e da televisão italianas e estrangeiras: mais de 10 televisões e cerca de 180 jornalistas presenciaram as nossas Sessões, e a estes vai o nosso caloroso agradecimento; porque é graças a eles que atingimos a opinião pública, e podemos sucessivamente verificar se interpretamos bem a consciência mundial, em nome da qual ousamos nos constituir juízes e nos atribuir um grave dever, do qual sentimos o peso e a responsabilidade.

Nos próximos dias, diversas televisões estrangeiras fornecerão a milhões de telespectadores amplas e detalhadas reportagens sobre os nossos trabalhos, e acreditamos de não pecar em orgulho se dissermos que, raramente, as instituições surgidas por iniciativa privada chamaram para si tão larga concentração de atenção internacional.

Mas nós não alcançamos, e não teríamos alcançado somente o público atingido nestes dias, e que atingiremos nos próximos com a nossa mensagem, a mensagem que emana dos nossos próprios trabalhos; temos também o público da América Latina, os povos oprimidos, martirizados, torturados, reduzidos à condição de escravos, os povos reduzidos ao silêncio oficial e à conspiração obscura. Não somente cinco países, dos quais não pensávamos de nos ocupar – Paraguai, Guatemala, Haiti, República Dominicana e Porto Rico – nos pediram para ouvir também a sua denúncia, de acolhê-la em nossos atos, de fazê-las objeto de sucessiva investigação; mas de muitos países da América Latina nos chegaram palavras de encorajamento, de aprovação, de esperança que emanavam de cidadãos livres ou de perseguidos ou de exilados, de homens ilustres da ciência ou de humildes desconhecidos, de pertencentes a frações políticas ou a correntes ideológicas as mais díspares, e que nos diziam os sentimentos de ânsia e de espera com a qual a milhares de quilômetros daqui homens que pensam e que lutam, que vivem na obscuridade dos cárceres ou nas insídias da clandestinidade, na amargura da derrota ou na esperança da vitória, esperam de nós uma palavra que os encoraje, os ajude, os incentive a ainda combater pelos próprios direitos sufocados, pela liberdade violada e pela independência deformada e sacrificada.

Ninguém que tenha seguido os trabalhos diretamente ou pela televisão poderá esquecer os semblantes que apareceram na tribuna, as vítimas da recente tragédia chilena, de Grimilda Sanchez, que falava como mulher de marido assassinado, como mãe de um filho assassinado e como mulher em nome de todas as mulheres presas e torturadas; à mulher de Víctor Jara, que era a própria encarnação da dor e da dignidade, assim como os lavradores, os operários, os intelectuais que há mais tempo no Brasil, na Bolívia ou no Uruguai sofrem as mesmas penas e se batem com a mesma coragem, conquistando com o sacrifício e os sofrimentos o que é o bem mais precioso do homem: uma consciência livre.

Os nossos trabalhos não terminaram com este julgamento e com esta Sentença. Aliás, o que exatamente desperta com maior força dos nossos trabalhos é a necessidade de prosseguir e de aprofundar a investigação: vimos perfilar-se a sombra de um Leviatã pior de quantos a história tenha conhecido; não as velhas ditaduras militares dos caudilhos, não o fascismo de tipo italiano e nem mesmo o nazismo alemão, mas algo que poderia resultar ainda pior: a tentativa de submeter os povos de um continente inteiro à exploração de poucas companhias multinacionais, de transformar todos os homens em escravos de uma estrutura onipotente, misteriosa e distante, de extenuar a fibra psicológica, de subjugar a consciência, de reduzi-los a restos insignificantes do mecanismo implacável da exploração.

Este trabalho de investigação e de aprofundamento será, portanto, prosseguido, e convergirá em outras Sessões que não se limitarão mais a constatar a destruição dos direitos humanos, mas procurarão explicar suas causas, e assim esclarecer as responsabilidades jurídicas e políticas e morais; e nós, juízes do Tribunal Russell II sobre o Brasil, o Chile e a América Latina, prometemos solenemente diante de vocês, homens e mulheres que aqui nos escutam ou nos escutarão através da imprensa ou da televisão, que prosseguiremos com nossos esforços, que continuaremos na nossa luta, para dar uma voz aos povos mudos da América Latina, para ajudá-los e reencontrar o seu semblante de homens que a ditadura busca desfigurar a cada dia.

Cidadãos de Roma, cidadãos de todo o mundo, se realmente acreditam na dignidade do homem – imagem de Deus para os que creem, o momento mais alto do desenvolvimento para os que não creem – se querem salvar a própria dignidade desta monstruosa agressão, ajudem-nos nesta batalha, como nós buscamos ajudá-los dispersando a cortina de fumaça que esconde a situação real do mundo e permitindo-lhes descobrir a verdade, que é a raiz de toda transformação humana.

Ninguém que queira se sentir homem, ninguém que em boa fé queira se sentir cristão, ninguém que crê seriamente na democracia, mais simplesmente, ninguém que ame os próprios filhos e queira assegurar-lhes uma vida livre e civil, pode se fechar na mesquinhez do pequeno burguês satisfeito, porque a indiferença é cumplicidade, porque o silêncio é reticência.

Os semblantes trágicos das vítimas do imperialismo, que passaram durante a semana diante de nossos olhos, aqueles que sobreviveram às torturas como aqueles que morreram sob tortura, os homens e as mulheres que hoje, na maior parte dos países da América Latina, sofrem, no segredo de suas celas, na obscuridade imposta pelo capuz, no isolamento forçado, ou, ainda, aqueles que conduzem uma vida precária e dramática na clandestinidade, a todo momento ameaçada, são um testemunho vivo que nos exorta a não haver necessidade de esperar que o sol surja para acreditar na luz. Esta luz que hoje brilha nos seus corações indomáveis, amanhã iluminará os novos caminhos da humanidade.



Nós estamos e permaneceremos ao seu lado. Até a vitória.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



SENTENÇA

TRIBUNAL RUSSELL II

BRUXELAS, JANEIRO 1975

SENTENÇA

MOTIVAÇÃO

PRIMEIRA PARTE - DISTINÇÃO DOS TRÊS NÍVEIS NOS QUAIS OPEROU O TRIBUNAL

Os trabalhos da segunda Sessão do Tribunal Russell II sobre a repressão no Brasil, Chile e América Latina se conectam diretamente àqueles da primeira e, na motivação desta segunda Sentença, não repetiremos o que já está contido naquela de 6 de abril de 1974 e no Relatório Geral, do qual a mesma Sentença faz suas as considerações.

Para compreender a decisão do Tribunal, é necessário distinguir três níveis de análise:

1. OS FATOS

O primeiro nível é o dos fatos: uma documentação muito rica, seja oral que escrita, foi depositada nos arquivos do Tribunal. Os fatos podem ser reagrupados do seguinte modo:

- 1) Os testemunhos de fatos individuais de repressão, de prisões arbitrárias, de violência, de tortura;
- 2) Uma documentação jurídica contendo os principais instrumentos legislativos ou regulamentares dos quais se serviram os governos condenados por destruir o Estado de Direito; ademais, esta documentação trata das relações de trabalho e direito sindical, e do Habeas Corpus e direito sindical;

3) Muitas informações de caráter econômico: natureza e volume dos investimentos; proveitos realizados pelas companhias estrangeiras ou pelas filiais de companhias multinacionais; descrição dos meios usados para subtrair os proveitos à imposição fiscal dos Estados da América Latina; ajudas, subsídios, incentivos, privilégios fiscais concedidos por governos atuais destes Estados aos investidores estrangeiros; degradação do real poder de compra dos trabalhadores com a inflação, congelamento dos salários e fixação dos preços dos bens e dos serviços segundo a lei de mercado;

4) Testemunhos e relatórios relativos a intervenções de companhias privadas ou de agências oficiais de Estados estrangeiros na vida política e social dos países latino-americanos, como subsídios concedidos a greves políticas ou a alguns partidos por ocasião de eleições;

5) Evolução das decisões de ajuda financeira tomadas seja por parte de prestadores estrangeiros que por parte de organismos internacionais (B.I.R.D., F.M.I.), de acordo com a orientação política dos governos no poder na América Latina;

6) Relações entre estes governos e as companhias estrangeiras nacionalizadas: às vezes, estas utilizam o domínio que, de fato, continuam a exercer sobre as suas instalações para obstaculizar um andamento normal da atividade; outras vezes, intervêm na vida política interna para derrubar o governo responsável por tê-las nacionalizadas; ou ainda, o novo governo que ajudaram a instalar as reintegra em seus bens ou lhes concede notáveis indenizações.

Naturalmente, esta série de fatos tem somente um valor exemplificativo.

2. A INTERPRETAÇÃO DOS FATOS

Dado o número considerável dos fatos que o Tribunal pôde acertar e dos quais se encontrará um resumo na quarta parte da motivação (onde estão classificados por país), é indispensável ater-se aos fatos significativos e inseri-los em um mecanismo de interpretação.

O Tribunal recorreu a dois destes métodos de interpretação, o primeiro dos quais já está contido na Sentença pronunciada em Roma em 6 de abril de 1974: consiste em individuar o caráter sistemático das violações dos direitos humanos, entendido como modo de governo. Sobre este ponto, remetemos aos trabalhos da primeira Sessão, ainda se aqueles da segunda completaram a análise dos primeiros quatro países estudados (Brasil, Chile, Uruguai, Bolívia) e a estenderam a algum outro país.

O segundo método de interpretação é de natureza econômica. Este tem, em relação ao primeiro, um caráter explicativo. Tenta responder a algumas perguntas colocadas na abertura da segunda Sessão: “Por que povos inteiros são privados dos mais elementares direitos; por que toda expressão da vontade popular é totalmente reprimida; por que os únicos “direitos individuais” respeitados são o direito de propriedade das classes tradicionalmente no poder; por que a política dos governos é orientada a um desenvolvimento econômico cego, destruidor dos valores humanos e culturais dos mais pobres; por que os mesmos governos concedem privilégios exorbitantes a companhias estrangeiras e aos seus dirigentes?”

A resposta dada a estas perguntas pelo Tribunal Russell é a seguinte: os países da América Latina onde se cometem violações sistemáticas dos direitos humanos são inseridos em um sistema de domínio econômico.

Existe, por outro lado, um estreito paralelismo entre as duas análises, sendo-lhes comum o elemento de domínio. Ao domínio que pesa sobre os trabalhadores no interior de cada país, corresponde, nas relações internacionais, o domínio exercido sobre cada uma das economias nacionais de um ou diversos centros de decisões econômicas, externos ao país. A colaboração das classes dirigentes locais com os responsáveis por estes centros constitui um dos elementos essenciais do sistema global, e torna ainda mais difícil uma condenação das normas atuais do Direito Internacional.

3. OS INSTRUMENTOS DE AVALIAÇÃO DOS FATOS E DOS MECANISMOS EXPLICATIVOS

Para alcançar uma condenação é necessário submeter os fatos a um critério de avaliação. A pergunta principal que o Tribunal deve se colocar é a de saber em que medida os fatos accertados constituem uma violação do Direito e, em particular, do Direito Internacional.

No preâmbulo da Sentença de 6 de abril de 1974, o Tribunal explicou o porquê da sua investidura em termos que é inútil repetir. Todavia, não basta constatar as lacunas do ordenamento jurídico internacional no plano das jurisdições ou dos procedimentos e afirmar que o Tribunal Russell recebe a sua investidura dos povos. É necessário se perguntar, também, se o Direito Internacional atualmente em vigor permite condenar sem ambiguidade os fatos accertados.



Ao lado das normas explicitamente transgredidas, em particular no que concerne às violações dos direitos humanos, é necessário colocar em evidência as contradições próprias do Direito Internacional: a importância de tais problemas faz com que a terceira parte da motivação seja a estes dedicada.

Também, é necessário sublinhar que, está na base da escolha dos mecanismos explicativos adotados uma tomada de posição política ou ética. O modelo econômico, por meio do qual o Tribunal caracterizou o desenvolvimento imposto hoje aos países da América Latina, é, diferentemente dos fatos propriamente ditos, suscetível de ser contestado. Convém, porém, precisar que mesmo substituindo modelos diversos – por exemplo, a imagem oficial de uma ajuda internacional ao desenvolvimento destes países – supõe, analogamente aos conceitos de exploração e de domínio utilizados pelo Tribunal, um desenho político que o mesmo considera como dever condenar em nome dos princípios que o inspiram.

A gravidade e a persistência dos fatos denunciados ao Tribunal Russell, o perigo que a sua generalização provocaria para o futuro da humanidade, justificam que este tenha aceitado esta incumbência. O que leva, assim, a precisar a eficácia das suas intervenções. Os fatos que este condena são cumpridos no exercício de um poder, não somente aquele dos governos, mas também ação de poderes econômicos privados.

Contra estes poderes, isto é, contra o uso da força, deve-se fazer prevalecer o Direito, no sentido mais amplo, incluindo neste as normas éticas fundamentais.

O poder de julgar é, certamente, um dos mais difíceis. Porém, os membros do Tribunal Russell creem que o silêncio os teria tornado cúmplices dos fatos se, por um excesso de escrúpulo jurídico, tivessem tido temor de enfrentar o exame.

Não se ocupar de política significa dar o próprio apoio àqueles que detêm o poder e significa, então, colaborar com a sua política. Abster-se de julgar as injustiças de que povos inteiros são vítimas, quando os elementos de avaliação são suficientes, seria dizer colocar-se com o próprio silêncio da parte dos carnílices e dos torturadores.

Não só existe um Tribunal Internacional competente para acolher a denúncia dos povos oprimidos, mas os juízes naturais destes povos, os juízes do Brasil e do Chile, por exemplo, colaboraram com a destruição do Estado de Direito progressivamente no primeiro país, brutalmente no segundo. O Tribunal Russell entende não apenas suprir esta lacuna do ordenamento jurídico internacional, mas também reparar as injustiças cometidas exatamente por aqueles cuja principal missão seria aplicar o Direito, e não servir um poder tão brutal quanto mais consciente da sua precariedade.

SEGUNDA PARTE - AS CAUSAS ECONÔMICAS DA REPRESSÃO

Introdução:

Em ocasião da primeira Sessão ocorrida em Roma de 30 de março a 6 de abril de 1974, o Tribunal Russell II examinou fenômenos da repressão e da violação dos direitos humanos, e condenou “as autoridades que exerceram ou exercem o poder no Brasil, Chile, Uruguai e Bolívia”.

Os testemunhos e os relatórios apresentados em Roma colocaram em evidência que a repressão não era simplesmente obra de governos ou executores loucos ou sádicos, mas sim que esta fazia logicamente parte de um sistema coerente e eficaz de domínio e de exploração.

Em outubro de 1973, algumas semanas após o golpe de Estado fascista no Chile, um jornal francês saía com o título, cujo humor negro esperamos tenha sido involuntário: “a Junta chilena adota rigorosas medidas econômicas – nove pessoas fuziladas”.

É um modo muito brutal de apresentar as ligações entre problemas econômicos e violência que foram examinados ao longo da segunda Sessão do Tribunal, ocorrida em Bruxelas de 11 a 18 de janeiro de 1975.

Os relatórios e os testemunhos ouvidos pelo Tribunal ao longo da semana contribuíram, de fato, para revelar esta ligação. A síntese dos elementos de fato, a interpretação econômica e o juízo político de países com dimensões, estruturas e problemas tão diversos poderiam parecer difíceis, até mesmo impossíveis. Os acontecimentos ocorreram de forma diferente: a lógica do sistema de exploração nacional e internacional é tal que todos estes dados podem ser inseridos em um esquema relativamente homogêneo para todos os países examinados. Podem-se, assim, encontrar analogias tanto nos acontecimentos como no comportamento dos diversos setores.

Esta parte da motivação se esforça para colocar em destaque estas analogias, apresentando naturalmente em modo muito esquemático, em primeiro lugar os mecanismos de exploração internacional, e em seguida a evolução econômica e política na América Latina.

1. Os mecanismos de exploração internacional

Para melhor esclarecer a realidade do imperialismo que age na América Latina e do capitalismo selvagem que este esconde, parece-nos oportuno recordar rapidamente a evolução do sistema de exploração internacional.



A industrialização dos países ocidentais se realizou no século passado através de um processo de acumulação de capital, possibilitado principalmente pelo baixo nível dos salários e das elevadas taxas de exploração impostas à classe operária. Paralelamente, a constituição dos impérios coloniais havia permitido um aprovisionamento a baixo custo de matérias-primas necessárias à produção, enquanto abria novos mercados para esta última. Todavia, a organização dos trabalhadores e a necessidade de aumentar sempre a produção e, logo, também os mercados, provocaram um relativo melhoramento das condições sociais e um certo desenvolvimento da democracia formal nos países industrializados. Além disso, o enfraquecimento das velhas potências mundiais, ligado às guerras interimperialistas, e o despertar dos movimentos de liberação nacional provocaram uma superação formal do sistema colonial clássico, mesmo deixando intactas as estruturas da dominação.

A exploração e o saque direto dos recursos naturais se agravaram, mas, no quadro de novas formas de dominação mais pesadas porque integradas a um modelo de imperialismo de porte mundial, com um centro diretivo e com a pretensão de impor a sua ordem em todos os campos: economia, sistema político, escala de valores.

No que concerne à mão de obra, os países ocidentais transferem a exploração mais brutal aos países subdesenvolvidos em dois modos: em primeiro lugar, com a importação pura e simples de trabalhadores destes países; em segundo lugar, com a transferência de alguns investimentos nestes países.

Quanto às matérias-primas, as empresas capitalistas se tornaram simplesmente “proprietárias”; e, sobretudo, controlam a sua comercialização. O sistema econômico mundial conhece, então, um processo rápido de internacionalização, que se acelerou sensivelmente ao longo destes últimos 20 anos. Os países ocidentais decidem também a escolha do tipo de produção reservada aos países subdesenvolvidos e as características do seu crescimento; desse modo, organizam este crescimento segundo escopos e interesses da sua própria economia, tolhendo aos países dominados seja os recursos materiais, seja qualquer capacidade de decisão autônoma para planejar o próprio desenvolvimento.

Assim, o capitalismo internacional, para saquear os recursos naturais, para explorar os trabalhadores e para impor o tipo de desenvolvimento que serve aos seus interesses, concentra a injustiça social levada ao máximo nos países subdesenvolvidos, mas pode impor esta injustiça somente com a repressão sindical, a limitação dos direitos individuais e a violação política.

Todos os elementos do sistema estão ligados entre si:

- matérias-primas e mão de obra;
- acumulação do capital;
- internacionalização do sistema;
- repressão.

Três mecanismos principais permitem a aplicação do sistema de exploração:

- a) as companhias multinacionais;
- b) o comércio internacional e as matérias-primas;
- c) as ajudas financeiras aos países pobres.

a) As companhias multinacionais

O período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial foi caracterizado pela internacionalização crescente das economias capitalistas, e pela superioridade do capital americano sobre o capital europeu, fato este que teve novas consequências: a disparidade entre o caráter nacional das estruturas de Estado e o caráter internacional do capital na Europa se torna sempre maior, e as estruturas de Estado sempre mais dependentes em relação aos fenômenos econômicos internacionais.

A mobilidade das companhias multinacionais, em comparação com a dos Estados-Nações, permite-lhes utilizar à vontade certo número de vantagens: localização nos países onde os salários são baixos e onde os sindicatos têm pouco poder ou foram excluídos por golpes de Estado, exploração sistemática dos “paraísos fiscais”; minimização da carga fiscal por meio de manipulação dos preços e dos proveitos entre as diversas filiais, acesso aos meios de financiamento internacionais etc.

Estas vantagens contribuíram para a criação de enormes potências internacionais privadas: entre as 100 maiores potências econômicas mundiais, metade é composta por Estados, metade por companhias multinacionais (por exemplo, o giro dos negócios da General Motors, da Exxon ou da Ford são da mesma ordem de grandeza do PIB da Bélgica, da Suíça ou da Áustria; o giro dos negócios da ITT é oito vezes maior do que o PIB do Chile).

Muitos destes grupos têm o seu centro de decisões e as suas principais atividades nos Estados Unidos; em 1971, sobre um valor mundial de investimentos no exterior de 165 bilhões de dólares, mais da metade (86 bilhões) provinha dos Estados Unidos¹.

¹ A expansão das multinacionais americanas modificou profundamente as condições de mercado da própria economia americana, em um momento em que quase 30% dos benefícios globais efetuados por todas as companhias americanas provêm de operações de investimento no exterior (fora dos Estados Unidos).



Assim, não existe uma só potência internacional americana (o Estado americano), mas um conglomerado de potências privadas e públicas. Razão pela qual o Secretário de Estado Rogers se expressava da seguinte maneira: “... *that the Nixon administration was a “business administration”... in favor of business and its mission was to protect business*”.²

b) O comércio internacional e as matérias-primas

Muitos países da América Latina estão entre os principais fornecedores mundiais de matérias-primas geralmente essenciais para importantes setores industriais. É necessário se perguntar as razões pelas quais obstaculizaram o desenvolvimento destes países que dispunham de importantes recursos naturais, sobretudo se considerarmos o papel que estes recursos tiveram no aviamento da economia dos países atualmente desenvolvidos.

Podem-se apresentar duas causas principais;

- para grande parte das matérias-primas industriais, o maior produtor é um país industrializado (por exemplo, os Estados Unidos são o maior produtor mundial de petróleo e de cobre e o segundo produtor de carvão e de minerais de ferro);
- as razões históricas que favorecem o desenvolvimento do hemisfério setentrional, fizeram dele o principal consumidor de matérias-primas.

Além disso, mesmo nos países subdesenvolvidos, as matérias-primas foram controladas pelas grandes companhias multinacionais. Assim, seja para a oferta ou para a procura, os mercados das matérias-primas são dominados pelos países desenvolvidos.

Quanto aos produtos manufaturados, os países subdesenvolvidos não são seus produtores e são compradores pouco importantes: o comércio destes produtos acontece em grande parte entre os países desenvolvidos³.

Assim, os países subdesenvolvidos não controlam os preços e as condições das trocas nem pelas matérias-primas que exportam, nem pelos produtos manufaturados que importam.

2 Investigação do Senado Americano sobre as atividades da ITT no Chile em 1970 e em 1971, p. 979.

3 Segundo o UNIDO, a produção dos produtos manufaturados do conjunto dos países subdesenvolvidos representa 6% da produção mundial (objetivo de 25% para o ano 2000).

c) As ajudas financeiras aos países subdesenvolvidos

O saque aos recursos naturais e o domínio das condições de comércio internacional por parte dos países desenvolvidos obriga os países subdesenvolvidos a compensar as diferenças entre as entradas provenientes da exportação e as despesas ligadas às importações com ajudas financeiras internacionais.

Apenas uma parte destas ajudas contribui para o progresso dos países subdesenvolvidos; de fato, sem falar dos casos extremos que, infelizmente, são frequentes, como as ajudas alimentares e outras que servem unicamente à sobrevivência das populações, estas ajudas cobrem o financiamento de uma parte mais ou menos ampla das importações e das despesas para o reembolso dos débitos exteriores contraídos para enfrentar tais necessidades.

A tabela a seguir permite fazer uma ideia do montante das ajudas divididas por categorias (1972, em bilhões de dólares).

