



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

**Devido Processo Legal em Matéria de Direito Penal Internacional
De Nuremberg ao Tribunal Penal Internacional**

Gabriel Mota Maldonado

**BRASÍLIA
2009**

SUMÁRIO

SUMÁRIO	2
INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO 1 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL.....	9
1.1 BREVE HISTÓRICO.....	9
1.2 O DIREITO PENAL INTERNACIONAL PRÉ-NUREMBERG.....	15
1.3 A SEGUNDA GRANDE GUERRA E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL	18
CAPÍTULO 2 - NUREMBERG: A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL.....	30
2.1 MOTIVOS PARA A INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL	30
2.2 O ESTATUTO DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL.....	35
2.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM NUREMBERG	42
2.4 O LEGADO DE NUREMBERG.....	49
CAPÍTULO 3 - O DIREITO PENAL INTERNACIONAL PARA ALÉM DE NUREMBERG.....	53
3.1 O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE.....	53
3.2 O DIREITO PENAL INTERNACIONAL PÓS-GUERRA	60
3.3 CARACTERÍSTICAS DO MUNDO PÓS-1945.....	64
3.4 O FIM DA GUERRA FRIA E OS TRIBUNAIS <i>AD HOC</i>	66
3.4.1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA.....	68
3.4.2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA	71
3.5 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE	73
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	83

INTRODUÇÃO

O estudo do devido processo legal no Direito Internacional não é preocupação antiga. Ao contrário, a junção das garantias fundamentais de defesa com o direito das gentes só se tornou possível há poucas décadas. Apesar de o tema fazer sentido há não muito tempo, e de ser reflexo de um momento histórico propício recente, ele carrega significados dos mais variados que assumem parte importante na construção das relações internacionais contemporâneas.

O caso que aqui será analisado é a junção de uma preocupação recente da comunidade internacional com uma das mais antigas manifestações do Direito Internacional: o Direito de Guerra.

No século XVIII o pensador iluminista Jean-Jacques Rousseau já prenunciava o que viria a ser a natureza do moderno Direito Internacional Humanitário:

“A guerra não é, pois, uma relação de homem a homem, mas sim, de Estado a Estado, no qual os particulares não são inimigos senão acidentalmente, não como homens, mas sim, como cidadãos, ou como soldados, não como membros da pátria, mas como defensores dela.

[...]

Sendo o fim da guerra a destruição do Estado inimigo, tem-se o direito de matar os defensores quando estejam de armas na mão, porém, uma vez ela entregues e eles rendidos, deixam de ser adversários e instrumento do inimigo, transformando-se simplesmente em homens sobre cuja vida não há direito algum”.¹

A guerra é um fenômeno social e tão antigo quanto a escrita. Não raro conhecemos civilizações da antiguidade através apenas dos relatos de suas batalhas. De 1946 a.C. até 1881 (3358 anos) houve, somente, 227 anos de paz e 3130 de guerra. De 1500 a.C. até 1860 há registro de mais de 8000 tratados de paz assinados.²

Parece ser, portanto, de extrema relevância o alinhamento do estudo do Direito Internacional com a aplicação do devido processo legal. De modo que a comparação entre os Estatutos e os de julgamentos aplicados nos tribunais pós-II Guerra e nos Tribunais Penais Internacionais indica bem a força da presença do devido processo legal e a evolução de seu *status* na comunidade internacional no período entre a criação desses dois tribunais.

Além disso, é interessante notar que o Direito Penal Internacional nasce posteriormente a um conflito armado, denotando ser o referido Direito, ou pelo menos sua normalização mais profunda, resultado de atos violentos de atores internacionais. Aqui, pode-se entender a preocupação em se aproximar o Direito Penal Internacional do devido processo legal: ambos são respostas do ser humano a perturbações abruptas da ordem, da paz e da liberdade.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, 2008, p.38.

² GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004

Fica claro, portanto, a relevância do tema para as relações internacionais, em especial no que tange aos mecanismos de repressão a crimes internacionais e às garantias fundamentais de defesa nos julgamentos internacionais, encaradas no início do século XXI como direito fundamental da pessoa humana.

A necessidade de se estabelecer parâmetros gerais para os procedimentos legais foi preocupação do direito anglo-saxão ainda antes da Idade Moderna. O embrião do que seria o devido processo legal (*due process of law*) remete a Magna Carta da Inglaterra, do ano de 1215 no que refere à proteção da liberdade e da propriedade. É na frase “*by the law of the land*” contida no seu artigo 39³ que está a inspiração do direito hoje conhecido por devido processo legal.