As ajudas do ponto de vista dos doadores

A. Ajuda pública ao desenvolvimento (APD)	8,65	(44%)
- ajuda bilateral propriamente dita	6,75	(ou seja, 78% de A)
dos quais doações	4,36	(65%)
dos quais empréstimos	2,39	(35%)
- contribuições dos organismos multinacionais ⁴	1,90	(ou seja, 22% de A)
B. Outras ajudas públicas	1,58	(8%)
- das quais créditos públicos à exportação	0,72	(ou seja, 46% de B)
C. Ajudas do setor privado	8,43	(43%)
- Investimentos diretos	4,30	(ou seja, 51% de C)
- Investimentos de portfólio	2,70	(ou seja, 32% de C)
- créditos à exportação garantidos	1,43	(ou seja, 17% de C)
D. Instituições privadas benéficas	1,03	(5%)
E. Total	19,69	(100%)

Fonte: OCDE, CAD Estatísticas Gerais – 1972: dados definitivos.

⁴ Grupo do Banco Mundial (BIRD, IDA, SFI), Banco Interamericano de Desenvolvimento, Fundos Europeus de Desenvolvimento, Banco Asiático de Desenvolvimento, Fundos Africanos de Desenvolvimento, Banco Europeu de Investimentos, Organismos das Nações Unidas (CNUD, FAO, UNICEF, OMS etc.)



A alocação da ajuda pública bilateral resulta da soberania nacional de cada um dos países doadores; responde muito mais a considerações políticas que não a aspirações desinteressadas de contribuições para o “bem estar mundial”.

Assim, a ajuda dos Estados Unidos foi dirigida tradicionalmente aos países que ocupam uma posição estratégica importante em relação aos países comunistas (Índia, Vietnã do Sul, Indonésia etc.).

Em compensação, a ajuda pública aos outros países subdesenvolvidos serve, sobretudo, para conservar ou para adquirir uma posição comercial nestes países; é assim que as antigas potências coloniais orientavam as suas ajudas de fundos públicos principalmente aos países que estes dominavam politicamente, por causa dos grandes interesses mantidos neles.

A ajuda pública multilateral, malgrado a sua fraqueza relativa e absoluta, desenvolve, de fato, um papel psicológico considerável: um empréstimo do Banco Mundial (BIRD), concedido a um ou outro país, constitui de alguma forma uma garantia, ou ao menos um reconhecimento, da validade deste país: este empréstimo, portanto, desenvolverá uma função realmente multiplicadora de outras ajudas financeiras. As decisões do BIRD são tomadas por maioria de votos (divisão em 1973: USA 23% - R. U. 9,3% - R. F.A. 4,9 - França 4,6% - Japão 3,7% - Brasil 1,4% - Chile 0,4% etc.).

Assim, a ajuda do BIRD está diretamente condicionada pela política geral e pelos interesses do conjunto dos países industrializados e, sobretudo, dos Estados Unidos, que dispõem praticamente de um direito de veto sobre qualquer decisão. A mesma constatação pode ser feita quanto ao Fundo Monetário Internacional (FMI). O reembolso do conjunto dos débitos contraídos pelos países subdesenvolvidos lhes cria graves problemas. O serviço global do débito é da ordem de 10 bilhões de dólares.

Desse modo, os mecanismos de financiamento internacional ligam sempre mais os países subdesenvolvidos às decisões tomadas pelos países desenvolvidos, não apenas pela concessão de novas ajudas financeiras, mas também pelas adequações e as consolidações dos débitos contraídos anteriormente.

2. Evolução econômica e política na América Latina

Estes mecanismos internacionais se manifestam em toda a sua eficácia na América Latina; as ligações “privilegiadas” com os Estados Unidos, a presença maciça das multinacionais norte-americanas e o condicionamento político fazem surgir um “modelo” próprio de desenvolvimento político-econômico da América Latina.

Certamente, uma análise mais completa coloca em evidência as características próprias da evolução em cada um dos países, mas é útil insistir aqui sobre as analogias que vão para além de simples coincidências, e que trazem à luz a lógica do sistema de dominação.

a) O “modelo” de exploração

O poder econômico está nas mãos de grupos internacionais e internos.

Os grupos internacionais controlam a produção e a comercialização das matérias-primas (por exemplo, na Bolívia, as multinacionais controlam 70% do tungstênio, 100% do antimônio, 65% do cobre, 40% da prata, 60% do volfrâmio) e também a produção de produtos manufaturados, destinados principalmente à exportação (por exemplo, no Brasil, a participação estrangeira nas dez mais importantes empresas do setor era, em 1972, assim dividida: produtos farmacêuticos 100%, automóveis 93%, alimentação, têxteis, eletricidade, eletrônica 75%).

Os grupos internos controlam a produção agrícola e parte da produção industrial destinada ao mercado interno. Naturalmente há muitas exceções a este esquema: assim, por exemplo, no Brasil uma parte importante da produção das matérias-primas e das primeiras transformações industriais (aço e metais não ferrosos) está nas mãos do Estado, mas o seu preço, mantido artificialmente baixo, representa subvenções ocultas concedidas às companhias multinacionais produtoras de bens duráveis.

Além disso, a atividade das multinacionais não é só estritamente limitada à indústria; estas são também proprietárias e gerenciam importantes companhias agrícolas (por exemplo, a Brooke Bond, a Liebig, a International Product Corporation no Paraguai; a United Brands em Honduras, Panamá, Guatemala, Costa Rica e Colômbia; a Gulf e a Western na República Dominicana).

Apesar destas exceções, o esquema permanece válido em grande parte: os países da América Latina são utilizados pelos países industrializados e principalmente pelos Estados Unidos como fornecedores de matérias-primas e de mão de obra de baixo custo.

Quanto às matérias-primas, já vimos que os preços e as condições de comercialização são determinados pelos países industrializados. Os baixos salários correspondem aos mercados internos limitados.

Logo, a América Latina é um continente no qual se produzem bens destinados a uma classe privilegiada interna muito pouco numerosa e, além disso, aos importantes mercados dos países

industrializados. Também no caso do “milagre brasileiro” o custo social deste modelo é muito elevado. A tabela seguinte mostra que 1% da população em 1960 dispunha de 12% da renda e em 1970 de 18%, enquanto 80% da população já em 1960 dispunha apenas de 46% da renda e em 1970 somente de 37%.

Brasil – Deterioração da distribuição da renda

População %	Renda %	
	1960	1970
1%	12	18
4%	16	19
5%	28	37
15%	26	26
80%	46	37
100	100	100

Sempre no Brasil, para comprar a ração alimentar básica mensal estabelecida para uma família média (6 kg de carne, 7 litros de leite etc.) um operário devia trabalhar 87 horas em 1965 e 177 horas em 1974, correspondentes a 44 horas por semana.

O “modelo” latino-americano comporta, portanto, duas características principais:

- de uma parte, todas as medidas necessárias para manter baixo o nível salarial;
- de outra parte, uma livre troca impulsionada ao máximo para permitir às multinacionais realizarem os seus proveitos nas melhores condições⁵.

b) Tentativas nacionalistas e progressistas

Alguns países permanecem nesta situação por décadas (por exemplo, o Paraguai). Em outros, as forças progressistas conseguiram, por períodos mais ou menos longos, tomar o poder e tentaram extirpar o “modelo” imposto pelos países industrializados. Mais uma vez, além das

⁵ Os dados relativos ao proveito das multinacionais são muito incompletos, principalmente porque estas podem mascará-los com facilidade. Um estudo na Colômbia mostra que a taxa de rentabilidade média de 53 companhias estrangeiras (período 1966-1970) passou de 8,4% (benefício líquido sobre ativo líquido) a 13,4% se somados os royalties, e a 52% se somados também os superfaturamentos sobre as importações.

características próprias de cada uma destas tentativas, se encontram constantes significativas. Os governos progressistas querem retomar o controle das suas matérias-primas. É assim que Vargas cria no Brasil, em 1952, o monopólio de Estado do petróleo (Petrobrás) e Allende cria, no Chile, a “Área de propriedade social”; e Torres nacionaliza na Bolívia, em 1960, as jazidas de zinco da “mineira Mathilde”.

Uma segunda intervenção é representada pelas “leis sobre os proveitos excessivos”, que devem servir para taxar os superproveitos das companhias multinacionais e a reduzir ou anular as indenizações em caso de nacionalização. No Brasil, tal lei havia sido proposta por Vargas em 1952 e promulgada por Goulart em 1964, e no Chile por Allende em 1971. Nos dois países, a tais intervenções seguiram-se, em breve, golpes de Estado (Brasil, 1964, Chile 1973).

Mas estas intervenções (nacionalizações e leis sobre os proveitos excessivos) nada mais são do que uma manifestação da redução do poder estrangeiro na economia nacional; fazem parte da transformação do “modelo” citado acima.

Os governos progressistas tendem a melhorar as condições sociais dos trabalhadores aumentando sensivelmente os seus salários; isto significa um aumento do mercado interno que abre assim melhores perspectivas à indústria nacional que, por tradição, cobre as suas necessidades, e à qual é assegurada uma certa proteção em relação aos produtos importados.

No nível político, isto corresponde a uma tentativa de aliança entre os trabalhadores e a burguesia industrial nacional. A “reforma agrária” com distribuição de terras aos lavradores completa o “contramodelo” progressista.

c) Reação da direita nacional e internacional

As forças da direita nacional e internacional reagem violentamente contra a redução de seus privilégios: nesta oposição se manifesta a verdadeira reação. As ajudas financeiras internacionais são reduzidas brutalmente: em 1964, o governo americano se nega a discutir a renegociação da dívida exterior brasileira; em 1971, o Eximbank rejeita um empréstimo de 21 milhões de dólares à Lan-Chili (companhia aérea nacional) para a aquisição de três aviões. As ajudas financeiras globais no Chile diminuem de 230 milhões de dólares em 1969 a 64 milhões de dólares em 1972.

Os Estados Unidos, todavia, continuam a financiar o exército e, por meio da A.I.D. (Agência para o Desenvolvimento Internacional), também alguns programas de “formação” como, por exemplo, as visitas e as trocas organizadas pela A.I.F.L.D. (American Institute for Free Labor Development),



que tem o escopo de “promover sindicatos livres e democráticos, impedir a infiltração comunista e liquidá-la onde esta já existe”.

As ações antiprogressistas são financiadas e preparadas com cuidado: em 1964, no Brasil, as empresas se impõem taxas para financiar o I.P.E.S. (Instituto de Pesquisas Econômicas e Sociais), que tem por objetivo introduzir elementos aliciadores e de corromper os sindicatos, as organizações estudantis, os grupos políticos e a imprensa; os mesmos grupos financiam o I.B.A.D. (Instituto Brasileiro de Ação Democrática), que também recebe dinheiro diretamente da Hanna Mining Corporation e tem o objetivo de corromper homens políticos e jornalistas, e de facilitar a eleição de homens políticos de direita.

Os serviços secretos americanos reconheceram ter apoiado as manifestações anti-Allende, servindo-se das filiais das sociedades americanas no Brasil e em outros países da América Latina; M. Colby (diretor da C.I.A.) reconheceu que a C.I.A. havia se infiltrado em quase todos os partidos políticos chilenos.

Já no início de 1971, se constitui em Washington um comitê “ad hoc” dirigido por Merriam da I.T.T., que reúne I.T.T., Bank of America, Kennecott, Grace, Pfizer e Ralston Purina; este comitê tem o escopo de fazer pressão no governo americano para que este adote uma “linha dura” contra o Chile.

Por ocasião destas intervenções, a burguesia nacional se une às forças conservadoras: a sua aliança com os trabalhadores foi somente superficial e frágil. É o primeiro elemento dos programas progressistas que se rompe, geralmente antes mesmo que o exército tenha tomado posição.

Quanto aos golpes de Estado, mais que a intervenção americana direta, já bem conhecida (função do general Vernon Walters, encarregado militar na Embaixada americana no Brasil no golpe de Estado de 1964; intervenção na República Dominicana em 1965), é interessante lembrar o papel desenvolvido pelo Brasil.

Em 1965, milhares de soldados brasileiros se uniram aos marines americanos na intervenção na República Dominicana; o conjunto destas tropas estava sob o comando do general brasileiro Meira Matos. Em 1971, o Brasil deu armas aos golpistas bolivianos do coronel Banzer que devia eliminar o regime progressista do presidente Torres. Em 1971 e 1972, a Escola Superior de Guerra do Rio ativou a “operação das 30 horas” com o objetivo de ocupar o Uruguai no caso em que o “Fronte Ampliado” (versão uruguaia da Unidade Popular chilena) vencesse as eleições. Em 1973, o Brasil prepara o “Plano Alpha” de intervenção no Chile e de colaboração com os golpistas de Pinochet.

Através destes poucos exemplos, mostra-se claro que os golpes de Estado fascistas na América Latina não foram puros casos políticos, nem o resultado de condições particulares de um determinado país, mas fazem parte de um esquema muito rigoroso, no qual as autoridades e as grandes companhias americanas e brasileiras e as burguesias nacionais desenvolveram um papel bastante específico.

d) As bases do “milagre” fascista

As autoridades que, de fato, chegaram ao poder após golpes de Estado, tomam as medidas necessárias para restabelecer os privilégios dos grupos dominantes; dois tipos de intervenção são características desta política: procedimentos favoráveis às companhias multinacionais, e repressão sindical e social.

Na Bolívia, a “Mineral and Chemical Philips Co.” e a “U.S.S.” haviam pedido ao governo de Torres uma indenização de 12 milhões de dólares para a nacionalização da jazida de zinco da “mineira Mathilde”; os técnicos da COMIBOL haviam calculado uma indenização de 8 milhões de dólares. Imediatamente após o advento de Banzer, as mesmas companhias pediram 25 milhões de dólares; a indenização paga por Banzer foi de 13,4 milhões de dólares de uma só vez. Para efetuar este pagamento, a Bolívia teve que recorrer ao crédito do Bank of America e do First National City Bank; considerando os juros deste crédito, a indenização custou 18,5 milhões de dólares à Bolívia.

No Uruguai durante a “ditadura legal” de Pacheco, os bancos e a indústria frigorífera foram desnacionalizados.

No Brasil, em 1955, após o parêntese progressista de Vargas e o seu suicídio, o novo presidente Café Filho decretou a “Instrução 113” que permitia às companhias estrangeiras introduzir os maquinários a preço de mercado, enquanto as companhias nacionais deviam importar aparelhagens novas, que estas deveriam pagar em moeda estrangeira, com prévia licença de importação.

No Chile, há apenas algumas semanas, Pinochet decidiu “regularizar” a situação da ITT, após a passagem à Corfo das ações que esta companhia possuía na companhia telefônica do Chile⁶. A ITT continua a estar presente nas outras companhias estabelecidas no Chile.

6 Este dinheiro poderia facilitar o financiamento da campanha de imprensa que a ITT lançou em 1974 na Europa (a começar pela R.F.A. e pela Espanha) para apresentar uma “nova imagem” da companhia.



Quanto à repressão sindical e social, mais do que lembrar os casos infelizmente muito numerosos de prisões, de torturas, de assassinatos de sindicalistas e de trabalhadores, apresentaremos alguns exemplos da repressão geral em ato.

Os sindicatos foram abolidos ou colocados sob tutela pública em todos os países fascistas da América Latina: na Argentina, os sindicatos dos mecânicos de Córdoba foram dissolvidos e assim os dos tipógrafos em Buenos Aires; na Bolívia, Barrientas bloqueou em 1964 os direitos sociais e sindicais dos trabalhadores; em 1972, Banzer dissolveu a Central Obrera boliviana; no Brasil, em 1964, Castelo Branco dissolveu a “Central dos Trabalhadores”; a idade mínima para trabalhar era de 14 anos na Constituição de 1944, mas foi reduzida a 12 anos na Constituição de 1967; no Chile, um dos primeiros atos da Junta foi dissolver a CUT (Central Única dos Trabalhadores); além disso, os trabalhadores não podem mais se reunir em assembleia, nem eleger os seus representantes; no Paraguai, a “Central Paraguaia de Trabalhadores” é manipulada pelo general Stroessener que declarou em 1968, por ocasião de uma visita aos Estados Unidos, que ele considerava o secretário geral da Central como um “membro do governo com o mesmo título do embaixador dos Estados Unidos...”; no Uruguai, em 1973, a CNT “Central Nacional dos Trabalhadores” foi dissolvida...

CONCLUSÕES

Reencontramos, assim, os dois aspectos do mesmo fenômeno: de um lado, as vantagens concedidas às multinacionais e, de outro, a repressão dos trabalhadores, são dois aspectos fundamentais do “modelo” latino-americano.

Na explicação deste esquema podíamos lembrar episódios ainda mais devastadores⁷; tratamos somente fenômenos econômicos e jurídicos porque mais significativos para a segunda Sessão do Tribunal Russell II que se ocupa das causas econômicas da repressão⁸.

Além dos aspectos econômicos e sociais, outros aspectos já apareceram ao longo da segunda Sessão: as intervenções militares dos Estados Unidos e do Brasil, o domínio cultural, o Direito a serviço do poder, a estrutura do poder fascista... Serão o objeto da terceira Sessão que acontecerá ao final de 1975.

7 O comércio do sangue e dos cadáveres no Haiti; as “técnicas” de tortura, o genocídio dos índios no Brasil etc.

8 A condenação das violações dos direitos humanos era matéria da primeira Sessão do Tribunal que aconteceu em Roma de 30 de março a 6 de abril de 1974.

TERCEIRA PARTE - AVALIAÇÃO DOS FATOS E DOS MECANISMOS JURÍDICOS EXPLICATIVOS

Os fatos denunciados diante do Tribunal Russell II são avaliáveis na proporção do Direito Internacional seja porque os governos transgrediram, no exercício das suas competências internas, alguns princípios fundamentais deste Direito, seja porque estes agiram em contraste com tal Direito na própria esfera das relações entre Estados.

1. Violação dos direitos humanos

A Sentença da primeira Sessão contém uma motivação sólida, à qual é possível se referir no que concerne à:

- supressão das liberdades civis e dos direitos políticos;
- restrição dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Os principais instrumentos a serem citados são:

- O preâmbulo da Carta das Nações Unidas adotada em 26 de junho de 1945 e sete artigos desta Carta (1, 13, 55, 56, 62, 68, 75) que contêm uma referência explícita ao “respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos” (art. 55, c). Segundo o Tribunal Internacional de Justiça “uma negação dos direitos fundamentais da pessoa humana é uma violação flagrante dos fins e dos princípios da Carta” (Parecer Consultivo relativo à NAMÍBIA, de 21 de junho de 1971, nº 131).
- Os artigos 5 e 13 da Carta da Organização dos Estados Americanos (Tratado de Bogotá de 30 de março/2 de maio de 1948), assim como a Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem adotada no Documento Final da Conferência de Bogotá de 1948;
- Os Pactos Internacionais de 16 de dezembro 1966, relativos um aos direitos civis e políticos, o outro aos direitos econômicos, sociais e culturais, que o governo do Chile ratificou em 10 de fevereiro de 1972;
- As convenções internacionais relativas à liberdade sindical e aos outros direitos sociais, estipuladas no quadro da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.).

Na evolução que a concepção dos direitos humanos teve no plano internacional, o acento se desloca da consagração dos direitos individuais (por exemplo, a liberdade individual e a



propriedade) aos direitos coletivos: o direito dos povos a dispor-se de si mesmos e dos seus recursos naturais, o direito de escolher livremente um regime político e econômico, o direito à educação e ao desenvolvimento cultural.

É por isto que, já na primeira Sentença, o Tribunal Russell destacou a gravidade particular das violações dos direitos humanos na América Latina; a destruição das liberdades individuais deve ser entendida como a instauração de um sistema repressivo destinado a impedir a evolução das estruturas socioeconômicas para um melhoramento das condições de vida de toda a população. O Tribunal destaca, mais uma vez, o caráter regressivo desta evolução; a circunstância que numerosos governos latino-americanos tenham assinado convenções que os seus sucessores transgridem, hoje, deliberadamente, revela a degradação do regime sociopolítico nesta parte do mundo.

2. Outras violações do direito internacional positivo

Já na sua primeira Sentença, o Tribunal Russell II decidiu que certos atos que comprometiam a responsabilidade de um governo eram contrários a princípios fundamentais do Direito Internacional.

Assim, a Junta chilena foi declarada culpada pela violação do direito ao asilo e do direito diplomático, bem como da Convenção de Genebra de 28 de janeiro de 1951 sobre o estatuto dos refugiados.

Ao final da II Sessão, o Tribunal constata que atos de intervenção contrários ao Direito Internacional, tanto convencional quanto consuetudinário, foram cometidos pelo governo dos Estados Unidos e por seus agentes a fim de derrubar o último governo legítimo do Chile. Os artigos 15, 16 e 17 da Carta da O.E.A. (Tratado de Bogotá de 30 de abril de 1948) introduziram no direito americano, aplicável neste caso específico, princípios particularmente rígidos sobre este ponto.

3. A condenação do sistema de dominação econômica exercida sobre a América Latina

a) O direito ao desenvolvimento econômico e social

Os artigos 1 e 55 da Carta das Nações Unidas, que proclamam o princípio da igualdade dos direitos dos povos e o seu direito de dispor de si mesmos e, ainda, a obrigação das Nações Unidas de

favorecer “o melhoramento do nível de vida, o pleno emprego e condições de progresso e de desenvolvimento na ordem econômica e social”; serviram como ponto de partida para numerosas Resoluções da Assembleia Geral tendente a instaurar uma nova ordem econômica internacional.

O Tribunal lembra em particular:

- a Declaração que concerne à soberania permanente sobre os recursos naturais (Resolução 1203 (XVII) de 14 de dezembro de 1962);
- a Resolução 2131, (XX) de 21 de dezembro de 1965, sobre a inadmissibilidade da intervenção nos negócios internos dos Estados e a proteção de sua independência e de sua soberania;
- a Resolução 2625 (XXV) de 4 de novembro de 1970, relativa aos princípios de Direito Internacional sobre as relações amistosas e a cooperação entre os Estados conforme a Carta das Nações Unidas;
- a Resolução 3201 (S. VI) de 1 de maio de 1974, que aprova a Declaração relativa à instauração de uma nova ordem econômica internacional.

Este é, evidentemente, o ponto culminante da Sessão Especial da Assembleia Geral de 1974, que recolocou em discussão, em termos claríssimos, o sistema antigo, proclamando a necessidade de instaurar uma nova ordem econômica internacional que corrija as desigualdades e remova as atuais injustiças. A Declaração denuncia “um mundo regido por um sistema que remonta a uma época em que a maior parte dos países em via de desenvolvimento não existia, nem mesmo como Estados independentes, e que perpetua a desigualdade”.

- A Resolução de 12 de dezembro de 1974, que aprova a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados com 120 votos contra 6 e 10 abstenções (Estados industrializados do Ocidente).

Esta Carta declara em particular que:

“As relações econômicas, como as relações políticas e as outras relações entre Estados, devem ser reguladas com base nos seguintes princípios:

- a) Soberania, (...) e independência política dos Estados;
- b) Não intervenção (...);
- e) Recíprocas e equânimes vantagens;



- g) Igualdade dos direitos dos povos e direito dos povos de dispor-se de si mesmos;
- i) Reparação das injustiças infligidas com a força que privam uma nação dos recursos naturais necessários ao seu normal desenvolvimento (...);
- k) Respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;
- l) Dever dos Estados de não tender a se assegurar a hegemonia e a esfera de influência;
- m) Promoção da justiça social internacional;
- n) Cooperação internacional para o desenvolvimento.”

Do conjunto destes textos, resultam os seguintes princípios:

- O direito dos povos de escolher livremente o próprio sistema político, econômico, social e cultural sem nenhuma ingerência estrangeira;
- O direito de cada povo de recuperar a própria soberania permanente, sobre os próprios recursos naturais, incluída a nacionalização;
- O direito e o dever de todo Estado de eliminar o neocolonialismo e toda outra forma de ocupação e de dominação e as suas consequências econômicas e sociais (art. 16 da Carta de 12 de dezembro de 1974).

Poder-se-iam citar, ainda, numerosos textos relativos ao direito a um justo preço pelas matérias-primas, ao direito ao financiamento do desenvolvimento aos investimentos, ao comércio internacional, às trocas de tecnologia, ao melhoramento do sistema das preferências tarifárias generalizadas etc.

Se for verdade que cada uma das afirmações destas resoluções e as próprias resoluções não podem ser consideradas vinculantes, todavia, não se poderá negar todo valor à reafirmação constante e coerente de um princípio fundamental, vale dizer que, não apenas a soberania permanente dos povos sobre os seus recursos naturais é a este ponto um princípio universalmente aceito, mas também que “o direito de soberania permanente dos povos e das nações sobre as suas riquezas e os seus recursos naturais deve se exercer no interesse do desenvolvimento nacional e do bem estar da população do Estado interessado”

O caráter cogente deste princípio e a sua incidência sobre o direito à nacionalização é, hoje, largamente reconhecido também pelos juristas ocidentais. De resto, este princípio se insere perfeitamente no quadro de uma norma racionalmente necessária do Pacto das Nações Unidas, isto é, o parágrafo 3 do artigo I que, entre os objetivos das Nações Unidas, inclui o de “realizar a cooperação internacional resolvendo os problemas de ordem econômica, social, intelectual ou humana”.

Ora, não pode haver dúvida de que estes problemas não poderiam ser resolvidos mediante a espoliação operada pelas grandes companhias multinacionais em prejuízo dos países e dos povos.

Sem dúvida, a uma afirmação desta natureza estão unidos os julgamentos de natureza política e ética, mas o caráter próprio do Direito Internacional é de se situar entre a política e a ética, devendo estas últimas contribuir para a elaboração progressiva de um Direito aplicável à inteira comunidade internacional: “seria inútil e desagradável demonstrar a evidência pela qual o direito contemporâneo une estreitamente a realização universal e efetiva dos direitos e das liberdades do homem ao desenvolvimento econômico, social e cultural” (Colóquio de Aix-en-Provence, Países em via de desenvolvimento e transformação do Direito Internacional, Paris, 1974, pág. 78).

b) O direito dos povos à autodeterminação

Outro princípio ao qual é necessário, sem dúvida, reconhecer um valor jurídico irrevogável, é o do direito dos povos à autodeterminação, cuja afirmação mais solene foi feita pela Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e aos Povos Coloniais (Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral de 14 de dezembro de 1968), mas que, sucessivamente, foi repetida em inúmeros atos internacionais.

Que este princípio tenha sido aceito como vinculante deriva do fato de que foi quase universalmente observado pelas potências coloniais, que a ditadura portuguesa naufragou por ter se negado a respeitá-lo; que a França, para conservar o domínio do território contíguo a Djibuti, teve que justificá-lo com um plebiscito, ainda que manipulado; e enfim, pelo fato de que o direito de se autogovernar sobre o próprio território foi recentemente reafirmado pelo povo palestino. Certamente, hoje, nenhum país ousaria negar a solidez de tal princípio, ainda que, às vezes, alguns recorram a subterfúgios para justificar um comportamento contrário.

Além disso, a Declaração sobre a Independência de 1960 trouxe à luz a capacidade do poder de autodeterminação; esta diz, textualmente: “Todos os povos têm o direito à autodeterminação; em virtude deste direito, estes determinam livremente o seu estatuto político e perseguem livremente um desenvolvimento econômico, social e cultural”. Isso significa, conseqüentemente, o direito de construir o próprio futuro político, social e cultural, mas também econômico, segundo escolhas feitas livremente, e porque este direito já constitui, por consenso unânime, o direito fundamental de cada um dos povos, nós chegamos por este caminho a uma conclusão idêntica àquela que nos permitiu de chegar à análise do direito ao desenvolvimento.



c) O princípio pelo qual não é permitido derrogar o direito à autodeterminação e ao desenvolvimento econômico

A prática internacional relativa à espoliação dos recursos naturais é, a este ponto, uniformemente orientada ao respeito do direito ao desenvolvimento. Basta considerar o problema nas nacionalizações para se convencer do papel desempenhado por este princípio na realidade internacional atual⁹. Este papel implica necessariamente que não se possa derrogar este princípio. Que o princípio da soberania permanente dos Estados sobre os próprios recursos naturais pertença ao *ius cogens*, sendo sustentado, hoje, pela doutrina ocidental (cfr., por exemplo: Brownlie, *Principles of Public International Law*, II ed., Oxford, 1973, pág. 500).

A comunidade internacional afirmou definitivamente e juridicamente protegido o interesse superior e comum que os recursos naturais de um país sejam utilizados para promover o bem estar da sua população e o seu desenvolvimento nacional (Resolução 1803 (VII)). Disto se obtém que são ilícitos todos os comportamentos, também aqueles que tenham tomado a forma de um acordo entre o governo local e os Estados ou as companhias estrangeiras, que terminem na utilização dos recursos naturais de um país em proveito destes Estados ou de tais companhias multinacionais.

Do ponto de vista jurídico, é necessário constatar a nulidade de todos os acordos internacionais, e de todas as concessões ou contratos de direito interno que organizam a exploração econômica de um determinado país.

A solução é clara no que concerne aos acordos internacionais concluídos por governos locais; todos os tratados são subordinados, naquilo que concerne a sua validade, aos princípios gerais do *ius cogens*. De fato, o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, codificou o princípio de superioridade das normas de Direito Internacional às quais não é possível derrogar. A não validade dos acordos por meio dos quais um povo foi defraudado dos seus recursos pode, portanto, ser invocada por todo novo governo que, eventualmente, se constituirá no país considerado, que não poderá ser vinculado aos acordos concluídos pelo governo precedente.

Uma situação análoga se impõe também no que concerne às concessões e aos acordos de direito interno entre os governos locais e as companhias estrangeiras. É verdade que, neste caso, o fundamento jurídico de tais acordos deve ser buscado na ordem interna do Estado produtor, mas também é verdade que os ordenamentos estatais se submetem expressamente ou tacitamente

9 Cfr. em particular: A. Giardina "Nationalisation et indemnisation em droit international", in: "Le droit pétrolier et la souveraineté des pays producteurs" (Colloq. Alger: 1971), Paris 1973, págs. 46 e 47; Francioni: "Compensation for Nationalization of Foreign Property", in: "The Borderland between Law and Equity", I.C.L.Q., 1974.

ao Direito Internacional, atribuindo às normas internacionais gerais valor de princípios de direito interno. Disso, resulta que as concessões e os contratos que organizam a exploração econômica de um país em vantagem de um Estado ou de companhias estrangeiras devem ser considerados não válidos pela violação daqueles princípios gerais de Direito Internacional que fazem parte dos ordenamentos jurídicos dos Estados produtores.

Do mesmo modo, em caso de concessões e de acordos de direito interno, é certo que um governo que sucede ao governo que estipulou tais acordos com as companhias estrangeiras, não será obrigado a respeitar tais contratos. Em particular, é necessário declarar não válidas (e internacionalmente ilícitas) todas as medidas de “restituição” que um governo adote em favor das companhias estrangeiras nacionalizadas pelo governo que o precedeu.

d) A violação do direito dos povos ao seu desenvolvimento econômico é uma ameaça para a paz e a segurança internacional

Base da coexistência pacífica dos Estados, o interesse primário que os recursos naturais de um país sejam utilizados para promover o desenvolvimento e o bem estar de um povo, mancha de invalidade jurídica todos os acordos por meio dos quais o governo daquele país prejudica aquele interesse.

A atenção crescente das Nações Unidas pelo fenômeno da exploração econômica de numerosos países por parte dos Estados e companhias estrangeiras foi amplamente destacada. O interesse por este fenômeno, manifestado pelas Nações Unidas e por seus organismos especializados, se explica indubitavelmente com o objetivo superior de assegurar a coexistência pacífica entre os Estados. De fato, gradualmente se reconheceu que estas situações de exploração econômica determinam graves tensões, sejam internas ou internacionais, capazes de colocar em perigo o equilíbrio e as boas relações entre os Estados.

Certamente, não são um fato novo o interesse das Nações Unidas e as ações consequentes em campos que tinham sido tradicionalmente subtraídos ao Direito Internacional. A ação tendente à abolição de toda forma de dependência colonial pode ser considerada, a este ponto, felizmente concluída, à parte alguma limitada exceção.

Foi, também, tomada uma ação pela proteção dos direitos humanos, contra as discriminações raciais. Em todos estes âmbitos as Nações Unidas intervieram porque consideraram que algumas situações eram perigosas para a paz internacional e eram, por consequência, um obstáculo para um sistema de relações amistosas entre os Estados.



Quanto à soberania permanente sobre os recursos naturais, a orientação atual mostra-se análoga. Já o parágrafo 7 da Declaração de 1962 (Resolução 1803 (VII)) continha uma afirmação precisa neste sentido: “Uma violação dos direitos dos povos e das nações à soberania sobre as suas riquezas e recursos naturais é contrária ao espírito e aos princípios da Carta das Nações Unidas, e obstaculiza o desenvolvimento da cooperação internacional e a conservação da paz”.

Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que o princípio da soberania permanente dos povos e das nações sobre os seus recursos naturais encontra seu fundamento imediato na Carta das Nações Unidas, e que, portanto, qualquer violação deste princípio constitui-se em uma violação à Carta. Por consequência, deve-se afirmar que uma violação do princípio acima representa um obstáculo ao desenvolvimento da cooperação internacional e à conservação da paz.

A declaração sobre as relações amistosas (Resolução 2625 (XXV)) confirmou esta orientação com a adoção dos princípios de Direito Internacional relativos às relações amistosas e à cooperação entre os Estados, na convicção de que “a submissão dos povos a um domínio, um domínio e uma exploração estrangeiros constitui um obstáculo primordial à realização da paz e da segurança internacional”.

Por fim, o mesmo Conselho de Segurança (Sessão do Panamá de 1973, Resolução 330) denuncia “com uma profunda apreensão a existência e a aplicação de medidas coercivas que transtornam o livre exercício da soberania permanente sobre os recursos naturais dos países da América Latina”; e salienta que esta situação pode colocar em perigo a paz e a segurança, e apela-se para os Estados para que desistam de qualquer medida coerciva e adotem as medidas mais adequadas para impedir a ação das companhias que tentam exercer uma coerção sobre os países da América Latina.

Em conclusão, é, hoje, necessário julgar internacionalmente ilícita – enquanto ameaça à paz e à segurança internacionais – qualquer forma de pressão econômica exercida pelos Estados exportadores de capitais, mas também sua política de encorajamento ou de tolerância em relação às companhias públicas ou particulares que exercem estas pressões.

O caráter ilícito, pelo ponto de vista do Direito Internacional, não concerne apenas à atividade dos Estados que exercem estas formas de exploração econômica dos países latino-americanos. É ilícita, também, a ação dos governos locais que favorecem ou toleram tal espoliação. As Nações Unidas estimam que a paz e a segurança internacionais são ameaçadas pela situação de exploração econômica enquanto tal, independente das formas em que está organizada. Elas são perigosas para a paz universal e, portanto, ilícitas pelo Direito Internacional, todas as formas

de enfraquecimento ou de tolerância dos governos locais nas suas relações com os Estados ou as companhias estrangeiras. Em outros termos, as Nações Unidas consideram que mereça proteção o direito dos povos e das nações de utilizar para o próprio proveito os recursos naturais do seu país, por isso, elas consideram como ilícito qualquer conduta de obstáculo ao exercício deste direito. Os governos locais são destinatários das relativas obrigações, não menos do que os governos estrangeiros direta ou indiretamente engajados nos atos de exploração daqueles recursos naturais.

Direito Internacional clássico, direito dos povos e nova ordem econômica internacional

Na sociedade internacional, podem-se distinguir três componentes:

- o Direito Internacional clássico, simples coordenação da ação dos governos;
- o direito “dos povos” assim como resulta das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas;
- o direito econômico internacional.

1. – O Direito Internacional clássico é prisioneiro de uma contradição fundamental. Ele consiste, na realidade, em normas obrigatórias para os Estados que são, todavia, aquelas que os próprios Estados – através de seus relativos governos – reconheceram obrigatórias nas suas relações recíprocas. Mas, o formalismo da representatividade dos governos que, de fato, exercem “regularmente” o poder no âmbito do próprio espaço territorial, impede qualquer controle por parte de um órgão internacional na forma em que estes governos operam sua competência. Sem serem irrelevantes, os valores atuais da ordem internacional são muito formais; a proibição de guerras de agressão vincula os Estados a um status quo territorial que acaba de “congelar” as fronteiras nacionais. Ao contrário, certas formas de agressão econômica e cultural são subtraídas aos mecanismos de controle do Direito Internacional clássico. E isso, então, não favorece uma cooperação ativa dos povos com vista a diminuir a injustiça da repartição atual dos bens e dos conhecimentos.

2. – Isso, com certeza, é objeto de um novo Direito Internacional que, em oposição ao antecedente, pode ser qualificado como Direito Internacional “dos povos”. A realização mais espetacular deste direito dinâmico foi a descolonização política, hoje quase inteiramente completada. Ainda resta a ser realizada a descolonização econômica e cultural. Numerosas Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e a muito recente Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, contêm várias e interessantes sugestões que tendem a atenuar as profundas desigualdades econômicas e culturais do mundo atual.



3. – A ordem econômica internacional consagra as desigualdades, de fato, como produtos da história, aliás, pode-se temer que as agrave. Esta ordem funda-se na liberdade contratual, e se move em um espaço econômico comum praticamente subtraído a qualquer ingerência estatal. Os poderes econômicos, tecnológicos e culturais são exercidos por pessoas que controlam, de fato, a parte maior das relações econômicas internacionais. Onde é necessário, o Direito Internacional clássico reforça as posições adquiridas, graças à proteção – garantida pelo Direito Internacional – que a territorialidade assegura à propriedade privada. Portanto, não se poderia afirmar que “o direito dos povos” constitua uma nova ordem econômica internacional, mas ele afirma alguns valores, na forma de reivindicações por parte dos povos mais pobres, que devem orientar a evolução da ordem econômica internacional, mas cuja pura afirmação é, no momento, compatível com a persistência das situações de desigualdade. No nível do Direito, o Tribunal deve constatar a distorção entre o quadro liberal do direito econômico internacional e as tendências “mais socialistas” contidas nas Resoluções votadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e ainda o formalismo do Direito Internacional clássico que somente reconhece os Estados representados pelos governos que exercem efetivamente o poder sobre o território destes Estados. Entre estes três elementos, o direito econômico internacional, o direito dos povos e o Direito Internacional clássico que regula as relações entre os Estados, se poderá futuramente proceder a alguns ajustes.

O Tribunal Russell deve defender a ideia de que o Direito Internacional clássico das relações entre os Estados e, principalmente, o quadro liberal do direito econômico internacional, têm um caráter arcaico, enquanto o direito dos povos é o elemento novo e progressista do Direito Internacional. Se, portanto, é necessário dirimir uma contradição entre estes aspectos diferentes, é certamente no sentido de um novo desenvolvimento do direito dos povos.

No quadro econômico atual, o papel das multinacionais é quádruplo:

- 1) Elas contribuíram na submissão dos países fornecedores de mão de obra e de matérias-primas aos países industrializados;
- 2) Controlam o comércio internacional em um sentido dominado pela finalidade do proveito;
- 3) Impedem qualquer planejamento nacional, sem o qual não há “desenvolvimento” (conceito que se deve distinguir daquele de “crescimento”);
- 4) Começaram a colocar as mãos sobre os mesmos Estados capitalistas onde conseguiram associar os interesses da classe dominante aos seus próprios interesses.

Enfim, os meios pelos quais se realizou o Direito Internacional do desenvolvimento, especialmente com a criação de instituições especializadas das Nações Unidas, em particular as organizações financeiras internacionais ou as agências de auxílio ao desenvolvimento, estão à mercê dos

países industrializados, levando em conta a forma em que os votos são repartidos nos órgãos dirigentes destas entidades. Disto, resulta que a Organização das Nações Unidas não dispõe de instrumentos adequados para tornar executivos os princípios, ou os programas, contidos nas Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas.

A condenação pronunciada pelo Tribunal diz respeito a um projeto de desenvolvimento e organização da sociedade do qual o “modelo brasileiro” é atualmente o mais representativo. De acordo com este modelo, as linhas reguladoras do desenvolvimento econômico são determinadas pelos poderes econômicos privados, enquanto os benefícios sociais, como a criação de novas vagas de trabalho, que podem derivar deles, são apenas minorias acidentais que não compensam a não ser que de forma muito insuficiente o desequilíbrio fundamental, e limitam-se mais a alargar um pouco o círculo dos privilegiados. Nenhum progresso social decisivo pode-se esperar de tal modelo de desenvolvimento. Ele altera levemente os limites da miséria, da fome e da ignorância, mas ao mesmo tempo agrava a dominação que continua a ser exercida sobre os povos e os grupos humanos que ficaram fora do círculo mágico em que algum progresso pode ser adquirido. A desigualdade no crescimento demográfico tem, como efeito, o de aumentar em termos absolutos o número das pessoas subalimentadas e, assim, de diminuir a cota, relativa a cada uma delas, dos bens produzidos.

A instabilidade das democracias latino-americanas, nascidas depois do conseguimento da independência política, e a degradação recente da maior parte delas com a instauração de ditaduras militares fortemente repressivas, têm a mesma causa, que os trabalhos da segunda Sessão do Tribunal Russell contribuíram para trazer à luz: ela é a dependência econômica da América Latina que a independência política acentuou, em vez de permitir uma autonomia real dos povos.

É claro, algumas economias latino-americanas realizaram algum progresso – o exemplo do Brasil é, por isso mesmo, o mais significativo – e permite colocá-lo à vanguarda dos países subdesenvolvidos. Este crescimento econômico foi feito a custo de uma dependência apurada e racionalizada e foi acompanhada da destruição de todos os vestígios da democracia liberal do século XIX. A comparação com os outros países do Terceiro Mundo, ainda mais prósperos, por exemplo, a África do Sul, leva a combater resolutamente o projeto político pressuposto a este tipo de “crescimento econômico”: ele, na realidade, entende subordinar o progresso da humanidade à difusão dos bens, da tecnologia, e só de maneira incidental, do bem-estar e de uma forma de cultura, a partir de um centro, cujo poder e cujos privilégios não acabam de se consolidar, dando a ilusão de que algumas pequenas melhorias alcancem a periferia também.



4. O desenvolvimento do Direito Internacional

Quanto ao que precede, resulta que o Direito Internacional também é subdesenvolvido, e que o Tribunal Russell deve contribuir para a sua necessária evolução.

Um dos meios é o aprofundamento, durante os trabalhos de uma terceira Sessão, de alguns aspectos que não foram esclarecidos de forma suficiente até hoje. Um destes concerne à relação de poder entre as companhias qualificadas como multinacionais e o governo do país do qual são emanção.

Os itens que deveriam ser aprofundados são, essencialmente, os seguintes: acima de tudo, é necessário afirmar a obrigação por parte do Estado de origem de uma empresa multinacional, de exercer sobre esta um controle adequado, e isto também nas operações efetuadas fora do território do Estado de origem, seja mediante agências próprias, seja através de filiais, mesmo que estas últimas tenham uma forma jurídica distinta e tenham adquirido a nacionalidade do país subdesenvolvido no qual exercem sua atividade. Na realidade, a jurisprudência internacional, e em particular a do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, afirmou de forma bem clara que o controle exercido por uma matriz sobre as suas filiais permite imputar a esta os atos ilícitos efetivados pela filial.

É necessário afirmar, também, a obrigação por parte do Estado de origem da companhia multinacional de vigiar para que as sociedades que dela dependem não cometam ilícitos fora do território nacional.

Estes atos ilícitos podem ser de duas categorias:

- 1) Os mais característicos são, é claro, as intervenções destas companhias na vida política do Estado subdesenvolvido onde elas exercem sua atividade, por exemplo, as crises que podem suscitar ou suas intervenções nas atividades políticas, o suporte a determinados partidos nas eleições ou a oposição a outros;
- 2) Também, podemos nos interrogar sobre a obrigação do Estado de origem de impedir que as companhias multinacionais, dele dependentes, adotem no país onde elas exercem sua atividade atitudes destruidoras dos valores fundamentais do país hospedeiro.

Então, tornar-se-ia necessário, para os principais países de origem de companhias multinacionais, e especialmente para os Estados Unidos, proceder a um estudo aprofundado dos seguintes itens:

1) Estudo da legislação de tais países para apurar se o Estado dispõe de meios jurídicos para exercer o controle sobre as companhias multinacionais e, contudo, se abstém de fazê-lo;

2) Verificar se o Estado não só se abstém de impedir os atos ilícitos das companhias multinacionais, mas ajuda a cometê-los;

3) Verificar em qual medida os Estados de origem das companhias multinacionais concedem aos países subdesenvolvidos uma ajuda pública, em particular militar, que é posta a serviço das exigências do poder econômico privado.

Por fim, seria necessário analisar de forma mais precisa as relações entre a companhia multinacional e o seu país de origem. Estas relações parecem muito complexas, enquanto de um lado a companhia pode aumentar a influência política do Estado de origem no país hospedeiro; do outro lado, ela se serve da potência militar e do prestígio daquele Estado para subjugar a política do Estado hospedeiro aos próprios fins.

A conclusão à qual se chegaria, talvez fosse a de que os mesmos países de origem são subjugados às companhias multinacionais mais poderosas, e que a mesma população do país de origem das multinacionais sofre, se bem que de forma menor, o poder destas.

Outros problemas, outrossim, fundamentais, escapam, enquanto tais, à competência do Tribunal Russell: trata-se especificamente da edificação de uma nova ordem econômica mundial, à qual são chamadas a colaborar as forças progressistas de todos os países.

O TRIBUNAL RUSSELL II

Sobre a América Latina, reuniu-se em Bruxelas de 11 a 18 de janeiro de 1975.

Era composto de:

Presidente: Lelio Basso, senador da Esquerda Independente Italiana.

Vice-presidentes: Vladimir Dedijer, historiador iugoslavo, ex-partisan, professor nos Estados Unidos; Gabriel García Marques, escritor colombiano; François Rigaux, professor de Direito Internacional na Universidade Católica de Lovaina.

Membros: Albert Soboul, professor na Sorbonne; Juan Bosch, Ex-presidente da República Dominicana, Presidente do PLD; Georges Casalis, teólogo protestante; Julio Cortazar, escritor argentino; Giulio



Girardi, teólogo católico; Uwe Holts, membro do Partido Socialdemocrático Alemão, membro do Parlamento da República Federativa Alemã; Alfred Kastler, Prêmio Nobel de Física; John Mølgaard, membro do Partido Socialdemocrático Dinamarquês, dirigente sindical; James Petras, professor de Sociologia na Universidade de Nova Iorque; Pham Van Bash, Presidente da Comissão pelos Crimes Americanos de Guerra no Vietnã, Vice-presidente da Ordem dos Advogados da República Democrática do Vietnã; Laurent Schwartz, matemático; Alberto Tridente, Secretário Nacional da F. L. M. (Itália); Armando Uribe, professor de Direito Internacional, Ex-embaixador de Allende em Pequim.