A frase “*due process of law*” aparece pela primeira vez no ano de 1344, quando o parlamento inglês força o Rei Eduardo III a aceitar uma lei editada para frear seus próprios excessos.

Na Idade Moderna o mais proeminente (e pioneiro) exemplo de legislação “*due process of law*” do direito ocidental se encontra na Constituição dos Estados Unidos (1787), mais precisamente no conjunto das dez primeiras emendas à constituição (conjunto este comumente chamado de *Bill of Rights*). Da análise dessas emendas Lucia Valle Figueiredo conclui:

*“O significado do “due process of law”, como decorrência direta das emendas constitucionais, é a necessidade de seguir um processo ou um procedimento justo quando a ação executiva, legislativa ou judicial tem por objeto os bens vida, liberdade e propriedade”.*⁴

No direito internacional, a idéia de seguir um procedimento justo em processos que envolvem bens fundamentais foi postulada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵, aprovada em 1948, que em seus artigos VI-XI evoca preceitos do devido processo legal:

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

³ Artigo 39 da Magna Carta: “No free man shall be taken, imprisoned, disseised, outlawed, banished, or in any way destroyed, nor will we proceed or send against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land”.

⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Devido *Processo Legal na Administração Pública* - São Paulo: Max Limonad, 2001, p.13.

⁵ Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos a zero e oito abstenções. Os países que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia (PIOVESAN, Flavia. *Direito internacional dos direitos humanos: Código anotado* – São Paulo: DPJ, 2008).

Artigo VIII

Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais que são competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

Artigo XI

1. *Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumidamente inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.*

2. *Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.*

Segundo Flavia Piovesan:

*“A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos seus preceitos e a inexistência de qualquer voto contrário às suas disposições, confere a Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum a serem seguidos pelos Estados. A Declaração Universal reflete os parâmetros protetivos mínimos para a salvaguarda da dignidade humana, ou seja, o mínimo ético irredutível a ser observado pela comunidade internacional”.*⁶

Nota-se daí, portanto, que a necessidade de utilização dos pressupostos do “*due process of law*” nos julgamentos internacionais era sentida pelos Estados integrantes das Nações Unidas e refletia um novo cenário nascido após o trauma da Segunda Guerra Mundial. Cenário em que os países entenderam as vantagens e as nuances de se estabelecer em definitivo o paradigma de segurança coletiva, que culminaria na criação de um entrelaço entre as nações cuja força lhes era garantia mínima de tranqüilidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui um divisor de águas e é uma resposta dupla ao Tribunal de Nuremberg. A primeira resposta trata-se da materialização da concepção, emergida das cinzas da Segunda Guerra, de que não só os Estados figuram como

⁶ PIOVESAN, Flavia. *Direito internacional dos direitos humanos: Código anotado* – São Paulo: DPJ, 2008, p. 19.

atores no cenário internacional. A partir de Nuremberg o indivíduo é sujeito de direito tanto em relação ao direito nacional quanto ao internacional e, portanto, pode o indivíduo ser responsabilizado por crimes de guerra e demais crimes cuja responsabilidade anteriormente só poderia ser atribuída ao Estado. De acordo com Flavia Piovesan:

“(...) cada vez mais se reconhece que os indivíduos podem ser considerados responsáveis por determinadas condutas. Não mais se os Estados são os exclusivos perpetradores de condutas que violam o direito internacional. A ficção legal de que os indivíduos não participam da arena internacional e, conseqüentemente, não podem ser responsabilizados por seus atos, tem sido repensada. Crimes de guerra e genocídios são hoje reconhecidos como atos pelos quais os indivíduos são suscetíveis a responsabilização como indivíduos”.⁷

Sobre essa perspectiva, o próprio julgamento internacional de Nuremberg estabelece que “crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes”. Essa nova mentalidade global é o marco inicial do processo de internacionalização dos Direitos Humanos que se deu partir de então com força jamais vista.

A segunda resposta que a Declaração Universal, com relação à Nuremberg, deu ao mundo, trata-se exatamente do modo como foram conduzidos os processos contra os generais e representantes do Partido Nacional Socialista julgados no Tribunal de Nuremberg. Resultado do Acordo de Londres de 1945, pelo qual ficava convocado um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra, o Tribunal de Nuremberg foi arquitetado pelos governos de EUA, Reino Unido, URSS e França.