Ao longo da sua Sessão, ouviu numerosas testemunhas e relatórios, e examinou uma abundante documentação, seja escrita e/ou audiovisual.

O Tribunal Russell, portanto, constata:

A. Violação dos direitos humanos e dos povos

1. Que após a Sentença pronunciada na primeira Sessão, a repressão nem diminuiu, pelo contrário continuou a se intensificar no Brasil, no Chile, na Bolívia, no Uruguai;

que, com base nas informações adicionais apresentadas ao Tribunal, é absolutamente válido o que foi declarado na primeira Sentença, isto é, que os governos dos quatro Estados são culpados por violações graves, repetidas, sistemáticas dos direitos humanos;

2. Que foram apresentadas provas decisivas e concordes no fato de que o Estado de Direito é sistematicamente destruído e que, sejam as liberdades civis e políticas, sejam os direitos sociais e sindicais foram suprimidos nos países seguintes: Guatemala, Haiti, Paraguai, República Dominicana;

que, portanto, deve-se estender aos governos destes quatro países a condenação já expressa contra o Brasil, o Chile, a Bolívia e o Uruguai.

3. Que lhe foi feita denúncia formal da violação dos direitos humanos na Nicarágua e na República Argentina;

que atentados e assassinatos políticos são cometidos por parte das autoridades da República Argentina ou com a sua cumplicidade;

que o Tribunal se alarmou, principalmente, devido às condições dos refugiados políticos neste último país.

4. Que seja o governo dos Estados Unidos, seja as autoridades locais porto-riquenhas que obedecem às suas ordens, transgridem a Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1960, de acordo com a qual devia se efetuar a passagem incondicionada e imediata de todos os poderes aos povos que não tinham conseguido a independência e que, desta forma, se transgridem as resoluções concernentes ao Porto Rico adotadas em 1972 e 1973 pelo Comitê Especial de Descolonização criado pela mesma Assembleia.

5. Que o envenenamento dos recursos naturais, os prejuízos ecológicos e a esterilização das mulheres foram denunciados em muitos países da América Latina, e devem ser atribuídos à busca dissoluta de proveito por parte das companhias multinacionais norte-americanas;

que isso acontece de forma particularmente grave e sistemática em Porto Rico.

6. Que as comunidades de índios da América Latina, principais vítimas da agressão colonial, continuam – por causa da pressão e no interesse de companhias privadas, multinacionais e locais – a ser o alvo de um regime discriminatório mais ultrajante no âmbito de povos já submetidos a uma repressão global;

que o governo do Brasil deve ser considerado responsável pelo crime de genocídio, do qual foram fornecidas ao Tribunal provas precisas e circunstanciadas;

que a integridade de algumas comunidades de índios da Colômbia é gravemente ameaçada por atentados que o governo não reprime.

B. Causas econômicas da violação dos direitos humanos e dos direitos dos povos

O Tribunal constatou que os Estados Unidos e as companhias estrangeiras – das quais as mais poderosas e numerosas são norte-americanas – representadas na América Latina por filiais ou sociedades das quais elas controlam a parte preponderante do capital e das atividades, exerceram e ainda exercem, com a cumplicidade das classes dominantes latino-americanas, uma intervenção constante, cujo objetivo consiste em garantir os maiores proveitos econômicos e o controle estratégico.

Tal intervenção traduz-se:

- Em uma presença maciça de companhias multinacionais na maioria dos países do continente latino-americano, cujas matrizes se encontram fora destes mesmos países, e



cuja simples presença – levando em conta a importância que elas assumem – representa uma ameaça à autonomia dos países hospedeiros, e implica uma atividade orientada em responder às necessidades norte-americanas e não às necessidades do próprio país;

- Na depredação das riquezas naturais, do subsolo, do meio ambiente, das matérias-primas, dos recursos em força de trabalho e intelectuais destes países, além dos capitais conseguidos pelo processo de acumulação interna;
- No fato de que tais companhias conseguem que os governos locais assumam o ônus das despesas de infraestrutura necessária às suas atividades, às vezes delegando a produção de produtos brutos ou semimanufaturados às companhias governativas subvencionadas, a fim de recuperar de forma vantajosa os elementos úteis ao seu processo produtivo;
- Na importação de uma tecnologia que impede a formação de uma pesquisa e de um desenvolvimento nacionais, e que grava pesadamente na balança dos pagamentos com o custo dos direitos devidos às várias patentes;
- Na exportação da parte preponderante dos proveitos realizados, e com a reutilização local destes mesmos proveitos graças a mecanismos favoráveis de isenção fiscal, tais a permitir às companhias estender o controle de ulteriores setores econômicos;
- Na utilização – necessária a tal processo de exploração – de uma oligarquia local e de um governo por ela controlado, a fim de manter pisos salariais baixos, impor condições de trabalho inumanas, negar aos trabalhadores com todos os meios à disposição o recurso aos direitos sindicais, de associação, de greve, e de impedir-lhes o exercício destes com o uso da repressão, até o assassinato;
- Com a progressiva degradação das faixas de distribuição de renda e redução do poder aquisitivo dos salários, a ponto de tornar possível a acumulação descontrolada de capital, contrariamente ao que a propaganda da parte governante e ao que as companhias em questão pretendem sustentar, em um processo de pauperização crescente das condições de vida das populações que, distantes de progredir, regridem paralelamente ao crescimento da taxa de proveito das próprias companhias;
- Com o uso dos países latino-americanos em função dos interesses dos Estados Unidos da América, com localizações de setores produtivos orientados para o mercado estrangeiro, para as necessidades das classes privilegiadas, ou para tipos de produção destruidores do meio ambiente;

- Com uma oposição sistemática a qualquer tentativa dos povos de reapossar-se dos instrumentos do seu desenvolvimento, oposição que se exercita com o abuso do poder econômico, a redução das contribuições financeiras internacionais, o obstrucionismo aos fornecimentos e às exportações, o bloqueio, as ações judiciais e outros procedimentos no exterior, a sabotagem dos grupos estrangeiros presentes no país, o financiamento das greves dos patrões e dos grupos reacionários (imprensa, partidos, homens políticos, exército), a interferência na atividade legislativa, até a intervenção direta. Intervenção direta, militar também, cuja “lei do comércio”, assinada em 3 de janeiro de 1975 pelo Presidente dos Estados Unidos da América, ameaça os povos que queiram fazer uso de seu próprio direito de dispor das próprias riquezas naturais e do seu direito à soberania econômica.

De quanto anteriormente exposto, resulta:

- Que as companhias multinacionais norte-americanas organizam para seu proveito a depredação dos recursos da América Latina, e as violações dos direitos humanos fundamentais que destes derivam;
- Que é sua vontade e estratégia a de impedir o desenvolvimento econômico dos países latino-americanos e a gestão do mesmo por parte das suas próprias populações, com tudo o que – em termos de pauperização crescente – esta vontade e estratégia significam;
- Que governo norte-americano e oligarquias locais são coautores desta depredação, destas violações dos direitos, desta estratégia e das suas consequências.

Todos estes fatos constituem precisas violações:

- do direito dos povos à própria autonomia;
- do direito dos povos de dispor das próprias riquezas naturais;
- do direito dos povos à autonomia nos próprios negócios internos;
- do direito dos povos à plena participação no processo e nas vantagens do desenvolvimento;
- do direito dos povos de escolher livremente seu sistema econômico e social;
- do direito dos povos a um preço justo e equânime das matérias-primas;
- do direito de qualquer povo de recuperar a própria soberania permanente sobre os seus recursos naturais;
- do direito e do dever de qualquer Estado de combater o neocapitalismo e qualquer forma de ocupação e dominação, e as suas consequências econômicas e sociais.



Direitos proclamados pela Organização das Nações Unidas e que, juntos, constituem um sistema coerente de Direito Internacional.

Direitos humanos

Com base em tais motivações.

O TRIBUNAL

Recorda – desde a Sessão de Roma – ter declarado culpados de violações graves, repetidas e sistemáticas dos direitos humanos as autoridades que, de fato, exercem o poder no Brasil, no Chile, no Uruguai e na Bolívia, e confirma esta condenação.

Levando em conta a gravidade destas violações, declarou que elas constituem, em si, um crime contra a humanidade cometido pelas mesmas autoridades de fato em cada um dos quatro países em questão.

Declara, hoje, culpadas, às mesmas condições, as autoridades que, de fato, exercem o poder na Guatemala, no Haiti, no Paraguai e na República Dominicana.

Declara, além disso, o governo do Brasil culpado pelo crime de genocídio.

Os elementos de informação complementares apresentados ao Tribunal lhe impõem constatar, ainda, que os direitos sociais e sindicais, as liberdades sindicais e de associação foram sistematicamente destruídas nos países acima mencionados.

Quanto à República Argentina, o Tribunal exprime sua profunda apreensão pelas prisões, as perseguições, as torturas e os assassinatos de militantes, operários, profissionais e refugiados sul-americanos, e decide abrir imediatamente um inquérito para estabelecer a responsabilidade do governo argentino para estes acontecimentos.

Direitos dos povos

Declara os operários das companhias multinacionais atentados à soberania e ao direito dos povos.

Declara que as atividades das companhias multinacionais e dos operadores estrangeiros nos países da América Latina considerados autorizam sua nacionalização sem indenização enquanto sanção, ou com dedução dos proveitos excedentes.

Declara, em igual medida, que as indenizações às companhias internacionais por parte de governos ilegítimos e repressivos, em oposição à lei que regula o ato de nacionalização e o direito dos povos, carecem de validade e produzem um fato de responsabilidade imprescritível para aqueles que receberam estas indenizações, e para aqueles que as concederam.

Denuncia as tentativas realizadas pelas companhias internacionais para serem reconhecidas enquanto sujeitos de Direito Internacional;

Declara que elas respondem exclusivamente às jurisdições nacionais, e que a instituição de jurisdições especiais comuns aos Estados e às companhias multinacionais se opõe ao Direito Internacional.

Declara que algumas dessas multinacionais são coautoras de golpes de estado fascistas, como foi o caso da ITT no Chile.

Condena as pessoas e as autoridades que se apossaram do poder com a força e que o exercem desprezando os direitos de seu povo.

Condena por este crime acusatório as pessoas que atualmente exercem o poder no Brasil, no Chile, na Bolívia, no Uruguai, na Guatemala, no Haiti, no Paraguai e na República Dominicana.

O Tribunal declara que, no caso da Junta Militar presidida pelo general Pinochet no Chile, ela se encontra em situação de violação integral do Direito Internacional e, por isso, não tem direito de ser parte integrante da Comunidade organizada das Nações.

Condena o governo dos Estados Unidos que encoraja ou favorece tais atividades.

Por isso, condena os presidentes Nixon e Ford e os governadores dos Estados Unidos da América, e em particular Henry Kissinger, cuja responsabilidade no Golpe de Estado fascista no Chile resultou evidente ao Tribunal com base também nos documentos publicados nos Estados Unidos.



O TRIBUNAL

exige a soltura imediata
de todas as pessoas detidas pela sua
atividade e suas opiniões políticas.

Ele constata que para alguns países – Nicarágua e Argentina – investigações adicionais deverão ser operadas durante a próxima Sessão.

Durante tal Sessão, deverão ser definidas com mais precisão:

- a natureza e extensão das intervenções militares e policiais dos Estados Unidos, ou do Brasil, em outros países da América Latina;
- a influência da formação militar fornecida aos membros dos exércitos latino-americanos nas escolas de guerra dos Estados Unidos;
- o papel das multinacionais no processo de desculturação dos povos latino-americanos;
- a natureza dos laços de interdependência entre as autoridades políticas e os poderes econômicos privados, para individuar com precisão as relativas responsabilidades.

O TRIBUNAL

DECIDE que uma cópia destas decisões seja transmitida às autoridades internacionais e nacionais para as quais foi enviada a sua primeira Sentença.

TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLB-ISSOCO/CA-MJ.





VIC

FRANCO DI GIULIA

LELIO BASSO

FRANCO DI GIULIA

DUO



TRIBUNAL RUSSEL II

PARA JULGAR A REPRESSÃO NO BRASIL, NO CHILE E NA
AMÉRICA LATINA

SECRETARIA-GERAL: VIA DELLA DOGANA VECCHIA, 5
TELEFONES: 659953 - 653529 - 00186 ROMA

SENTENÇA

TRIBUNAL RUSSEL II

ROMA, JANEIRO DE 1976

1. PREÂMBULO

2. APRESENTAÇÃO DOS FATOS

- I. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
- II. UMA ESTRATÉGIA DE PILHAGEM E DESTRUIÇÃO
- III. O PAPEL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3. CONCLUSÕES DA APRESENTAÇÃO DOS FATOS

4. CONVOCAÇÃO

COMITÊ DE HONRA

Presidente: Jean-Paul Sartre

Membros: Bussi de Allende Hortensia; Chenu M. Dominique; Chomsky Noam; Luria Salvador; Niemöller Martin; Pablo Neruda e Sebastian Matta.

JURADOS PRESIDÊNCIA

Presidente: Lelio Basso

VICE-PRESIDENTES

Vladimir Dedijer; Gabriel Garcia Marquez; François Rigaux e Albert Sobol.

Membros: Abu Omar, Bosh Juan; Cabral Luis; Casalis Georges; Cortazar Julio; Girardi Giulio; Kastler Alfred; Maspero Emilio; Metz J. B.; Mølgaard John; Nordmann Joe; Papandreu Andreas; Petras James; Pham Van Bach; Schwartz Laurent; Spock Benjamin; Steffen Jochen; Trentin Bruno; Uribe Armando e Wald Georges.

1.

1. PREÂMBULO

No momento da sua constituição, em 6 de novembro de 1973, o Tribunal Russel II expressou-se acerca da sua legitimidade nos seguintes termos:

“Ele não rejeita a ideia natural de um tribunal ser a emanção de um poder. Uma sociedade tão pouco organizada quanto o meio internacional é regida por um poder difuso não necessariamente em entidades jurídicas, os Estados, e tampouco obrigatoriamente em seus governantes responsáveis perante o povo, mas, antes e sobretudo, emanado destes próprios povos. O único fundamento nacional e real da ordem internacional é a vontade de paz dos homens e das mulheres convencidos da sua solidariedade.

Até hoje, os governos afirmaram serem os únicos órgãos da sociedade internacional. Tamaña pretensão é tão pouco justificável quanto foi decisiva a ação internacional dos governantes ao frearem o desenvolvimento do direito e o progresso da solidariedade internacional, ao invés de impulsioná-los. O Tribunal Russell esforçar-se-á para expressar as aspirações da comunidade internacional.”

Os fatos que o Tribunal condena são consumados no exercício de um poder, não tão somente aqueles dos governos, mas, sobretudo, a ação dos poderes econômicos privados. Contra estes poderes, ou seja, contra o emprego da força, é imperativo fazer prevalecer o direito, em seu mais amplo sentido, incluindo normas éticas fundamentais.

Embora o poder de julgar seja um dos mais perigosos, ainda assim os membros do Tribunal Russel acreditaram que o silêncio os tornaria cúmplices de fatos, relativamente aos quais, por excesso de escrúpulos jurídico, eles tivessem hesitado em empreender o exame. Afirmar que não se deve imiscuir-se em política é conceder o seu apoio àqueles que detêm o poder e, como natural consequência, colaborar com a sua política. Abster-se de julgar as injustiças das quais povos inteiros são vítimas, tão logo delas se toma ciência, equivale, em razão do silêncio, a se colocar ao lado dos carrascos e torturadores.

2.

Não somente não existe Tribunal Internacional apto a acolher as demandas dos povos oprimidos, mas, em suplemento, os juízes naturais destes povos, eles próprios, colaboraram na destruição do Estado de Direito. O Tribunal Russell não pretende somente suprir uma lacuna da ordem jurídica internacional, ele deve igualmente ser capaz de sanar as injustiças cometidas por aqueles cuja própria e primeira missão consistia em fazer justiça.

De novembro de 1973 a janeiro de 1976, o Tribunal Russell II reuniu-se em três sessões, a primeira, consagrada ao exame das violações dos Direitos Humanos ocorreu em Roma, de 30 de março a 6 de abril de 1974. A segunda teve lugar em Bruxelas, de 11 a 18 de janeiro de 1975, e examinou as causas e os mecanismos econômicos da repressão. Por fim, a terceira, realizada em Roma de 10 a 17 de janeiro de 1976, tratou mais especificamente das responsabilidades das Forças Armadas, dos mecanismos da dominação cultural e do papel do direito.

No transcorrer destas sessões, os jurados do Tribunal ouviram (mais de cento e cinquenta) denunciante e testemunhas, tomando ciência de considerável documentação escrita, fotográfica e cinematográfica.

A presente sentença diz respeito ao conjunto dos trabalhos e apresenta o conjunto das conclusões do Tribunal.



3.

OS SINTOMAS OU A PONTA DO ICEBERG

O Tribunal examinou prioritariamente as condições dos Direitos Humanos, das liberdades fundamentais e Direitos Sociais, assim como o nível de vida das populações nos países considerados. A investigação voltou-se para os aspectos mais evidentes e imediatos das relações sociais e políticas em vigor nestes países, o seu comportamento em relação a determinados valores cuja aceitação é atualmente universal na consciência dos povos.

I. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

A análise da situação dos Direitos Humanos e das liberdades nos países considerados evidenciou que, no plano institucional, cada um destes países apresenta uma condição jurídica de suspensão de toda e qualquer garantia constitucional no que diz respeito aos direitos fundamentais da pessoa. Esta condição é o ponto de chegada em comum de processos político-institucionais frequentemente bem distintos, os quais passamos a brevemente indicar:

a) aquele do Brasil, em que uma pretensa revolução, agora atingindo os seus 12 anos, após ter entregue o poder aos militares, produziu duas constituições, 14 atos institucionais (espécie de fonte legislativa fundamental), bem como uma série de outras importantes alterações institucionais que deveriam ter estabilizado de modo definitivo o “*novus ordo*”.

b) aquele do Chile, onde o sangrento golpe de Estado de 11/9/1973 marcou o início de uma série de “bandos” militares, decretos-lei e outros atos legislativos, através dos quais os chefes militares tentam, sem terem obtido completo êxito até o momento, oferecer um enquadramento institucional formalmente definido e coerente com a situação que eles próprios criaram.

4.

c) aquele do Uruguai, no qual uma completa estrutura institucional de tipo liberal foi primeiramente corroída por dentro, através do emprego ilegalmente amplo e reiterado dos poderes excepcionais do presidente, a repetição das violações das garantias constitucionais fundamentais do cidadão e a extensão progressiva dos poderes das Forças Armadas; para ser enfim formalmente abandonado por dissolução do Parlamento e dos organismos eleitos.

d) aquele da Bolívia, em que os militares no poder não aparentam sequer lograr levar a cabo a estruturação jurídica do Estado e onde eles se abrigam no instrumento do estado de sítio prolongado indefinidamente; após terem em vão instituído (decreto de 23/07/1974) uma comissão encarregada de traçar as linhas gerais da nova ordem.

e) aquele da Argentina, onde, sob o véu de instituições democráticas ainda aparentemente em vigor, cerca de um milhão de pessoas foram brutalmente assassinadas e mais de 4.000 outras foram encarceradas, dentre as quais uma ampla maioria – colocada à disposição do poder executivo – está presa sem processo ou julgamento, onde todo movimento sindical em luta contra os monopólios é brutalmente reprimido e colocado sob o controle direto do Estado, onde, finalmente, são capturados, presos, torturados e assassinados os numerosos refugiados dos outros países latino-americanos que, fugindo da repressão em seu próprio país, lá acreditavam poder encontrar refúgio.

f) aquele da Colômbia, na qual o restabelecimento do estado de sítio possibilita o desenvolvimento aberrante da justiça militar, transformada em instrumento geral de repressão e de intimidação, onde a prática sistemática de um amálgama de “oposição política” e “delinquência penal” legitima o esquadrinhamento das cidades, limitando as liberdades fundamentais de associação e de circulação, onde os indígenas são maciçamente encarcerados e até assassinados.

5.

g) aquele da Nicarágua, em que o governo Somoza, apoiado pela Guarda Nacional treinada e amparada por instrutores sul-vietnamitas, conselheiros militares brasileiros e *rangers* norte-americanos, reina pelo terror e pelo assassinato, multiplicando os campos de concentração, destruindo vilarejos inteiros e submetendo o país à pilhagem.

h) aquele do Paraguai, onde a mais antiga ditadura política do continente mantém todos os poderes constitucionais nas mãos do presidente da República, onde centenas de prisioneiros políticos definham nas prisões, algumas vezes há mais de 17 anos, onde a Central Paraguaia dos Trabalhadores não passa de um instrumento de controle do movimento operário (a tal ponto de o seu secretário-geral ser considerado pelo general Stroessner como membro do governo, à imagem do embaixador dos E.U.A.).

i) aquele do Haiti, no qual a lei marcial permite aos tribunais militares confiscarem os bens de particulares, proibirem aos filhos da terra de frequentarem as universidades e suspenderem os



seus direitos civis, onde milhares de opositores foram detidos, encarcerados e assassinados, onde o governo entrega milhares de haitianos ao ignóbil comércio de plasma sanguíneo.

j) aquele da República Dominicana, em que a prática do banimento foi generalizada, onde o *habeas corpus* é negado de fato e de direito, onde o assassinato político foi alçado a método de governo.

k) aquele da Guatemala, onde o assassinato político tornou-se um método de governo: tendo a ação de grupos clandestinos de extrema direita feito, entre 1970 e 1974, de 5.000 a 10.000 mortos, em um universo populacional de aproximadamente 5 milhões de habitantes.

6.

l) Aquele de Porto Rico, no qual o governo dos Estados Unidos da América, assim como as autoridades locais porto-riquenhas, violam as eleições para a Assembleia Geral da O.N.U. e para o Comitê Especial de descolonização, negando ao povo porto-riquenho o direito inalienável à autodeterminação e mantendo uma rígida dominação colonial (condicionamento cultural, poluição, esterilização das mulheres porto-riquenhas, etc.)

Em todos estes sistemas, aparentemente tão distintos:

a) a liberdade individual está institucionalmente exposta às investidas arbitrárias por parte do poder: quer seja através dos mecanismos das leis de Segurança Nacional, em vigor na maioria destes países e punindo toda e qualquer manifestação oposicionista diante do poder estabelecido, ou por meio de atentados que conferem às forças de segurança militar o poder de deter, sem nenhum controle prévio, qualquer suspeito de infração aos ditames da Segurança Nacional; quer seja por intermédio do poder concedido ao executivo de colocar em prisão administrativa qualquer pessoa que, aos seus olhos, represente um perigo para a segurança do país; ou ainda em função do efeito combinado destas duas medidas.

b) o processo justo não é garantido aos opositores políticos, reais ou considerados como tais, pois eles estão submetidos à jurisdição dos tribunais militares ou de outras jurisdições de exceção.

c) o direito de asilo é sistematicamente violado e os opositores políticos dos diferentes países, os quais tenham logrado encontrar refúgio em países vizinhos, são entregues aos seus carrascos nacionais à medida que a ditadura militar domina os países que haviam concedido asilo.

7.