Parece inteligente pensar que a intenção das potências vencedoras da guerra era expor ao mundo os vencidos e que, portanto, era necessário criar um ambiente revestido de legalidade que, sob os auspícios dos ideais de justiça, julgasse e condenasse os derrotados.

É certo que, à época, a opinião pública mundial era totalmente favorável ao julgamento e não ofereceu grande resistência a sua instalação⁸. Mas juristas da época e de hoje são praticamente unânimes em dizer que princípios gerais do direito moderno foram ignorados de forma clara em todo o transcurso do julgamento.

A Declaração Universal tem, portanto, o papel de proclamar uma nova consciência internacional que envolve aspectos dos mais variados, indo de uma nova noção de sujeito de direito

⁷ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124.

⁸ Vários autores destacam a pouca rejeição à idéia de instalação de um Tribunal Penal Internacional para julgar os nazistas. Além de Piovesan, Smith, Gonçalves, dentre outros, Tony Judt destaca essa particularidade da conjuntura internacional dos anos derradeiros da Segunda Guerra Mundial e expõe que ao fim do conflito, em pesquisa realizada na zona de ocupação norte-americana na Alemanha, apenas 6% dos alemães condenavam o Tribunal de Nuremberg (JUDT, Tony. *Pós-Guerra: Uma História da Europa desde 1945* – São Paulo: Objetiva, 2008).

no Direito Internacional até o entendimento da necessidade de reestruturação da concepção de soberania estatal.

Muito diferentemente do Tribunal de Nuremberg o Tribunal Penal Internacional nasce de uma forma que se pode entender como menos abrupta. Com certeza o momento histórico é diametralmente oposto ao de Nuremberg, mas o mais relevante na análise da gestação do TPI é que este é o resultado de um esforço global e de uma reflexão que levou meio século para que a humanidade fizesse.

Sobre os precedentes da Conferência de Roma que instituiu o T.P.I., afirma Renata Mantovani de Lima e Marina Martins da Costa Brina:

“A demanda por justiça, mais especificamente pela punição dos responsáveis pelas atrocidades cometidas durante os grandes conflitos mundiais, assim como em conflitos durante a Guerra Fria, não foi atendida em plenitude pelos tribunais ad hoc. Contudo, a experiência fornecida pelos Tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia, assim como os questionamentos suscitados, contribuiu para acelerar os trabalhos de codificação e desenvolvimento do Direito Internacional Penal, impulsionando a criação de uma jurisdição penal internacional de caráter permanente”.⁹

Aprovada pelo Estatuto de Roma, a estrutura do Tribunal Penal Internacional contava com os preceitos promovidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e, logicamente, possuía em seu âmago a consciência que este último documento tem.

Desse modo, analisar a dinâmica do *“due process of law”* dentro dos documentos internacionais que tornaram possíveis o estabelecimento de tribunais militares e tribunais internacionais penais e a aplicação de seus preceitos nos processos penais julgados pelos tribunais internacionais é também entender a dinâmica da consciência e das necessidades da comunidade internacional (que concebe instrumentos para a manutenção da ordem e da paz internacionais), bem como as nuances históricas e sociais que estão por trás das discussões de Direito Internacional.

Sendo assim, com o presente trabalho, propomo-nos discutir como o Sistema Jurídico Internacional, no âmbito de suas normas penais, evoluiu desde que o indivíduo adquiriu estatuto de sujeito de direito também no Direito Internacional até a criação da jurisdição penal internacional de caráter permanente, o TPI.

A base de elementos a ser utilizada na pesquisa compõe-se da gama de princípios gerais de direito, cuja importância revela-se exatamente no julgamento de indivíduos por cortes internacionais, e que servirá de norte para entender como o devido processo legal se faz ou não presente nos tribunais.

Para tanto, o primeiro capítulo versará sobre o conceito de devido processo legal e da evolução histórica da idéia de punição a indivíduos no âmbito internacional, de crimes internacionais e do histórico das relações internacionais até a implementação do Tribunal de Nuremberg.

⁹ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Coleção para entender: O Tribunal Penal Internacional* – Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 41.

O segundo, tratará de expor as contribuições da teoria e da prática do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para o Direito Internacional como um todo e mais especificamente para o Direito Penal Internacional do pós-II Guerra Mundial.