Dos numerosos relatórios e testemunhos apresentados ao Tribunal, resulta, em suplemento, que todos os países considerados apresentam uma situação de violências ilegais praticadas pelas instituições, que vão das detenções arbitrárias às mais horríveis torturas, passando pelos assassinatos. De viva voz por parte de várias vítimas e sobreviventes desta violência, da leitura dos espantosos documentos enviados ao Tribunal, do fundo das cadeias da América Latina, dos acachapantes dossiês montados ao longo das três sessões, o Tribunal colheu a prova de uma violência sangrenta e decadente que se abate de modo permanente na maior parte do continente latino-americano. Dos crimes do Esquadrão da Morte no Brasil e no Uruguai, às execuções sumárias da AAA [Aliança Anticomunista Argentina] na Argentina e à prática generalizada da tortura, frequentemente seguida de morte, perpetrada pela Direção Nacional de Inteligência [DINA] no Chile e pelas Forças da Junta no Uruguai, passando pelos massacres de Cochabamba, na Bolívia, e pelos assassinatos em massa de camponeses na Nicarágua, trata-se, sob diferentes formas, sempre e invariavelmente da mesma barbárie que marca a degenerescência das relações humanas nos países examinados.

A destruição sistemática do Estado de Direito surge assim aos olhos do Tribunal como algo estreitamente ligado ao terror e à tortura, permitindo-lhes expandirem-se até se tornarem um instrumento de administração da sociedade.

No tocante à tortura, o Tribunal constatou que ela se desenvolve mediante um processo sensivelmente comum a todos os países envolvidos: os documentos e testemunhos coletados permitiram estabelecer que a sua forma primitiva, cujo objetivo essencial consistia em obter confissões para fabricar processos ou coletar informações a fim de proceder a detenções arbitrárias, neste momento está superada.

8.

De instrumento de informação, ela se travestiu em sanção suplementar e gratuita. Além dos julgamentos e das penas, ela visa neutralizar as forças democráticas e revolucionárias ao provocar o sofrimento físico, a humilhação, o aniquilamento das pessoas ou a sua acusação por meio de atos de traição artificialmente provocados. Porém, mais além daqueles que lutam, a tortura endereça-se essencialmente ao conjunto da população, a fim de intimidá-la e reduzi-la à submissão diante de uma sociedade apolítica.



1.

2. APRESENTAÇÃO DOS FATOS

A violação dos Direitos Sociais: a anulação das conquistas dos trabalhadores e a queda do nível de vida das massas.

Este sistema brutal de dominação inclui a supressão de todos e quaisquer direitos econômicos e sociais, ou seja, deste conjunto de direitos que outorga ao cidadão um crédito, perante à coletividade, em prol de melhores condições de vida, garantindo conseqüentemente o exercício das atividades que lhe permitam, em qualquer sociedade liberal, alcançá-las (direito de livre associação sindical, direito de greve).

Estes direitos – garantidos pelo Art. 23 parágrafo 4 da Declaração Universal dos Direitos Humanos – são negados aos trabalhadores dos países examinados: com efeito, estes últimos não podem nem se associar livremente, nem fundar sindicatos e tampouco recorrer à greve.

Em particular, apenas para citar alguns exemplos: no Brasil, a proibição de qualquer ação sindical e da greve foi associada ao congelamento salarial e à perda, pelos trabalhadores, do direito de negociá-los por intermédio das suas organizações sindicais; a concessão de terras anteriormente ocupadas por pequenos agricultores a empresas do grande latifúndio; a redução para 12 anos da idade mínima para o trabalho das crianças, contrariando o art. 16 da Carta Americana que fixa aos 14 anos a idade mínima para o trabalho. No Chile, a dissolução da Central Única dos Trabalhadores (CUT) e a detenção e o assassinato dos seus dirigentes foram sucedidas pela criminalização dos atos grevistas, pela perda da garantia de emprego para todos os trabalhadores, pela restituição de terras aos latifundiários expropriados, pela dissolução dos organismos de representação criados pelos operários e camponeses. No Uruguai, as associações sindicais foram dissolvidas e proibidas, a greve considerada como um crime, os salários congelados.

2.

Na Bolívia, a Central Obrera Boliviana foi dissolvida, os dirigentes sindicais encarcerados. Na Argentina, os sindicatos foram colocados sob a vigilância por parte do governo que pode decretar a sua dissolução; são punidas as greves efetuadas durante conflitos trabalhistas e declaradas ilegais pela autoridade; os dirigentes sindicais são presos ou assassinados.

Paralelamente à repressão sindical e social generalizada; os países examinados apresentam um quadro de empobrecimento progressivo das populações, de miséria crescente das massas. Em determinados casos, este cenário vem inserir-se em uma crise econômica mais geral que provoca a queda dos investimentos, da produtividade do trabalho, do produto nacional: este é, por exemplo, o caso do Chile de Pinochet; em outras regiões, em contrapartida a este empobrecimento, assistimos a um desenvolvimento econômico baseado em investimentos maciços, em elevados índices de exportação, no crescimento do produto nacional, o Brasil é um exemplo, ao menos para toda a década de 1964/1973. Porém, sejam quais forem os avatares do sistema econômico nacional, os trabalhadores sentem na pele a constante diminuição da parte da renda nacional que lhes caberia, vendo as suas condições de vida descenderem a níveis sub-humanos, em um sistema social em franca degradação.

Ainda em relação ao Brasil, para comprar a cesta básica mensal estabelecida para uma família média, um operário que trabalhava 87 horas, em 1965, já trabalhava 177 horas em 1974.

3.

Neste mesmo país, a cada 5 minutos, um novo caso de tuberculose é registrado e a cada 30 minutos uma pessoa morre desta doença; 1,3 habitante por mil sofre com a lepra; 40 milhões de pessoas têm malária; a mortalidade infantil, que na cidade do Rio de Janeiro é de 50 por mil, atinge 150 por mil no Nordeste; a porcentagem dos acidentes de trabalho que era de 14,57% em 1969, atingiria 22,78% em 1973; mas, em contrapartida, a produtividade dos operários havia aumentado em 56%.

No Chile, um ano apenas após o golpe de Estado, a grande maioria dos trabalhadores teve o seu poder de compra reduzido em ao menos 50%; e desde então a situação agravou-se progressivamente. Os assalariados e os funcionários de nível inferior, os quais à época do governo Allende dispunham de 55% da renda nacional, dispõem atualmente de somente 33%, em que pese a queda vertiginosa do produto nacional. 85% da população encontra-se abaixo do nível de pobreza e sofre de desnutrição. Segundo o reputado Wall Street Journal (novembro de 1975), mais da metade das crianças chilenas sofrem de anemia aguda, enquanto 25% da população está desempregada.

Na Argentina, uma inflação galopante achata as rendas do trabalho: no decorrer dos nove primeiros meses de 1975, os preços aumentaram 257,7%, ao passo que os salários dos trabalhadores não especializados da indústria haviam aumentado em 175,4%.



No Uruguai, à inflação é acrescentado o desemprego: em 1972 a taxa de desemprego era de 20%.

Na Guatemala, 2,1% dos proprietários de terras possuem 62% das terras cultiváveis.

OS MECANISMOS ECONÔMICOS

Quem lucra com a repressão?

Estes dados levaram o Tribunal a se questionar acerca de quem seria o responsável pela economia nos países considerados, bem como a tentar ir além da observação superficial das relações dos homens com o poder político, além das suas condições de vida, para buscar as forças econômicas subjacentes a estas relações e condições.

4.

Destarte, nestes países identificou-se que o poder econômico encontra-se em grande parte nas mãos de poderosos grupos industriais, cujos centros decisórios estão além das fronteiras da América Latina. Estes grupos controlam a produção e a comercialização das matérias-primas (na Bolívia, por exemplo, eles controlam 70% do tungstênio, 65% do cobre, 40% da prata, 60% do volfrâmio e 100% do antimônio), assim como a produção de produtos manufaturados e principalmente destinados à exportação (no Brasil, por ex., a participação das empresas estrangeiras dentre as 10 principais empresas do setor, em 1972, estava assim dividida: produtos farmacêuticos 100%, automóveis 93%, alimentação, têxtil, eletricidade e eletrônica 75%). Além disso, estas empresas são proprietárias ou gerenciam de importantes empresas agrícolas (par ex.: a Broeke Bond, a Liebig, a Internacional Product Corporation, no Paraguai; a United Brands, em Honduras, Panamá, Guatemala, Costa Rica e Colômbia; a Gulf and Western na Ilha de São Domingos). Ainda que uma parcela importante da produção das matérias-primas e das primeiras transformações industriais (aço e metais não ferrosos) se encontre nas mãos do Estado, o seu preço mantido em níveis artificialmente baixos representa uma subvenção oculta, concedida aos grupos internacionais produtores de bens duráveis.

O conjunto dos dados coletados pelo Tribunal demonstrou que a atividade destes poderosos grupos econômicos – que os especialistas (e atualmente até mesmo em linguagem corriqueira) denominam Multinacionais ou Transnacionais – é determinante para todo o continente sul-americano.

Trata-se de potências cujo peso financeiro é, muito amiúde, superior àquele de todo um Estado.

5.

Os grupos econômicos locais, os quais nos países considerados controlam uma parte da produção agrícola e da produção industrial destinada ao mercado interno, são necessariamente satélites subalternos destes colossos, cabendo ao Tribunal, por conseguinte, voltar-lhes a sua atenção.

AS MULTINACIONAIS.

Os relatórios e a documentação das quais dispõe o Tribunal confirmaram que as grandes empresas multinacionais constituem a forma necessariamente assumida pelas estruturas de produção e troca próprias ao regime de economia capitalista, justamente quando esta última alcançou o seu atual estágio de desenvolvimento.

Em outros termos, a empresa multinacional aparenta ser o ponto de chegada inevitável da concentração do capital, uma tendência constante do desenvolvimento econômico capitalista que levou a empresa a apresentar dimensões sempre mais amplas: da oficina à grande indústria, dos trustes aos monopólios. Justamente esta lei, própria ao capitalismo, que conduziu à criação de impérios industriais que empregam o trabalho de centenas de milhares de homens, produzem em escala mundial, investem somas iguais ou superiores ao orçamento de Estados inteiros. No decorrer das últimas décadas, este processo ganhou impulso com a fantástica aceleração do progresso tecnológico que, por um lado, exige sempre mais complexos e custosos e, por outra parte, coloca ao serviço da indústria o computador e as telecomunicações via satélite, graças aos quais, a direção, o planejamento e o comando a longa distância de empresas de dimensões até hoje inimagináveis tornam-se atualmente possíveis. Este fenômeno ainda foi facilitado por uma série de circunstâncias que caracterizaram a economia capitalista ao longo do período imediatamente subsequente à Segunda Guerra Mundial: trata-se da livre circulação dos capitais no mercado internacional, da possibilidade de a empresa investir em países distintos

6.

daquele onde a matriz está sediada, da relativa liberalização das trocas no seio do mundo capitalista; todos fatores que possibilitam às grandes empresas extraírem do capital financeiro internacional do que alimentarem os seus programas, diversificarem a produção, implantarem unidades fabris em diversos países, desfrutando das possibilidades de investimento nas mais



favoráveis circunstâncias do ponto de vista fiscal, salarial, social e política; e, em definitivo, utilizarem a sua vantagem exclusiva inerente à mobilidade internacional do capital, em oposição à relativa estabilidade das massas laboriosas.

A NOVA ORDEM MUNDIAL DAS MULTINACIONAIS E A CENTRALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO

O resultado deste estado de coisas é a crescente internacionalização da economia capitalista, ou seja, a tendência a se estruturar em escala mundial, segundo fórmulas e módulos que supõem uma organização mundial dos mercados de abastecimento, produção e venda.

Ao mecanismo tradicional do comércio internacional entre países industrializados e países produtores de matérias-primas, no qual impera a lógica segundo a qual os países industrializados fixam tanto o preço dos produtos manufaturados que exportam quanto aquele das matérias-primas por eles importadas, vem associar-se e em grande parte substituir, o sistema da produção *in loco* por parte das multinacionais, quer se trate da extração ou do cultivo das matérias-primas ou da produção de artigos acabados, destinados à venda no próprio país ou à exportação.

Centralizado no que tange às decisões, o novo sistema de produção internacional é descentralizado no que compete a uma série de atividades produtoras, levadas a cabo nos próprios países industrializados, assim como nos países das filiais do Terceiro Mundo, transformados em bases para a exportação em direção aos países industrializados. Essa lógica agrava as trocas desiguais entre países do centro e países da periferia. A nova ordem hierárquica da economia mundial capitalista e o dualismo do desenvolvimento que agrava

7.

as desigualdades entre países e no interior de cada país, são as principais características do modelo feito à sua imagem e semelhança que as multinacionais gostariam de impor ao mundo.

Mas a reestruturação da economia mundial é ainda mais estimulada pelo processo relativo à especialização internacional da produção. Este processo tem duas facetas:

- 1) por um lado, ele tende a atribuir à metrópole do capitalismo as produções ditas de ponta e que requeiram uma tecnologia mais avançada. Assim sendo, os setores-chave da economia encontram-se concentrados nas mãos de algumas multinacionais e, através dessas,

no cinturão metropolitano do capitalismo; a força de uma e das suas consortes mede-se então, não tão somente pelo volume dos investimentos no estrangeiro, mas, igualmente e de modo essencial, pela tecnicidade das produções que elas controlam e pelo condicionamento que, graças a estas produções, elas são capazes de exercer sobre o conjunto das atividades econômicas dos países capitalistas. Setores-chave inteiros estão agora praticamente sob o controle exclusivo de algumas multinacionais: do setor da aeronáutica, onde a construção de naves intercontinentais praticamente é da alçada de três empresas (Boeing, Lockheed e Douglas); ao setor da informática, em que a IBM e a Control Data exercem um quase monopólio; ao setor das telecomunicações, dominado pelas empresas ITT, ATT e BellTelefonia; à construção de centrais nucleares, onde somente os canadenses lograram êxito em fazer frente aos dois colossos americanos, a Westinghouse e a General Electric.

2) por outro lado, o processo da especialização internacional do trabalho tende a realizar, por meio da dispersão das fábricas em diferentes países, uma fragmentação das diferentes fases da produção em função das zonas e regiões sócio geográficas; destarte, o produto de uma usina não é jamais um produto acabado e não pode ser utilizado, salvo no quadro de todo o ciclo produtivo que ocorre através de uma série de unidades industriais situadas em diferentes continentes. O próprio conceito de mercado internacional desaparece,

8.

assim, para os produtos de cada fábrica, os quais circulam de país a outro no espaço integrado às multinacionais e de acordo com um preço que não é determinado pelo mercado, mas estabelecido no âmbito do planejamento mundial da empresa.

Toda e qualquer região internacional envolvida por estes fenômenos tem tendência a se remodelar como uma imensa fábrica capitalista, com a sua divisão do trabalho, a sua hierarquia, os seus centros decisórios, as suas estruturas intermediárias e subalternas, a sua massa de força-trabalho. Continentes inteiros, à imagem da América Latina, são reduzidos à categoria de fornecedor de força-trabalho desqualificada ou pouco qualificada; além disso, assiste-se igualmente nas regiões menos desenvolvidas do mundo uma tentativa de redistribuição dos papéis e das competências, mediante a qual se atribui a estes países não industrializados aquelas atividades industriais poluentes ou que requeiram uma tecnologia de segunda ordem.

A AMÉRICA LATINA E AS MULTINACIONAIS

A América Latina constitui um terreno de predileção para a atividade das multinacionais; primeiramente, porque numerosos países desta região são fornecedores de matérias-primas



dentre as mais importantes do mundo, tendo representado o contraponto tradicionalmente desfavorecido dos países industrializados, em um comércio internacional que se desdobra segundo o esquema das trocas desiguais; em segundo lugar, porque no transcorrer deste século a América Latina tornou-se “o quintal” do capitalismo americano; finalmente, porque – malgrado as tentativas levadas a cabo por tal ou qual país da América do Sul – em nenhum dentre eles a burguesia nacional soube criar as condições para uma acumulação do capital que permitisse a industrialização do país.

No início da segunda metade de nosso século, ou seja, no momento em que o cenário econômico começa a ser dominado pelas multinacionais, o quadro referente aos países da A.L. é essencialmente o seguinte: grandes propriedades agrícolas nas mãos de uma oligarquia nacional; controle das matérias-primas por parte de empresas estrangeiras; livre comércio desenfreado, baixo nível salarial, dimensões modestas e desenvolvimento pífio do mercado interno; presença de empresas estrangeiras que fabricam produtos industriais sobretudo destinados à exportação.

9.

Este cenário, caracterizado por uma pobreza crescente e pela marginalização progressiva das amplas massas, é fortemente instável e coloca para o capital financeiro internacional e aos poderosos grupos econômicos a ele associados o imperativo de um controle contínuo da situação política da região, a fim de evitar a evolução do estado de coisas, na pior das hipóteses, em direção a formas de nacionalismo capazes de gerar a reivindicação da independência econômica do país.

Em última análise, as ditaduras examinadas pelo Tribunal constituem a resposta do capital monopolista ao problema acima indicado, expressa através das multinacionais. Destarte, explica-se o apoio determinante oferecido pelas oligarquias locais aos grupos econômicos internacionais, quer seja através da manutenção de governos opressores ou através da derrubada de qualquer governo progressista; do mesmo modo explica-se o estreito entrelaçamento entre os governos destas oligarquias e os grupos econômicos internacionais. É bem verdade que a economia capitalista sempre necessitou da intervenção do Estado: as políticas aduaneiras, monetárias, financeiras, etc. foram instrumentos de intervenção; as necessidades destas intervenções cresceram juntamente com o desenvolvimento do capitalismo: a grande crise de 1930 revelou a incapacidade do sistema capitalista em, desde então, recolocar em movimento o mecanismo do lucro sem o auxílio do Estado. Na época das multinacionais, este aspecto da economia capitalista assume novas formas: desde logo, para o capital não mais se trata de tão somente requerer a intervenção do Estado de origem, mas, igualmente, de garantir

em seu proveito a docilidade incondicional dos governos dos países nos quais elas atuam, em particular, no que diz respeito àqueles onde a expansão ocorre mediante o emprego dos mecanismos coloniais de espoliação econômica desenfreada do país hospedeiro. De onde deriva a ingerência contínua e manifesta das multinacionais nos assuntos de política interna dos diferentes países da América Latina.

10.

No desenrolar dos seus trabalhos, o Tribunal reuniu provas de precisão absoluta no tocante ao papel da ITT na preparação do golpe de Estado que derrubou o governo democrático e legítimo do Presidente Allende. Esta atividade criminosa posterior e definitivamente atestada pelas investigações do Senado americano referentes às multinacionais. Contudo, a ação da ITT não é um caso isolado, tendo em vista que, desde 1971, um comitê *ad hoc* dirigido por Merriam da ITT foi constituído em Washington, com a participação do Bank of America, da Konnecott, da Grace, da Pfizer e da Ralston Purina, visando exercer pressão sobre o governo dos E.U.A. para a adoção de uma “linha dura” nas relações com o Chile. Em relação ao Brasil, na véspera do golpe de Estado que derrubou João Goulart, as multinacionais financiavam o IPES (Instituto de Pesquisas Econômicas Sociais), cujo objetivo consistia em introduzir provocadores no interior dos sindicatos e corrompê-los, assim como as organizações estudantis, os grupos políticos e a imprensa; os mesmos grupos financeiros e, especialmente, a Hanna Mining Corporation, financiavam o IBAD (Instituto Brasileiro de Ação Democrática) que tinha por meta corromper políticos e jornalistas.

11.

Fruto destas intervenções, os regimes instaurados nos países da A.L. são, inequivocamente, favoráveis aos interesses das Multinacionais: em 1970, o nível da taxa de lucro dos investimentos das multinacionais no Brasil atingiu 20%; neste mesmo país, um decreto datado de 28 de agosto de 1972, nº1236, isenta de qualquer tributação a importação de filiais industriais estrangeiras com produção voltada para a exportação.

Na Bolívia, a “Mineral and Chemical Philips Co.” e a U.S.S. haviam solicitado ao governo Torres uma indenização de 12 milhões de dólares para a nacionalização da jazida de zinco da mina Mathilde, os técnicos da COMIBOL, entretanto, haviam calculado a indenização deveria ser da ordem de 8 milhões de dólares; logo após a tomada do poder por Banzer, as mesmas empresas requereriam 25 milhões de dólares: a indenização paga por Banzer foi de 13,4



milhões de dólares, depositados em um único pagamento; para efetuar este pagamento, a Bolívia teve que recorrer ao crédito do Bank of America e do First Nacional CityBank; de tal sorte que, considerando os juros inerentes a este crédito, a indenização alcançou a cifra de 18,5 milhões de dólares.

No Uruguai, durante a “ditadura legal” de Pacheco, os bancos e os frigoríficos foram desnacionalizados.

No Chile, Pinochet decidiu “regularizar” a situação da ITT, após a passagem para o controle da CORFO das ações que esta empresa detinha na empresa estatal de telefonia do Chile.

II. UMA ESTRATÉGIA DE PILHAGEM E DESTRUIÇÃO

Entrementes, as vantagens obtidas pelas multinacionais são representadas pela pilhagem das riquezas naturais do país hospedeiro (o solo, as matérias-primas, o potencial energético), do trabalho dos seus habitantes, dos seus recursos intelectuais. Os superlucros realizados na A.L. são na realidade em sua grande parte exportados, privando assim o país dos capitais necessários à acumulação interna; quando eles são reinvestidos *in loco*, isso ocorre à custa de privilégios fiscais exorbitantes (e, portanto, de uma nova pilhagem em detrimento da coletividade nacional) e para com o intuito de controlar novos setores da economia. Os governos

12.

locais arcam integralmente com o custo das infraestruturas necessárias às atividades das Multinacionais, renunciando, de alguma forma, a orientarem o desenvolvimento da produção: justamente assim, as filiais latino-americanas dos grandes grupos econômicos importam das suas respectivas regiões originais os produtos de alta tecnologia dos quais necessitam, impedindo assim o desenvolvimento da pesquisa e da produção nacional no setor e incidindo pesadamente na balança de pagamentos do país hospedeiro.

A atividade das EMN [Empresas Multinacionais], em suplemento, provoca não tão somente o jugo e o empobrecimento progressivo dos países de A.L., mas igualmente a agregação do território, tanto no plano ecológico, quanto étnico e urbanístico. Reservas naturais de valor inestimável – tais como a floresta Amazônica – foram escancaradas para a criação de

pastos ou áreas de prospecção mineral, ou ainda para a construção de estradas que servem exclusivamente aos planos estratégicos de penetração das EMN. No coração da Amazônia, foi traçada uma rede de vias gigantescas (sendo a Transamazônica a mais conhecida), as quais deverão abrir as riquezas da floresta (jazidas de titânio, cromo, cobre, níquel, etc.), bem como as margens dos seus cursos d'água, à exploração capitalista.

O avanço deste “*front expansionista*” determina a progressiva destruição das populações indígenas: quer seja em decorrência do contato brutal instaurado entre estas populações e um tipo de civilização, em determinados aspectos portadora da morte para uma estrutura étnica primitiva; quer seja em razão da destruição das suas fontes de subsistência; ou, finalmente, devido às violências que são igualmente exercidas contra estes povos.

Das 230 tribos indígenas identificadas no Brasil em 1900, mais da metade está hoje dizimada e as demais estão em vias de rápido desaparecimento. Neste caso, trata-se efetivamente de genocídio, na mais pura acepção do termo.

E quando esta penetração não comporta a destruição das populações autóctones, ela determina, de todo modo, grandes perturbações na sua distribuição populacional, pois consideráveis massas humanas

13.

são levadas a emigrar e a se concentrarem nas periferias das cidades, contribuindo para inchá-las de maneira espantosa.

A definição da estratégia com respeito à utilização dos recursos da América Latina e à urbanização do seu território é assim completamente usurpada dos povos do continente e transferida às EMN: são os programas destas últimas que determinam a rede de transportes, os novos planos urbanísticos, os deslocamentos da força-trabalho, a destruição dos recursos florestais, a modificação dos sistemas hidro geológicos e assim sucessivamente, até chegarmos ao aspecto alucinante que as grandes cidades em breve apresentarão (em 1980, São Paulo terá uma população de aproximadamente 25 milhões de habitantes e não terá nem rede de esgotos ou de distribuição de água potável, nem tampouco habitações suficientes, etc.).



14.

III O PAPEL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

E.U.A. e Multinacionais

Este sistema de dominação tem como centro motor próprio, do ponto de vista econômico, político, militar e cultural, o Estado dirigente do capitalismo: os E.U.A. O termo “multinacional”, empregado para definir os grupos econômicos dominantes, não deve induzir-nos a erro: assim como o Tribunal constatou no tocante à maior parte das grandes empresas, a zona de absorção e utilização dos lucros e o centro decisório encontram-se nos próprios Estados Unidos. Em 1971, em um total de aproximadamente 165 bilhões de dólares em investimentos estrangeiros espalhados pelo mundo, mais da metade provinha dos Estados Unidos; neste mesmo ano, aproximadamente 30% dos lucros globais realizados pelas empresas americanas provinham de investimentos realizados no estrangeiro. E também são americanos, em altíssima proporção, os investimentos das multinacionais que saqueiam a economia da América Latina: em 1967, em um total de 18,449 bilhões de dólares em investimentos estrangeiros na América Latina, 63,8 % provinham dos Estados Unidos; somente em 1971, os investimentos do E.U.A. no Brasil atingiram 2,045 bilhões de dólares, ou seja, aproximadamente 3,5% do produto interno bruto deste último país.

Por outro lado, a documentação apresentada ao Tribunal confirmou que a política externa dos E.U.A. é, invariável e mais explicitamente, orientada em função dar retaguarda aos seus investimentos. Rogers, Secretário de Estado da administração Nixon, declarou sem medir as suas palavras, por ocasião da investigação do Senado americano acerca da ITT, que “a administração Nixon era uma administração de negócios em favor dos negócios americanos e, portanto, inimiga de toda e qualquer política de nacionalização e autodeterminação”.

A tendência expansionista que tem caracterizado a política externa americana revela-se como sendo um aspecto desta função de salvaguarda e apoio às grandes empresas: inicialmente, para garantir os mercados de abastecimento e venda, concomitantemente às necessidades originadas a partir das

15.

crescentes dimensões assumidas paulatinamente por elas; e, em seguida, na esfera das Multinacionais, igualmente para assegurar uma rede de governos e instituições locais

suficientemente confiáveis: de fato, não se investe dos bilhões de dólares em países cujos regimes não ofereçam garantia suficiente de “estabilidade”.

A INTERPENETRAÇÃO ENTRE PODER POLÍTICO E PODER ECONÔMICO NOS E.U.A.

As instituições através das quais os E.U.A. exercem este papel não são unicamente dos Estados- Unidos. Existe uma rede de instituições internacionais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, etc.), todas dominadas pelos Estados- Unidos, cuja função consiste exatamente em integrar e condicionar. Dentre os estranguladores do Chile de Allende, por exemplo, o Banco Mundial ocupa uma posição de honra: enquanto de 1964 a 1970, o Chile recebera créditos provenientes desta instituição da ordem de 150 milhões de dólares por ano, em média, em 1971 – em um momento de extrema necessidade – ele não lograria obter senão 40; e, em 1972, ele obteve um único centavo.

Ao conjunto das intervenções operadas por intermédio desta rede de instituições, os E.U.A. acrescentariam, em seguida, a ação direta dos seus próprios serviços secretos, não poucas vezes diretamente coordenada pelos mais altos escalões de responsáveis pela política dos Estados Unidos. A investigação do Senado americano sobre a CIA, cujos autos em sua versão integral estão de posse do Tribunal, já provou oficialmente, muito acima de qualquer dúvida possível, a ação exercida pelos serviços secretos americanos, primeiramente, para tentar impedir a posse de Allende, em seguida, para desestabilizar o governo e, finalmente, na preparação das condições para o golpe de Estado. Homes, ex-chefe da CIA, declarou ao Senado americano que, em 1970, Nixon havia pessoalmente alocado 10 milhões de dólares para entravar por todos os meios possíveis a posse de Allende. Inequívocas são, igualmente, as responsabilidades pessoais do secretário Henri Kissinger que, em sua qualidade de presidente do Comitê dos Quarenta, aprovou todas as iniciativas decididas e tomadas para a deposição de Allende. Um memorando da CIA, recentemente levado ao conhecimento do Senado americano, confirma que

16.

a violenta campanha de imprensa levada a cabo contra o governo de Unidade Popular e perpetrada pelo jornal *Mercúrio* fora orquestrada e financiada pelos Estados- Unidos; como, inclusive, a CIA igualmente financiara e organizara as sediciosas agitações que envenenaram o ambiente político e social do Chile da Unidade Popular, a começar pela greve tristemente célebre dos caminhoneiros, em outubro de 1972; o conjunto da obra estando inscrita no âmbito de um programa enunciado de modo unívoco em telegrama enviado de Washington aos agentes da CIA presentes no Chile,



datado de 21 de setembro de 1970: “Caso Allende consiga chegar à presidência, nós temos que fazer tudo o que estiver ao nosso alcance para gerar desordens e a pobreza no país”.

Em hipótese alguma, as atividades da CIA no Chile não são um fato isolado, embora elas representem o exemplo mais sensacional da ingerência dos E.U.A. na política dos outros países. Através do depoimento de um ex-agente da CIA, Philip Agee, o Tribunal teve a confirmação que, já no decorrer dos anos 50, a presença de agentes americanos nos países da América Latina era muito intensa e ativa, com a finalidade de evitar - quando possível, por meio da corrupção ou senão através da própria sedição - desdobramentos políticos perigosos para os interesses das multinacionais.

Esta estreita interpenetração entre o poder econômico e o poder político dos Estados Unidos é igualmente comprovada em nível pessoal, mediante a constatação dos frequentes intercâmbios de homens de setor a outro: McNamara, atual presidente do Banco Mundial, antigo presidente da Ford Motors, foi Secretário de Estado da Defesa; Dean Rusk, antigo administrador da Fundação Rockefeller, assegurou as funções de Secretário de Estado; Georges Bundy, atual presidente da Fundação Ford, foi responsável pelo Conselho de Segurança dos Estados Unidos; e a lista não é exaustiva.

Tal interpenetração manifestou-se de modo particularmente evidente após 1959, ano da vitória de Fidel Castro em Cuba. O temor que o exemplo cubano pudesse propagar-se levou os Estados Unidos a estimularem e até mesmo a organizarem uma série de golpes de Estado que, a partir de 1962, inundaram a América Latina: em 1962, foi a vez da Argentina,

17.

do Peru e da Guatemala; em 1963, coube ao Equador, à República Dominicana e a Honduras; em 1964, chegaria a vez do Brasil que, inclusive, tornar-se-ia o modelo...

A doutrina, aperfeiçoada já há algum tempo, que justificava tais intervenções foi enunciada por Johnson em 2 de maio de 1965, nos seguintes termos: “em conformidade com os grandes princípios do sistema americano, o nosso objetivo é contribuir para impedir a instauração de outros regimes comunistas neste hemisfério... A revolução é assunto interno do país onde ela explode, porém, ela torna-se uma assunto que interessa a todo o hemisfério quando o seu objetivo visa a estabelecer uma ditadura comunista”. O anticomunismo torna-se a justificativa para toda e qualquer ditadura. É inútil dizer que o perigo comunista é regularmente identificado em qualquer tentativa de reduzir a exploração das multinacionais.

DISPOSITIVO MILITAR E.U.A. E FORÇAS ARMADAS LATINO-AMERICANAS

Um dos mais eficazes sistemas para a aplicação prática da doutrina de intervenção dos E.U.A. é constituído pela integração das forças armadas latino-americanas ao dispositivo militar dos E.U.A. e pela sua dependência dos Estados Unidos no tocante ao fornecimento de armas, à obtenção de créditos militares, à esfera dos treinamentos, etc.

Os principais elementos deste sistema de integração foram ilustrados perante o Tribunal; trata-se dos seguintes pontos:

a) A resolução da DEA (Panamá, 1939) que estabelece uma “zona de segurança” que contorna todo o continente e compromete os países signatários a protegerem as águas territoriais de “qualquer ato de hostilidade proveniente de um país não americano”;

b) O TIAR, assinado em de agosto de 1947 no Rio de Janeiro, instaurando uma solidariedade, em princípio automática, entre os Estados signatários e qualquer país americano que seja atacado “por uma potência ultramarina”;

c) Os pactos de assistência militar, através dos quais cada Estado latino-americano compromete-se, de modo mais ou menos preciso, “a contribuir, na medida dos seus recursos humanos, riquezas, possibilidades e da sua situação econômica geral, para o desenvolvimento e para a manutenção da sua própria força defensiva e da força defensiva do mundo livre” (texto assinado pelo Chile);

18.

d) a resolução, adotada na III reunião de consulta, da qual deriva a exclusão de Cuba, afirma que “a adesão de qualquer membro da DEA ao marxismo-leninismo é incompatível com o sistema interamericano de segurança”.

No cerne deste sistema de tratados desenvolve-se o programa de assistência militar dos Estados Unidos à América Latina: um programa que, em 1952, dispunha de fundos da ordem de 200.000 dólares/ano e que, em 1971, já ultrapassaria 91 milhões de dólares/ano em recursos. Esta política de assistência militar à América Latina tem duas consequências:



- ela provoca uma corrida armamentista desenfreada, transformando a região em um importante mercado para o “complexo militar-industrial” norte-americano, em detrimento do desenvolvimento socioeconômico;
- ela faz com que os equilíbrios militares inter-regionais passem para o controle do governo norte-americano que utiliza este instrumento para conduzir os países da América Latina a apoiarem, incondicionalmente os interesses do império capitalista.

A assistência militar comporta, em suplemento, o treinamento de grupos de elite das forças armadas latino-americanas, em uma escola criada pelos Estados-Unidos no Panamá. Na referida escola – segundo os testemunhos diretos recolhidos pelo Tribunal – os exercícios militares assemelham-se bem mais às técnicas de repressão usadas contra manifestações populares que às técnicas militares propriamente ditas; o treinamento é oferecido bem mais em função da opressão dos próprios concidadãos que para sua defesa contra um hipotético inimigo externo; no decorrer das manobras, o inimigo sempre é representado com vestimentas próprias a um camponês boliviano, chileno, colombiano, etc., de um operário brasileiro, argentino, ou de um estudante latino-americano.

Os laços que, graças ao programa de assistência militar, são criados entre os centros político-militares dos Estados Unidos e os comandos militares dos países latino-americanos são tais que podem resistir até mesmo

19.

às mudanças de regime: no que diz respeito o Chile, os anos do governo Allende foram anos durante os quais a ajuda militar americana às forças armadas chilena alcançou seus mais elevados níveis (5,7 milhões de dólares em 1971; 12 milhões de dólares em 1971).

AS FORÇAS ARMADAS LATINO-AMERICANAS, AGENTES LOCAIS DO IMPERIALISMO

Verdade seja dita, o esforço da política de assistência militar norte-americana é especialmente voltado para a constituição de forças Armadas latino-americanas preparadas para o exercício do poder, independentemente do controle político-civil. Pode-se encontrar a confirmação desta orientação nas conferências americanas das diferentes armas, sempre mais consagradas à análise dos problemas políticos de competência dos governos. O parágrafo B do acordo III adotado pela IX Conferência das forças armadas americanas, em 1969, por exemplo, recomenda textualmente

que “um estudo deva ser levado a cabo acerca da definição das linhas doutrinárias fundamentais envolvendo a política e a estratégia a serem seguidas pelos países da América Latina em seu esforço de desenvolvimento e em sua luta contra agressão do comunismo internacional”.

Na América Latina, ganha então a cena um pessoal militar com postura e vocação para governar toda a sociedade civil, segundo critérios de organização hierárquica do *corpus* social e da discipline autoritária. Muitos dentre os representantes do pessoal em questão passam das funções militares para funções civis, assumindo eventualmente ambas as tarefas. A chegada de militares à frente de grandes complexos industriais multinacionais é igualmente frequente: por exemplo, no Brasil, o general Juracy Magalhães – após ter sido ministro das relações Exteriores do governo de Castelo Branco – tornou-se presidente da “Ericsson” brasileira; o general Edmundo de Macedo Soares – anterior ministro do Comércio do governo Costa e Silva – é atualmente presidente da Mercedes-Benz brasileira e da Standard Electric; o famoso general Golbery do Couto e Silva, atualmente chefe de gabinete do presidente da República, era presidente da Dow Chemicals brasileira. Na Argentina, uma pesquisa realizada em 1968

20.

indicava que ao menos 270 oficiais superiores respondiam por cargos de responsabilidade junto a importantes complexos industriais.

Assim, fica evidente que as forças armadas dos países latino-americanos tornam-se agentes locais, aos quais é atribuído o dever de intervir, não somente militarmente, mas igualmente no âmbito da gestão do poder, a fim de restabelecer a ordem nas multinacionais quando acontecimentos políticos internos ameacem ter desdobramentos perigosos. Hoje, dos 29 mil oficiais latino-americanos treinados na Escola Militar do Panamá, 160 ocupam cargos de chefia no governo, são ministros, comandantes em chefe, comandantes gerais ou chefes dos serviços de segurança, nos diversos países da América Latina. Ao menos 6, dentre os mais importantes responsáveis militares pelo golpe de Estado do Chile e comandantes em chefe das unidades de ponta do referido golpe, eram oriundos da Escola de Forte Gulick. (Trata-se do chefe dos serviços secretos, dos comandantes em chefe de duas divisões na capital, de um comandante de Concepción, do comandante da escola de engenheiros de Tejas Verdes e do comandante do corpo das Forças Especiais).

Aliás, a integração igualmente ocorreu ao nível da polícia. As provas coletadas pelo Tribunal mostram uma crescente internacionalização dos serviços de polícia das ditaduras. Todos os serviços de polícia em ação na repressão e todas as redes paralelas receberam a ajuda



sistemática da AID e o treinamento norte-americano. A difusão e a uniformização das técnicas de tortura nos diversos países e a frequência com a qual os serviços de repressão são dirigidos por militares oriundo das escolas do Panamá permitem, por outro lado, supor que estas técnicas são baseadas em ensinamentos ministrados nas referidas escolas nas aulas denominadas “interrogatório militar”.

Finalmente, os Estados-Unidos e um determinado número de países europeus, tais como a República Federal da Alemanha – que ultimamente assinou um estratosférico contrato para transferência de tecnologia e de instalações nucleares – tentam fazer do Brasil o agente subimperialista do continente, dotando-o de esmagadora superioridade militar e tecnológica sobre os outros

21.

países e capacitando-o para assumir o papel de centro de irradiação do controle dos E.U.A. sobre o continente. Enquanto o balanço brasileiro de gastos com a defesa atinge, em 1975, o volume mais elevado da sua história, o Brasil - que se recusou a assinar o tratado sobre a não proliferação de armas nucleares – firmou com a Alemanha federal o maior contrato de exportação jamais assinado por este país (venda de 8 centrais nucleares e de tecnologia alcançando 12,000 bilhões de marcos), permitindo ao Brasil dispor da bomba atômica em futuro próximo.

O IMPERIALISMO CULTURAL E O ATAQUE À IDENTIDADE HISTÓRICO-POLÍTICA DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

O Tribunal igualmente identificou que a coerção militar e policial não é senão um instrumento suplementar, através do qual o imperialismo dos E.U.A. subjuga os povos da América Latina. Outros instrumentos, talvez mais perversos, são utilizados no campo ideológico-cultural, conferindo à dominação assim imposta um caráter global que penetra em todos os aspectos da vida humana. As intervenções diretas nesta esfera se valem dos estudos, pesquisas e dados elaborados por um gigantesco aglomerado composto de universidades, centros semiacadêmicos, laboratórios industriais, institutos de pesquisa científica ou social ligados a fundações privadas e a uma série de órgãos de controle financeiro, científico, espionagem e militar: todos expressão direta do governo federal dos E.U.A. Justamente este complexo – que os peritos ouvidos pelo tribunal ilustraram ao defini-lo como complexo “acadêmico-militar” dos E.U.A. – que, em correlação com o progressivo aumento dos investimentos dos Estados Unidos na América Latina, elaborou centenas de “projetos” para o continente, com

o auxílio de antropólogos, sociólogos, etnologistas, especialistas em ciências agrárias, etc. Muito amiúde, aqueles que trabalham em projetos deste gênero ignoram por completo os seus fins últimos.

No âmbito de tais projetos, insere-se a americanização das universidades e dos institutos de pesquisa latino-americanos, a homogeneização artificial das elites sul-americanas, o nivelamento das especificidades

22.

culturais nacionais e o agrupamento das diferentes nações em zonas regionais que incluem diversos países, o conjunto levando à negação da identidade histórica, econômica e cultural das diversas realidades nacionais.

Certos momentos específicos deste ataque global à identidade histórico-política dos países da América Latina merecem ser tratados à parte.

Mais especificamente:

A) No âmbito sindical

O movimento sindical dos países considerados é constantemente objeto de uma pressão em duas frentes: além da brutal repressão contra os seus dirigentes, ocorre um trabalho insistente e insidioso de corrupção e integração das suas estruturas. Tal obra tem lugar com a cumplicidade e mediante a intermediação ativa da A.F.L.-C.I.O. [Federação Americana do Trabalho e Congresso de Organizações Industriais], cujos dirigentes e representantes no estrangeiro são agentes da política norte-americana, estreitamente interligados à CIA e ao Departamento de Estado. Um dos mais poderosos instrumentos criados pela AFL-CIO e pelas multinacionais para executarem um plano de infiltração no movimento sindical latino-americano é o IADESIL (Instituto Americano de Desenvolvimento do Sindicalismo Livre). Através da ação de tais órgãos, a especificidade de classe de cada movimento sindical está nivelada, tal como, inclusive, o próprio perfil nacional específico de cada classe operária, com vistas à inserção fictícia da condição do trabalhador brasileiro, uruguaio etc., em uma perspectiva abstrata de um sindicalismo pretensamente “livre”, comum aos trabalhadores dos países subdesenvolvidos e dos países industriais, contudo, por meio de uma mediação que na realidade implica uma colaboração de classes e uma paz social impossíveis.



B) No âmbito religioso

As igrejas constituem outra esfera privilegiada da política de intervenção dos Estados Unidos. Por um lado, elas são utilizadas, em seu tradicional papel de pacificadoras e provedoras de serviços de assistência social, como instrumento de difusão da ideologia norte-americana, em nome de uma luta comum contra o comunismo. O envio maciço de fundos e de material pedagógico provenientes dos Estados Unidos para a difusão na

23.

América Latina de um anticomunismo grotesco e intolerante, apresentado como a mais autêntica expressão do cristianismo atual, foi documentada perante o Tribunal. Esta tendência, atualmente encontrando veículo essencial nas instituições de ensino chilenas, manifesta-se, por exemplo, mediante o auto da fé de milhares de obras, organizado pelas associações de famílias católicas na Argentina e incentivado por alguns bispos.

Nesta mesma ordem de ideias, entre a legitimação que determinadas hierarquias eclesiásticas, oferecem à ação repressiva das Forças de Segurança (por exemplo, o sermão de Monsenhor Bonamin que representa as forças Armadas Argentinas “que redimem todo o país” e “que salvam a nação inteira através do seu sacrifício”).

Por outra parte, em contrário e tão logo confrontadas com a particularidade das condições da América Latina, as igrejas constituem o objeto de uma série de intervenções dirigidas a combater e a quebrar os mais autênticos princípios evangélicos que elas próprias expressam. Os movimentos cristãos progressistas que nasceram na América do Sul aproximadamente ao final dos anos 60 reapresentam a tradução da mensagem cristã na situação histórica do continente. Neste sentido, eles expressam uma cultura religiosa enraizada na necessidade de emancipação das massas latino-americanas, alimentada pelo profundo desejo de libertação, próprio destes povos, e forjada na densa realidade dos homens destas terras. Tais movimentos tornam-se alvo de predileção para o imperialismo dos E.U.A. Um dos mais ativos centros na esfera internacional contra a “teologia da libertação” é o “Centro de Investigaciones Socio-tecnológicas”, dirigido na Colômbia pelo jesuíta Roger Vekemanns, igualmente diretor da revista “Tierra nueva”, um dos mais divulgados instrumentos com o intuito de desvalorizar e combater os cristãos progressistas. Foi documentado perante o Tribunal como o padre Vekemanns, dirigente do centro DESAC no Chile dos anos 60, foi um dos intermediários para o repasse dos financiamentos americanos destinados à campanha de Frei, em 1964, e um dos organizadores do jovem sindicalismo nas campanhas chilenas.

24.

Eventualmente, esta luta antirreligiosa assume a forma de ordens grotescas, dadas pelas autoridades militares às hierarquias eclesiásticas (tal como, por exemplo, a ordem dada à igreja uruguaia pelo Estado-Maior do referido país, determinando “lutar contra as infiltrações de ideologias políticas estrangeiras durante o culto religioso”), entretanto, com maior frequência e sobretudo, ela faz parte de um projeto cientificamente elaborado. O Tribunal pôde tomar conhecimento direto de um documento secreto do exército boliviano contendo uma verdadeira estratégia de luta contra os movimentos religiosos que, em nome da fé, põem-se às ditaduras latino-americanas. Dentre os diversos pontos do referido documento, pode-se identificar as seguintes diretrizes: 1) separar invariavelmente a Igreja, enquanto instituição, dos religiosos a ela ligados; 2) escolher, de preferência, como objeto de perseguição, o clero estrangeiro associado ao movimento “Justiça e Paz”; 3) proceder de tal forma a suscitar que os jornais publiquem cartas de protesto contra os representantes mais em evidência do clero progressista, inclusive os bispos, de tal modo a reduzi-lhes o prestígio; 4) influenciar a prestigiada revista católica “Presencia”, a fim de que ela apresente uma informação parcial sobre os fatos; 5) proceder à detenção dos padres e dos religiosos de maneira quase clandestina, advertindo as hierarquias tão logo executadas as missões e, no caso de estrangeiros, assim que concluída a expulsão. Em seguida, o mesmo documento comprova explicitamente os laços existentes entre as forças armadas latino-americanas e a CIA, no âmbito da realização do projeto.

Os fatos levados ao conhecimento do Tribunal constituem a confirmação das diretrizes supracitadas: assim sendo, a seção boliviana da “Justiça e Paz” foi dissolvida e os seus representantes estrangeiros detidos e expulsos; no Chile, foi banido o comitê “Pró Paz” e impediu-se o seu bispo luterano e dirigente, Frenz, de retornar ao Chile; a rádio da arquidiocese de São Paulo, rádio 9 de Julho, foi fechada; os brasileiros Casaldáglia, Câmara, Arns, Lorscheider (este último, secretário da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) são frequentemente atacados, inclusive, mediante o eventual recurso a fotomontagens difamatórias. Igualmente no Chile, os jornais

25.

atacam o bispo Camus, fazendo questão de especificar que “O bispo não é a Igreja...”, publicam cartas de leitores lembrando que frequentemente na história da Igreja os bispos conduziram os fiéis à heresia, publicam fotos de procissões de jovens erguendo cartazes com a inscrição “Fora Camus...”



C) No âmbito da cultura de massas

Finalmente, nos países em questão, a cultura, o lazer e o ensino são cada vez mais orientados de modo a, por um lado, destruírem as culturas indígenas e qualquer tentativa de valorização das culturas populares e, por outro, a criarem uma população composta de uma massa dócil de mão de obra e de consumidores alienados, seguindo as exigências do capitalismo.

Os programas televisivos provêm em grande parte dos Estados Unidos e, enquanto propagam como universal o *American Way of Life*, comercializam os traços típicos das culturas latino-americanas, apresentando-as como “exóticas e caricatas”. Destarte, eles lhes negam a sua dignidade de cultura, mortificam a identidade das populações sul-americanas, inculcando-lhes um senso de inferioridade e impondo-lhes a imitação do modelo ianque. A dominação econômica e política dos E.U.A. adquire, deste modo, possibilidades bem superiores de aparentar ser justificável, porque ela se apresenta como o reflexo natural de uma pretensa superioridade intelectual, civil e cultural. O tipo de cultura proposto como alternativa às culturas nacionais é, por outra parte, uma cultura vulgarmente “consumista” e desesperadamente suicida: a título ilustrativo, basta aqui salientar o que escreve o responsável pela seção internacional da “Advertising Age”, o semanário das agências de propaganda americanas: “a venda de cigarros, automóveis, produtos de limpeza e cosméticos pode ser considerada como um bom indicador do desenvolvimento econômico de um país” e, tendo em vista que os brasileiros consomem mais cigarros e mais

26.

de cosméticos, eles são considerados como um povo que avança a passos largos rumo ao desenvolvimento; contribuindo neste sentido, Helena Rubinstein e Co. concede o seu patrocínio às eleições da Miss Brasil e da Miss Universo, retransmitidas anualmente pela televisão para todo o país.

Por outro lado, os currículos escolares, igualmente, em grande parte fruto de projetos elaborados pelas fundações americanas, tendem a produzir técnicos pouco qualificados e desprovidos de senso crítico, a serem relegados a funções subalternas. O documento definitivo do primeiro seminário nacional brasileiro dos engenheiros (1973) denuncia que “o engenheiro atual não intervém como um profissional crítico e criador de tecnologia, mas, antes e sobretudo, como um simples tradutor de projetos ou como um simples responsável por um controle de qualidade”.

O “vestibular”, equivalente brasileiro do exame de conclusão de estudos secundários, foi assemelhado a uma disputa de conhecimentos televisiva; a partir 1971, as provas escritas foram substituídas por fichas da IBM onde são inscritas perguntas, para cada uma das quais se apresenta uma série de respostas em que uma única é correta. O candidato deve se limitar a marcar com uma cruz a resposta que estimar ser a exata e a correção é posteriormente feita por computador. “As provas objetivas – afirmam os especialistas das multinacionais – substituíram as provas discursivas. A apreciação agora independe das incertezas de fatores subjetivos”. Na realidade, ministrar na conclusão de doze anos de estudos uma prova em forma de jogo de múltipla escolha, significa orientar o curso inteiro no sentido da formação de autômatos impessoais, prontos para serem passivamente inseridos como trabalhadores em um processo do qual eles não têm o mínimo controle. O principal cotidiano brasileiro, “O Estado de São Paulo”, faz-nos observar que o novo sistema tende a levar a ingressar nas universidades “gerações de semianalfabetos”. Porém, isso não é tudo: o desenvolvimento das comunicações aeroespaciais criou uma

27.

nova “tecnologia da educação”, controlada com exclusividade por algumas multinacionais. Graças a tal controle, estas empresas estão em condição de organizarem a transmissão de programas escolares via satélite em quase todo o mundo. Daí, deriva o interesse das referidas empresas pelo setor pedagógico e a criação de divisões especiais de pedagogia no seio das maiores empresas aeroespaciais. Os programas que as referidas divisões elaboram, em estreita colaboração com fundações e universidades norte-americanas, são invariavelmente inspirados por esquema pedagógico autoritário e usurpador da personalidade de cada um, em sintonia com o tipo de formação que estes mesmos grupos tentam introduzir nas universidades e escolas secundárias latino-americanas, de cujo “vestibular” constitui uma eloquente ilustração. Graças à substancial ajuda da Xerox Corporation, a “Vila Sésamo”, um dos programas educativos para crianças elaborados pelo complexo acadêmico-industrial-militar americano, por exemplo, foi adotado em todos os países da América Latina, com exceção do Peru que o recusou por considerá-lo como um sutil veículo da escala de valores obscurantistas e egoístas das classes médias americanas e impregnado de ideologia autoritária.

Contudo, certamente não seria o exemplo do Peru que levaria a interromper a penetração do imperialismo cultural: em 1972, o Brasil assinou um acordo com a General Electric e com a Hughes Aircraft, prevendo, a partir de 1976 e em 86% de todo o território nacional, a transmissão via satélite de um programa escolar dedicado aos primeiros doze anos de ensino, programa estruturado segundo as habituais fórmulas pedagógicas das multinacionais. Na Colômbia, a Fundação Ford transfere anualmente, desde 1967, elevadas somas para a pesquisa televisiva de caráter educacional. Se constatarmos que a fundação Ford é um dos autores do programa “Vila



Sésamo”, talvez seja possível se ter uma ideia do tipo de programas que as pesquisas assim financiadas estão destinadas a produzir. Neste mesmo

28.

país, um decreto ministerial de 1968 transformou voluntários americanos do Corpo da Paz em *experts* pedagógicos junto a instituições de ensino secundário. O Tribunal ouviu de viva voz de um dos referidos voluntários qual era a tarefa determinada a este Corpo pela CIA e por outros organismos federais: reduzir nas populações latino-americanas o senso da própria identidade nacional, induzindo-as a aceitarem a superioridade do modelo de sociedade americana. Finalmente, no Chile de Pinochet, a Universidade Católica de Santiago, praticamente transformada em um apêndice da Universidade de Chicago, constitui o laboratório onde são aperfeiçoados os pretensos novos modelos econômicos da Escola de Chicago, aplicados pela Junta Militar na administração do país, com o sucesso já observado.

O ESTADO ALIENADO, INSTRUMENTO DO IMPERIALISMO

O sistema coerente de dominação e opressão, pouco a pouco desenhado sob os olhos do Tribunal, encontra a sua formalização e a sua institucionalização nos estruturas jurídicas dos Estados, existentes nos países examinados. Através de sistemas jurídicos aparentemente tão diversos quanto aquele do Brasil, do Chile, do Uruguai, da Bolívia e da Argentina, é possível identificar alguns traços em comum fundamentais, constituídos pela subordinação das estruturas institucionais de poder a um “superpoder”, exercido pela instituição militar e formalizado em nome de uma pretensa situação de exceção, para a felicidade de cada país. A ingerência ativa das Forças Armadas na vida política do país é consagrada por normas jurídicas precisas, as quais traduzem uma doutrina política inferior e suficientemente estruturada. Esta normativa constante que percorre os diferentes sistemas jurídicos é a legislação referente à Segurança Nacional. Elaborada na Escola Superior de Guerra do Brasil, esta doutrina vê o mundo dividido em dois blocos opostos e em permanente conflito. A situação atual do conflito ideológico, econômico e militar, entre estes

29.

dois blocos não é apenas uma situação contingente, trata-se de um momento de um choque irreduzível e global. Os países da América Latina não podem realizar o seu próprio destino e a sua própria vocação nacional, salvo se na luta contribuírem em favor do bloco “livre, ocidental e cristão” contra o bloco “ateu e comunista”. No entanto, para obterem tal resultado, é imperativo

que os países da América Latina integrem-se ao bloco ocidental, aceitando a liderança dos Estados Unidos da América, e permitindo que os seus povos renunciem em favor do Estado, “Senhor onipotente da guerra”, as liberdades secularmente reconhecidas aos homens. A integração no bloco ocidental igualmente comporta a integração da economia latino-americana ao sistema da economia capitalista e a busca pelo desenvolvimento econômico, garantido pelo referido sistema como objetivo primário. Assim sendo, o desenvolvimento econômico faz parte dos objetivos da Segurança Nacional. Não causa espécie que a Escola Superior de Guerra do Brasil – onde esta doutrina foi elaborada – articule-se em sanções de ordem política, econômica, social psicológica, etc. Orgulhosamente autodenominada “Sorbonne”, ela está igualmente aberta aos civis, praticamente, por assim dizer, sublinhando o caráter global da orientação estratégica; ao final dos anos sessenta, dentre os formados na referida escola, contabilizava-se entre outros 200 funcionários de alto escalão ministerial, 39 deputados federais, 23 magistrados.

Destarte, a Segurança Nacional revela-se ser a segurança própria ao tipo de desenvolvimento historicamente reservado pelo capitalismo internacional aos países da América Latina. A elevação dos desequilíbrios e da miséria, dos superlucros e das massas de marginalizados. O desenvolvimento de um mecanismo econômico de drenagem que espolia os países envolvidos não tão somente do fruto do trabalho dos seus próprios habitantes, mas igualmente dos seus próprios recursos naturais, arrancados em prol do lucro de outros países. O modelo preconizado pela doutrina da Segurança Nacional e salvaguardado pela legislação correlata apresenta-se, portanto, como um modelo fundado no empobrecimento progressivo dos países envolvidos

30.

em benefício dos países da parte industrializada do mundo e, por conseguinte, como um modelo colonial. Do caráter antinacional dos interesses e da dominação, à proteção com a qual a legislação repressiva dos países examinados ganha acabamento, igualmente derivam os traços visivelmente despóticos das referidas legislações, a necessidade de uma espiral repressiva sempre mais feroz, bem como a falta de consenso de massa evidenciado pela prática generalizada da tortura.

Neste contexto, a supressão violenta de toda e qualquer liberdade elementar e a violação dos Direitos Humanos tornam-se o instrumento necessário para a liquidação da independência nacional (entendida como direito do povo não tão somente à soberania formal, mas igualmente ao controle sobre os próprios recursos e à destinação destes últimos em prol do seu próprio desenvolvimento); não é possível subjugar uma nação sem que previamente tenham violados todos os direitos fundamentais dos cidadãos, enquanto indivíduos deste povo.



Do jogo combinado dos diversos elementos, dentre os quais a legislação de Segurança Nacional, a Doutrina da Segurança Nacional, o modelo econômico-social implantado nos países da América Latina e, finalmente, a violenta repressão que assola os referidos países, o Tribunal viu emergir os traços de um novo tipo de Estado, o Estado alienado, que não é soberano e tampouco independente senão formalmente. Normativamente sancionada pelo poder da instituição militar integrada ao dispositivo militar do imperialismo e através da qual é implantada a dependência neocolonial do país, uma nova figura de Estado impera sobre o conjunto das outras instituições públicas e sobre toda a Sociedade.

TRIBUNAL RUSSELL II
PARA JULGAR A REPRESSÃO
NA AMÉRICA LATINA

Secretaria-Geral: Via della Dogana Vecchia, 5
Telefones: 659953 - 6543529 - 00186 Roma

TERZA SESSIONE
THIRD SESSION
TROISIÈME SESSOIN
TERCEIRA SESSÃO

HOTEL PARCO DEI PRINCIPI
ROMA
10-17 JANEIRO DE 1976

CONCLUSÕES DO TRIBUNAL RUSSELL II

SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA

- CONVOCAÇÃO

- COMUNICADO DE IMPRENSA

1.

CONCLUSÕES DO TRIBUNAL RUSSELL II SOBRE A REPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA

O Tribunal Russell II foi constituído em 1973 mediante solicitação das vítimas da repressão na América Latina.

De novembro de 1973 a janeiro de 1976, o Tribunal Russell II reuniu-se em três sessões. A primeira ocorreu em Roma, de 30 de março a 6 de abril de 1974, a segunda teve lugar em Bruxelas, de 11 a 18 de janeiro de 1975. A terceira foi realizada em Roma, a partir de 10 de janeiro de 1976, concluindo-se hoje, 17 de janeiro de 1976.

O Tribunal examinou a situação dos povos dos seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, Haiti, Nicarágua, Paraguai, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai. Os jurados do Tribunal ouviram mais de duzentos denunciadores e testemunhas, tomando ciência de considerável documentação escrita, fotográfica e cinematográfica. Estes denunciadores e testemunhas representam movimentos de libertação, organizações sindicais, profissionais e



rurais, bem como do meio universitário, provenientes da América Latina, da Europa e igualmente dos Estados Unidos da América. Numerosos cidadãos deste último país fizeram questão de trazer ao Tribunal a sua contribuição para a descrição e análise de fatos que denunciam dentro das próprias fronteiras do seu país.

Toda esta documentação, igualmente incluindo fontes oficiais dos países examinados e dos E.U.A., está disponível nos arquivos do Tribunal e foi sintetizada no texto da sentença, tendo levado ao conhecimento do Tribunal dados objetivos sobre:

2.

- a repressão;
- a luta antissindical;
- os mecanismos econômicos de exploração e dominação;
- as responsabilidades das Forças Armadas;
- a dominação cultural;
- a atitude das Igrejas;
- o papel do Direito.

Ao examinar esta exaustiva documentação, além das condições específicas e próprias a cada um dos países examinados, o Tribunal obteve a demonstração que um sistema coerente de dominação e exploração estende-se ao conjunto da América Latina e que as empresas multinacionais e o governo dos E.U.A. são os principais responsáveis por este estado de coisas.

O imperialismo ocidental organizou-se progressivamente em torno de um conjunto de conquistas, pilhagens e violências que lhe permitiu impor os seus interesses, valores e modelos a uma grandíssima parte do mundo. Interesses econômicos e políticos convergentes levaram este processo de colonização a tal nível de desenvolvimento que, atualmente, ele ameaça o conjunto dos povos do mundo e atinge tamanha brutalidade que o crime organizado tornou-se uma constante.

A dominação dos países ocidentais industrializados e, em primeiríssimo lugar, dos E.U.A., entrou em uma fase nova, caracterizada pela intensidade da concentração e da interpenetração entre o poder político e o capital, cujos objetivos e os métodos coincidem.

A concentração do capital produziu gigantescas empresas, ditas “multinacionais”, que operam em escala

3.

mundial, ao redor do qual elas pilham as matérias-primas, encontram mão de obra de baixo custo e criam para si novos mercados. Ao investirem os seus capitais diretamente nos países do Terceiro Mundo, elas assumem um papel dominante na vida econômica destes países. Tal evolução não é possível, a menos que os poderes políticos renunciem a representar os interesses dos povos e defendam objetivos e interesses específicos. Assim sendo, no atual estágio do capitalismo, os mecanismos de geração de lucros funcionam essencialmente através da mediação do Estado, enquanto os agentes econômicos são instrumentalizados por meio de uma difusão coercitiva de modelos culturais e sociais.

Este fenômeno de cumplicidade, entre o poder econômico e o poder político, é especialmente notório em todos os países:

- pela política de gastos públicos, notadamente aqueles referentes aos armamentos;
- pela presença de responsáveis políticos ou militares nos conselhos de administração das empresas multinacionais;
- pela repressão sindical exercida pelos governos, permitindo a estas empresas realizarem superlucros;
- pela colocação à disposição das empresas multinacionais da indústria de transformação de matérias-primas a preços reduzidos, etc.

Simultaneamente, fundações, universidades e igrejas contribuem para difundir modelos culturais e sociais alheios às tradições, à personalidade e aos interesses dos povos da América Latina. Estes modelos disseminam uma ideologia baseada no consumo e na submissão, no intuito de subtrair a estes povos o orgulho em relação à própria cultura e pretendendo persuadi-los da sua pretensa incapacidade em decidirem acerca do seu próprio modo de vida.

4.

A aliança entre o poder econômico e o poder político é necessária ao sistema de dominação imperialista, tanto nos países dominantes quanto nos países dominados.



Entretanto, nos países dominantes, esta aliança pode formalmente respeitar as instituições democráticas, porque o progresso social e econômico está fundado na exploração do Terceiro Mundo. Ela se expressa através de meios astuciosos, controle da opinião pública, domínio sobre os partidos, corrupção de determinados homens políticos etc. Nos países dependentes, esta aliança expressa pura e simplesmente pela força: os Estados Unidos da América intervêm diretamente nos assuntos internos dos países da América Latina; eles enviam tropas ou mercenários, como na Guatemala em 1954, em Cuba em 1961 ou na República Dominicana em 1965, organizando a subversão por intermédio dos seus serviços secretos em associação com empresas multinacionais, tal como as “audições” e os relatórios do Senado americano revelaram no caso do Chile.

No quadro de um sistema muito bem elaborado de tratados e pactos, as forças armadas latino-americanas são totalmente dependentes do Pentágono, do qual recebem o seu treinamento, bem como das empresas americanas e europeias que lhes fornecem o seu armamento. Estas armadas asseguram, através de um controle de todos os aspectos da vida social, uma repressão bárbara que possibilita aos países dominantes desenvolverem a sua estratégia com um mínimo de obstáculos.

5.

Progressivamente elas perderam qualquer caráter nacional, em que pesem as suas declarações de intenções de cunho nacionalista, não atuando senão como apêndice das Forças Armadas norte-americanas. Destarte, elas se constituem em instrumento para o desaparecimento concreto dos Estados-Nação e para a transformação dos países da América Latina em zonas de interesse econômico submetidas aos Estados-Unidos. Este emprego constante da violência não é uma manifestação patológica – e, portanto, curável do imperialismo. Trata-se de um elemento ele próprio essencial ao seu atual estágio de desenvolvimento. A doutrina, dita de Segurança Nacional e elemento comum a todas as ditaduras da América Latina, tenta sistematizar e justificar o ocaso e a negação dos Direitos Humanos e dos povos, em proveito do conceito de “segurança” ora considerado como valor supremo.

O processo assim descrito, ressalvadas diferenças formais próprias a cada país, é fundamentalmente homogêneo e, embora manifeste particular intensidade na América Latina, estende-se aos demais continentes.

Este processo de destruição e subordinação foi tornado possível através da criação de um novo tipo de Estado, o Estado alienado. Este último caracteriza-se, excetuando-se determinadas diferenças institucionais, pela presença de um superpoder militar, ao qual todas as instâncias do Estado estão sujeitas. Este superpoder reprime qualquer movimento que pretenda questionar

a dependência econômica do país perante os Estados Unidos e a organização social interna resultante. Este Estado alienado equivale à forma moderna de um colonialismo que os povos do mundo inteiro acreditavam ter definitivamente banido da face da Terra. Ele se baseia em tortura, violência, delação e no terrorismo de Estado.

6.

E, no entanto, simultaneamente ao desenvolvimento deste fenômeno, a luta dos povos oprimidos pela conquista da sua real independência e da sua dignidade nacional se intensifica, espalha-se mundo afora e conquista vitórias, tais como ocorreu em relação ao povo vietnamita. Desta luta surgem novas realidades internacionais. A consciência dos povos exige uma ordem econômica e um direito que expressem as aspirações da maior parte da Humanidade por relações mais fraternas e justas. A força destas aspirações é tamanha que até mesmo os países imperialistas e os governos que servem o imperialismo não ousam opor-se, no seio dos organismos internacionais, às resoluções que progressivamente contribuem para expressar os direitos dos povos e a integrá-lo ao Direito Positivo. Justamente assim, como crimes econômicos, devem ser considerados os atentados cometidos pelas empresas multinacionais contra os direitos econômicos e sociais: o Estado, no qual estas empresas encontram abrigo, carrega, em suplemento, a responsabilidade internacional por estes crimes.

Foram as vítimas do imperialismo que solicitaram a constituição do nosso Tribunal, para que fosse um foro capaz dar voz aos povos. São os povos que nos legitimam, é aos povos a quem caberá executar a nossa sentença e, justamente, em nome dos seus direitos, é que o Tribunal julga o governo dos Estados Unidos, os governos da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Chile, da Colômbia, da Guatemala, do Haiti, da Nicarágua, do Paraguai, da República Dominicana e do Uruguai, assim como as empresas multinacionais.

7.

O TRIBUNAL

Por todas estas razões:

Condena como culpados de violações graves, sistemáticas e reiteradas dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, os governos da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Chile, da Colômbia, da Guatemala, do Haiti, da Nicarágua, do Paraguai, da República Dominicana e do Uruguai;



Condena como culpados de crimes contra a Humanidade, tendo em vista a extensão e a constância destas violações, os governos da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Chile, da Guatemala, do Haiti, da Nicarágua, do Paraguai e do Uruguai;

Condena o governo do Brasil como culpado pelo crime de genocídio;

Condena, por genocídio cultural, os governos, as instituições, as empresas e as pessoas que contribuem com a repressão ou destruição das culturas locais e nacionais da América Latina;

Condena o governo da Argentina que viola todos os princípios do direito de asilo e coopera em seu território na perseguição dos refugiados latino-americanos, pelas polícias dos respectivos países;

Condena o governo do Chile que viola todos os princípios do direito de asilo, tanto no interior quanto além dos limites do seu território, e que persegue no estrangeiro e por vezes assassina os seus cidadãos exilados;

8.

Condena os governos que, à imagem daquele da Colômbia: exercem a sua contínua repressão, qualificando determinadas ações políticas como crime de Direito Comum e, por conseguinte, violando o Direito Interno e o Direito Internacional;

Condena o governo dos Estados Unidos da América que, em um espírito de violação sistemática dos Direitos Humanos, organiza a formação policial das forças armadas e das Forças de Repressão dos países supracitados;

Condena o governo dos Estados Unidos da América que organiza, corrobora ou tolera o abastecimento de armas para os governos ilegítimos e repressivos da América Latina;

Condena o governo dos Estados Unidos da América que exerce um poder colonial sobre o povo de Porto Rico, que cometeu das agressões militares contra a República de Cuba e contra a República Dominicana, que organizou a derrubada dos governos legítimos do Chile e da Guatemala;

Condena, como consequência natural do acima referido, o Secretário de Estado americano Henry Kissinger, cuja responsabilidade no golpe de Estado no Chile foi recente e oficialmente estabelecida;

Condena as empresas multinacionais que exploram os recursos naturais e humanos dos países da América Latina, em detrimento dos interesses e dos Direitos dos Povos, as quais chegam ao ponto de serem coautoras de golpes de Estado fascistas. Além disso, o Tribunal declara que a nacionalização destas empresas - quer seja sem indenização e a título de sanção, quer após dedução dos seus lucros exorbitantes - é plenamente justificável.

9.

O pagamento de indenizações indevidas às empresas multinacionais não tem qualquer validade e engendra a responsabilização imprescritível daqueles que as recebem e daqueles que as concedem. Ele igualmente declara que estas empresas são da alçada das jurisdições nacionais;

Condena os dirigentes das organizações sindicais dos Estados Unidos de inspiração imperialista, os quais transformam as suas entidades em principal instrumento para a penetração e a manipulação do movimento operário sul-americano, imputando especialmente o birô executivo da A. K. L.-C. I. O.;

Condena as fundações americanas e europeias, na justa medida em que as suas atividades estão integradas à empreitada de dominação e exploração levada a cabo pelas empresas multinacionais;

Condena o governo dos Estados Unidos pelos crimes econômicos cometidos por estas empresas nos países da América Latina.

Condena o conjunto das pessoas e autoridades supra designadas e, em primeiro lugar, o governo dos Estados Unidos como culpados, nos países da América Latina supracitados, por um sistema que se traduz pela decomposição do conjunto dos elementos da sociedade civil, pela instauração "de Estados Alienados", como instrumentos de uma nova forma de domínio colonial.

CONVOCAÇÃO

Dia após dia, defrontamo-nos com um mundo que cada vez mais se assemelha aos nossos pesadelos noturnos e a leitura matinal dos jornais, ao invés de trazer-nos um sopro de ar fresco e o sentimento de estarmos acordados, não passa de uma sucessão de horrores, profecias sinistras e de novos pesadelos aterrorizantes.

Vivemos em um tempo em que tudo aparentemente converge para um inevitável suicídio planetário: como acabam de evidenciar os trabalhos do Tribunal Russell II, a implacável máquina



do imperialismo prossegue e acentua a sua progressão de conquistas, multiplicando as suas formas de penetração nos países da América Latina e de outras regiões do mundo, esforçando-se para impor, pela força ou através de estratagemas, os seus modelos de economia, cultura ou de vida, destinados a subjugar os povos mediante o condicionamento psicológico e a exploração de riquezas e recursos que não lhe pertencem.

As companhias multinacionais e as grandes instituições financeiras a elas associadas são instrumentos ideais, aperfeiçoados a fim de obrigar grande parte da Humanidade a servir os objetivos definidos por pequenas minorias de dirigentes. Elas devem, a bem da verdade, ser consideradas como transnacionais, pois a sua multinacionalidade não passa de uma fachada. Na realidade, elas são integralmente controladas a partir de uma sede central, situada em uma ou em algumas das nações ditas desenvolvidas.

O modelo de desenvolvimento que elas propõem não conhece senão um único imperativo: a maximização do lucro com vistas à maximização do poder: todas as suas atividades, tão diversas sejam elas, estão orientadas para esta única finalidade. Destarte, elas sacrificam em seu proveito todas e quaisquer outras considerações: um número infinito de vidas humanas e animais, o meio ambiente, as culturas nacionais, os princípios da razão e da realidade. A vida sob todos os seus aspectos - biológicos, sanitários, econômicos,

- 2 -

políticos, jurídicos, culturais e religiosos - tornou-se objeto ou instrumento do comércio.

O que torna particularmente perigosa esta busca maníaca pelo lucro é o fato de ela estar orientada mais para a morte que no sentido da vida. Jamais, na história humana, a tecnologia da destruição aproximou-se, sequer de longe, dos limites atualmente alcançados. Os armamentos representam agora o maior negócio do mundo: eles somam um faturamento anual de 300 bilhões de dólares. Os estoques de armas nucleares, exclusivamente nos E.U.A. e na U.R.S.S haviam atingido, desde 1969, a força explosiva de 10 a 15 toneladas de TNT para cada homem, mulher ou criança em vida nesta Terra. Desde então, eles somente aumentaram. Isoladamente, os E.U.A. produzem atualmente três ogivas nucleares de hidrogênio a cada dia e a URSS segue o mesmo ritmo. Uma grande guerra nuclear poderia exterminar a Humanidade e grande parte do que ainda restasse em vida no planeta.

A perpetuação de tal sistema equivale a querer-se um desastre universal. É imperativo lograr alterar a atual orientação e estabelecer um controle para que os seres humanos e a sua aventura

tenham alguma chance de sobrevivência. É imperativo que o saibamos sem que paire qualquer sombra de dúvida: não há escapatória; é a vida ou a morte, a sobrevivência ou o perecimento.

+ + +

Entrementes, entre a segunda e a terceira sessões do Tribunal Russell II, ocorreu um evento histórico de capital importância, a despeito de todas as ameaças que pesam sobre o presente e o futuro dos povos e malgrado os horrores engendrados pela exploração e pela repressão, tornando nítido ser possível lutar contra o imperialismo e vencê-lo: em 30 de abril de 1975, o povo vietnamita, após uma guerra de trinta anos, expulsava para o mar os invasores e liberava o seu território nacional. Certamente, o preço pago fora

- 3 -

muito pesado em vidas humanas, feridos e destruições de toda espécie, contudo, a vitória é um fato e com ela a unidade e a liberdade foram reconquistadas.

Ao mundo inteiro, o Vietnã deu novo ânimo à esperança e à convicção que nada está perdido, conquanto haja recusa em resignar-se e livrar-se ao desespero. É igualmente a mensagem que nos chega dos países da América Latina, os mais esmagados, os ensanguentados, os mais submetidos a estes regimes de terror que empalidecem os piores excessos das barbáries de outrora: das prisões e dos campos do Brasil ou do Uruguai, onde homens em pé desafiam os seus carrascos, tornando inúteis os esforços destes últimos; do Chile, de onde nos chegam testemunhos impressionantes, descrevendo o crescimento incessante da resistência popular, manifesta pela quantidade de sinais inscritos nas ruas, nas canções e no humor, nos muros, bem como pela circulação de abundante literatura clandestina; da Argentina, de onde recebemos as boas-novas das lutas populares organizadas, chegando ao ponto de provocarem verdadeiras batalhas entre as forças da repressão governamental e paramilitares e o Exército de Libertação Nacional...

O Tribunal Russell II, ciente da sua impotência diante do poder econômico, político, militar, relativamente aos quais ele condenou os atos correlatos, não pode concluir os seus trabalhos sem convocar a única força internacional capaz de impor um termo ao avanço do imperialismo, aquela das massas populares, em primeiro lugar dos trabalhadores, das suas organizações, da sua solidariedade internacional, mas igualmente dos camponeses, dos intelectuais e dos integrantes das classes médias que se identificam com as lutas populares, sacrificando em seu favor as suas carreiras e o lucro.



Indubitavelmente, a mais importante colaboração que os homens e as mulheres dos países desenvolvidos podem dar à libertação dos povos da América Latina é a luta por eles conduzida, em seus respectivos países, contra a política imperialista, notadamente

- 4 -

contra àquela das multinacionais.

É urgentíssimo que todos os homens dos países desenvolvidos e dos países subdesenvolvidos, dos países do Oeste e dos países do Leste, descubram a convergência dos seus interesses; que os trabalhadores dos países desenvolvidos, especialmente aqueles dos E.U.A., saibam que eles próprios são vítimas da exploração das companhias multinacionais. Inclusive, esta situação é evidenciada pelo desemprego, determinante na atual tendência das companhias multinacionais em abandonarem os países de maior combatividade operária.

Com base nesta consciência, deve se desenvolver, em escala mundial, uma nova solidariedade das resistências e lutas.

A seguir, indicamos alguns exemplos desta ação internacionalista:

- 1) Campanhas sistemáticas de “contrainformação” sobre os crimes do imperialismo devem ser levadas a cabo. Entretanto, é igualmente necessário estudar a fundo a estratégia do imperialismo, especialmente aquela das multinacionais, prestando particular atenção nas técnicas de infiltração e de repressão utilizadas contra os movimentos populares de resistência e libertação.
- 2) O boicote aos países fascistas deve ser desenvolvido, entre outras, nas seguintes direções: boicote à venda de armas aos governos e militares destes países; boicote à venda de tecnologias e produtos estratégicos; boicote aos produtos provenientes destes países.
- 3) Uma mobilização visando impor aos Estados a sua intervenção rigorosa a fim de reduzir os desequilíbrios e as zonas de miséria, as quais criam as condições para a super exploração por parte das multinacionais.

- 5 -

4) A denúncia e a clara indicação das ideologias, religiosas ou laicas, das quais se serve o imperialismo para justificar a sua ação destruidora ou para envolvê-la em um vasto silêncio.

A fim de contribuir para esta ação internacionalista, nestas esferas e em muitas outras ainda a serem descobertas, os membros do Tribunal Russel II estimaram não poderem se separar sem antes estabelecer algumas referências que possam assegurar desdobramentos aos trabalhos realizados. Portanto, eles decidiram tomar duas iniciativas: por um lado, criar uma Fundação Internacional em prol dos direitos e da libertação dos povos, devendo reunir pesquisadores com o objetivo de estudarem, em todos os níveis, os mecanismos de dominação imperialista, proporcionando deste modo um suporte teórico à ação das massas; por outra parte, lançar o projeto de uma Associação em prol dos direitos e da defesa dos povos que deveria reunir na ação concreta todos aqueles que queiram coordenar os seus esforços para tornarem mais eficazes as lutas libertárias.

Inclusive, as relações entre os Estados Unidos e a América Latina tornaram-se atualmente exemplares do que pode ocorrer em muitos outros países do mundo. Derivamos desta constatação a certeza da solidariedade internacional dos povos que não querem ser “latino-americanizados”, desta forma aberrante e criminosa.

Portanto, reafirmamos: sempre que em qualquer parte do mundo homens se levantam e, sob o risco de perderem a sua própria vida, opõem-se ao intolerável, recusando cumplicidades e abandonos, é a nova Humanidade que se manifesta. A todos aqueles que acompanharam os nossos trabalhos e que recebem a convocação que os encerra, declaramos a nossa convicção de que vale a pena lutar, estando o futuro reservado àqueles que acreditam na Justiça e na Soberania, aos povos em marcha rumo à reconquista do seu

- 6 -

destino comum. A História avança: com Ho Chi Minh, apreendemos o sentido: “Não há nada mais precioso que a independência e a liberdade”.

Portanto, não é em uma perspectiva meramente defensiva que este Tribunal lançou o combate em defesa dos Direitos ameaçados e em favor da libertação dos prisioneiros e dos torturados. Em face



da inexorável ofensiva dos inimigos da dignidade dos povos, dos seus exploradores e carrascos, o Tribunal reivindica e proclama o seu direito e o seu dever de atacar, a seu turno, aqueles que utilizam a humilhação e a opressão como as suas armas de predileção. Ao pessimismo no que compete ao destino da Humanidade, mais profundo dentre todas as raízes de qualquer opressão, de todo o desprezo pela independência e pela liberdade dos povos, ele opõe um claro otimismo em relação ao resultado final da atual luta histórica. Trata-se de um otimismo sem inocência, mas pleno de seiva humana, desta alegria de viver e amar que, um dia, há de nos fazer abordar, todos juntos, as margens de um futuro melhor e mais justo.

COMUNICADO DE IMPRENSA

O Tribunal Russel II, constituído em 1973 mediante solicitação das vítimas da repressão na América Latina, recém encerrou em Roma a sua terceira e última sessão, realizada entre 10 e 17 de janeiro de 1976.

O Tribunal examinou a situação dos povos de 12 países, quais sejam, a Argentina, o Brasil, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, a Guatemala, o Haiti, a Nicarágua, o Paraguai, Porto Rico, República Dominicana e Uruguai.

Ao longo destas três semanas, os Jurados do Tribunal ouviram mais de duzentos denunciantes e de testemunhas, vindas tanto da América Latina quanto da Europa e dos Estados Unidos, tendo tomado ciência de considerável documentação englobando, especialmente, fontes oficiais dos países examinados e dos Estados Unidos.

O Tribunal pôde estudar os seguintes temas: a repressão, as lutas antissindicaís, os mecanismos econômicos de exploração e dominação, a responsabilidade das Forças Armadas, a dominação cultural, a atitude das Igrejas, o papel do Direito.

Convencido, em virtude desta análise, que se trata de um sistema coerente de dominação e de exploração, pelo qual são responsáveis os países ocidentais industrializados e, em primeiríssimo lugar os Estados- Unidos, o Tribunal condenou em uma sentença extensamente motivada, os governos dos países citados como culpados por violações graves, sistemática e reiteradas dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos.

Além disso, ele condenou o governo dos E.U.A., nomeadamente H. Kissinger, pela sua responsabilidade no golpe de Estado perpetrado no Chile.

Finalmente, as empresas multinacionais que exploram os recursos naturais e humanos dos países da América Latina, em detrimento dos interesses dos povos, foram objeto de condenações precisas e os governos, dos quais elas dependem, foram julgados responsáveis pelas suas atividades.

A cumplicidade das organizações sindicais americanas, assim como aquela das fundações de pesquisa americanas e europeias, foi igualmente denunciada.

O Tribunal obteve a demonstração de que, para mais além das condições específicas de cada país examinado, um sistema coerente de dominação e de exploração se estende ao conjunto da América Latina, sendo os Estados-Unidos os principais responsáveis por ele.

Por ocasião da sessão de encerramento, realizada em 17 de janeiro de 76, foi anunciado que, a fim de prolongar a ação do Tribunal, uma Fundação e uma Associação em prol do direito e da libertação dos povos haviam sido criadas.



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



REVISTA DA ANISTIA

NORMAS EDITORIAIS

Art. 1º A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça receberá textos de todas as áreas das Ciências Humanas e Sociais, em formato de artigo acadêmico, para publicação na Revista Anistia Política e Justiça de Transição.

Art. 2º Os trabalhos serão recebidos no correio eletrônico revistaanistia@mj.gov.br.

Art. 3º Os artigos a serem publicados na Revista da Anistia Política no Brasil, independente da área, deverão versar sobre a Anistia Política e/ou a Justiça de Transição, no Brasil e no exterior.

Parágrafo Único: Serão aceitos até dois trabalhos de Iniciação Científica por edição, devendo tal condição ser expressamente informada na folha de rosto.

Art. 4º Os textos recebidos em conformidade com estas normas serão encaminhados ao Conselho Editorial da Revista, de forma não identificada, para avaliação e aprovação para publicação.

Art. 5º Os textos aprovados pelo Conselho Editorial serão publicados na Revista da Anistia Política no Brasil, em ordem a ser

definida pela Coordenação-Executiva, em um dos três números subsequentes à aprovação.

Parágrafo Único: Havendo número de textos aprovados para além da capacidade de publicação da Revista, os mesmos serão devolvidos aos autores, acompanhados de carta de aprovação.

Art. 6º Serão aceitos para publicação textos em português, espanhol e inglês.

Parágrafo Único: Textos em outras línguas poderão ser aceitos, após solicitação ao Conselho Editorial, restando ao Presidente do Conselho a opção de publicá-los na língua original ou em versão traduzida.

Art. 7º Para que sejam considerados aptos para o envio ao Conselho Editorial, os textos deverão ser inéditos e remetidos em documento aberto de Word 97 (ou inferior), com as seguintes formatações:

- a) Papel A4;
- b) Fontes Times New Roman, tamanho 12;
- c) Espaçamento entre parágrafos 1,5;

d) Total de laudas não inferior a 10 e nem superior a 25, excluída a folha de rosto;

e) Referências e notas de rodapé em formato ABNT Vancouver (SOBRENOME, nome. Título. Cidade: Editora, data, páginas);

f) Folha de rosto contendo: título e subtítulos, dados pessoais dos autores, contato e endereço, formação e atuação profissional, titulação, indicação sobre tratar-se de artigo de iniciação científica ou não, órgãos de fomento, outras informações relevantes.

Parágrafo único: A folha de rosto deverá vir no corpo do próprio texto e ser o único local onde resta identificada a autoria, sob pena de desclassificação.

Art. 8º Todos os trabalhos deverão conter, no corpo do texto, resumo em português e em língua estrangeira (inglês, francês ou espanhol), bem como três palavras-chave nas duas línguas do resumo.

Art. 9º Deve acompanhar o envio do texto e-mail de cessão de direitos autorais para a edição impressa e on-line da Revista da Anistia Política no Brasil, restando liberada a republicação dos textos após a publicação na revista, desde que referida a publicação original.

§ 1º. Caso o enviante não possua e-mail em nome próprio, para que registre-se a cessão de direitos, deverá enviar termo de cessão assinado e escaneado, como anexo.

§ 2º. Os textos publicados dão direito aos autores a receber cinco exemplares da Revista, independente de quantos forem.

Art. 10º É de responsabilidade dos autores o conteúdo dos textos, bem como a veracidade das informações prestadas, inclusive quanto ao ineditismo dos textos.

Parágrafo único: É de responsabilidade dos autores informar à Comissão de Anistia caso o texto previamente aprovado seja publicado em outro veículo, incluindo a internet, antes da publicação oficial da Revista.

Brasília, 13 de fevereiro de 2009.

Paulo Abrão Pires Junior

Presidente do Conselho Editorial

Marcelo D. Torelly

Coordenador-Geral do Conselho Editorial



TRIBUNAL RUSSELL II.
FONTE: FLLB-ISSOCO/CA-MJ.



61ª CARAVANA DA ANISTIA, SESSÃO DE HOMENAGENS,
PUC-RJ, RIO DE JANEIRO/RJ, 17 DE AGOSTO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.





CARAVANA DA ANISTIA

SESSÃO DE APECIAÇÃO DE REQUERIMENTO DE ANISTIA POLITICA



ALDO SILVA ARANTES * ALÍPIO CRISTIANO DE FREITAS * AMARO ALEXANDRINO DA ROCHA * AMÉRICO ANTÔNIO FLORES NICOLATTI * ANA
NA WILMA OLIVEIRA MORAES * ANGELA TELMA OLIVEIRA LUCENA * ANTONIA MARA VIEIRA LOGUERCIO * ANTONIO CARLOS FON * ANTONIO
A NETTO * ANTONIO RIBEIRO PENNA * APARECIDA ALVES DOS SANTOS * APOLÔNIO DE CARVALHO * ARI CÂNDIDO FERNANDES * ARMANDO
ÉLIO PERES * BEATRIZ ARRUDA * BELARMINO BARBOSA SIQUEIRA * BENITO PEREIRA DAMASCENO * BERGSON GURJÃO FARIAS * BOLÍVAR
AUGUSTO MARIGUELLA * CARLOS EUGÊNIO SARMENTO COELHO DA PAZ * CARLOS GUILHERME DE M. PENAFIEL * CARLOS LAMARCA * CARLOS
E FON * CELSO ANTUNES HORTA * CHICO MENDES * CLARA CHARF * CLEY DE BARROS LOYOLA * CRISTINA MARIA BUARQUE * DANIEL AARÃO
ARCY RODRIGUES DE FREITAS * DAVID CAPISTRANO * DENISE FRAENKEL KOSE * DENISE OLIVEIRA LUCENA * DENIZE FONTELLA GOULART *
REITAS * DIMAS FLORIANI * DINALVA OLIVEIRA TEIXEIRA * DOM MARCELO PINTO CARVALHEIRA * EDGARD DE ALMEIDA MARTINS * EDSON
RDO DIAS CAMPOS SOBRINHO * ELIA MENEZES ROLA * ELIANA BELLINI ROLEMBERG * ELIESER VAZ COELHO * ELÍRIO BRANCO DE CAMARGO
ZA MONNERAT * EMÍLIO RUBENS CHASSEREUX * EPAMINONDAS JACOME RODRIGUES * ESTRELLA DALVA BOHADANA * EULER FERREIRA DA
YDE * FLÁVIO KOUTZII * FRANCISCO DE ASSIS LEMOS * FRANCISCO DERLI * FRANCISCO MARTINELLI * FRANCISCO PINTO MONTENEGRO *
TEN MORRIS * FREI FERNANDO * FREI JOÃO * GEORGE DE BARROS CABRAL * GERMANA CORREA LIMA * GILDO SCALCO * GILNEY
ALUE YA MAGYTI * HAMILTON PEREIRA DA SILVA * HELDER SUAREZ BEDENDO * HELENA SOARES MELO * HELENA SUMIKO HIRATA * HELENITA
MARTINS DE CARVALHO * HUDSON CUNHA * IARA XAVIER * IDIBAL PIVETTA * IGOR GRABOIS OLIMPIO * ILTO VIEIRA * INÁ MEIRELES DE SOUZA
LHO * ISOUDE SOMMER * IVAN DE SOUZA ALVES * IVAN SEIXAS * IZABEL MARQUES TAVARES DA CUNHA * JANE VASCONCELOS DANTAS *
S PAREDES SOTO * JOANA D'ARC BIZOTTO LOPES * JOANA D'ARC VIEIRA NETO * JOÃO AMAZONAS * JOÃO ARTHUR VIEIRA * JOÃO BATISTA
LART * JOÃO CARLOS ALMEIDA GRABOIS * JOÃO CHILE * JOÃO LUIZ SILVA FERREIRA * JOÃO MAURO BOSCHIERO * JOÃO RICARDO BESSA
N CRISPIM * JOILSON SANTOS DE CARVALHO * JORGE RAIMUNDO NARRAS * JORGE SALDANHA DE ARAUJO * JOSAIL GABRIEL DE SALES *
* JOSÉ CALISTRATO CARDOSO FILHO * JOSÉ CARLOS NOVAIS DA MATTA MACHADO * JOSÉ CELSO MARTINEZ * JOSÉ DALTRO DA SILVA * JOSÉ
IOLETO * JOSÉ PORFIRIO DE SOUZA * JOSÉ ROGÉRIO LICKS * JOSÉ SERRA * JOSÉ TADEU CARNEIRO CUNHA * JOSÉ VELOSO * JÚLIO PRATA *
E OLIVEIRA * LANGSTEIN DE ALMEIDA AMORIM * LAURINDO MARTINS JUNQUEIRA FILHO * LENIRA MARIA DE CARVALHO * LEONEL BRIZOLA
LUIZ CARLOS PRESTES * LUIZ DE GONZAGA TRAVASSOS DA ROSA * LUIZ FELIPE RATTON MASCARENHAS * LUIZ GONZAGA TRAVASSOS DA
OEL CYRILLO DE OLIVEIRA NETTO * MANOEL MOSART MACHADO * MANOEL SERAFIM DOS ANJOS * MARCOS JOSÉ BURLE DE AGUIAR * MARIA
S * MARIA DAS DORES DA SILVA * MARIA DE FÁTIMA MENDES DA ROCHA * MARIA DO PILAR COSTA SANTOS * MARIA DO SOCORRO DE
RIA FAUSTINO DE ALMEIDA AMARAL * MARIA IGNES DA COSTA D. E. BASTOS * MARIA JOSÉ RIOS P. DA S. LINDOSO * MARIA REGINA P. DA
IJANE VIEIRA LISBOA * MARILIA DE CARVALHO GUIMARÃES * MARINA VIEIRA * MARIO COVAS * MÁRIO MAGALHÃES LOBO VIANA * MARIO
AURICE POLITI * MIGUEL ARRAES * MIGUEL DARCY DE OLIVEIRA * MIGUEL PRESSBURGER * NANCY MANGABEIRA UNGER * NARCISA BEATRIZ
ZAREH ANTONIA OLIVEIRA * NELSON CORDEIRO * NELSON REMY GILLET * NELSON RODRIGUES * NESTOR PEREIRA DA MOTA * NILMÁRIO DE
MALTA * OLIVIA RANGEL JOFFILY * ORLANDO MARETI SOBRINHO * OSCAVU JOSÉ COELHO * PAULO FRATESCHI * PAULO FREIRE * PAULO

Comissão de
Anistia

Ministério da
Justiça



PERCY VARGAS * PERI DE ARAÚJO COTTA * PERLY CIPRIANO * PETER JOHN MCCARTHY * RAUL JORGE ANGLADA PONT * REGENIS BADING
E * REYNALDO JARDIM SILVEIRA * RICARDO DE MORAES MONTEIRO * ROBERTO FARIA MENDES * ROGÉRIO LUSTOSA * RÔMULO DANIEL
ARY NOGUEIRA * RUY FRASÃO SOARES * SEBASTIANA CORREIA BITTENCOURT * SELMA LAIZ VIANA MONTARROYOS * SÉRGIO DE MAGALHÃES
YOS * SINVAL DE ITACARAMBI LEÃO * SOLANGE LOURENÇO GOMES * SONIA HIPÓLITO * SONIA LINS * STUART ANGEL JONES * ULYSSES DE
VITOR BORGES DE MELO * VLADIMIR HERZOG * WALMIR ANDRA DE OLIVEIRA * ZIRALDO ALVES PINTO * ZULEIDE APARECIDA DO NASCIMENTO