Por fim, cumpre analisar outras manifestações de Direito Penal Internacional a fim de compor o panorama completado para a instalação do Tribunal Penal Internacional.

A partir da evolução da mentalidade da sociedade internacional, que construiu caminhos para evitar que atos criminosos ficassem impunes perante o direito das gentes, e da manifestação clara dessa evolução em documentos internacionais de amplo respaldo, pretende-se estudar como as garantias fundamentais de defesa ganharam importância também nos julgamentos internacionais.

Capítulo 1 – O Devido Processo Legal e o Direito Penal Internacional

1.1 BREVE HISTÓRICO

A necessidade de se estabelecer parâmetros gerais para os procedimentos legais foi preocupação do direito anglo-saxão ainda antes da Idade Moderna. O embrião do que seria o devido processo legal (*due process of law*) encontra-se na Magna Carta da Inglaterra, redigida sob o reinado de João Sem-Terra, no ano de 1215.¹⁰

Em um ambiente de crise social, o governo de “Sem-Terra” caminhava em direção contrária às vontades do povo, pautando suas políticas pela arbitrariedade e desrespeito às liberdades individuais. Diante disso, a população reivindicou seus direitos individuais através da edição da Magna Carta, e foi capaz de frear o contra-ataque do rei, que buscava conservar o poder que detinha.

Como explica Paulo Fernando Silveira:

*“Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência; postergou regras jurídicas sãs de governo; descuroou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a desnervar a energia nacional, que se revoltou”.*¹¹

Por todos esses fatores, a Magna Carta evidenciou pela primeira vez, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao assegurar em seu artigo 39, o devido processo legal como regra absoluta a ser observada:

Artigo 39 da Magna Carta: *“No free man shall be taken, imprisoned, disseised, outlawed, banished, or in any way destroyed, nor will we proceed or send against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land”*¹²

Pela primeira vez da história da civilização, portanto, uma lei positivada consagra a essência da liberdade individual, ao afirmar que ninguém será privado de sua liberdade, a não ser caso tenha transcorrido contra si um julgamento justo, com base no procedimento correto, levado a cabo por seus semelhantes, de acordo com a lei do lugar.

¹⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Devido Processo Legal na Administração Pública* - São Paulo: Max Limonad, 2001.

¹¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal – Due process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 15.

¹² “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra” (tradução livre).

A frase “*due process of law*” aparece pela primeira vez no ano de 1344, quando o parlamento inglês força o Rei Eduardo III a aceitar uma lei editada para frear seus próprios excessos. Na Idade Moderna o mais proeminente (e pioneiro) exemplo de legislação “*due process of law*” do direito ocidental se encontra na Constituição dos Estados Unidos (1787), mais precisamente no conjunto das dez primeiras emendas à constituição (conjunto este comumente chamado de *Bill of Rights*). Da análise dessas emendas Lucia Valle Figueiredo conclui:

“O significado do “*due process of law*”, como decorrência direta das emendas constitucionais, é a necessidade de seguir um processo ou um procedimento justo quando a ação executiva, legislativa ou judicial tem por objeto os bens vida, liberdade e propriedade”.¹³

Ao se falar em “procedimento justo” algumas observações se fazem necessárias. Justo, nesse caso, se refere, em todo e qualquer julgamento, independente da matéria e do acusado, aos meios de defesa do acusado. Segundo esse conceito, seria injusto que o acusado não dispusesse de meios que garantissem sua capacidade de defesa. Mas isso é parte do entendimento, o *due process* é mais que isso.

A própria origem do devido processo legal denota seu amplo sentido. O *due process of law* é resultado da combinação entre a busca do ser humano por liberdade - caracterizada no caso de sua origem dentro do Estado inglês – e a necessidade de garantias de defesa e equidade de julgamento. Não se trata apenas de um procedimento justo, mas da observância de uma série de princípios e diretrizes compreendidas pela sociedade como minimamente necessárias para resguardar o cidadão de eventuais abusos e desvios de poder e que, por vezes, não estão positivados.

No ordenamento jurídico brasileiro, muito embora as constituições do período republicano fizessem menção a garantias individuais como a ampla defesa e a proibição de prisão sem prévia formação de culpa (excetuando-se, é lógico, a constituição promulgada na Era Vargas e as constituições outorgadas em 1967 e 1969 durante a ditadura militar), o direito ao devido processo legal não é expressamente mencionado a não ser na constituição de 1988.

Talvez deva-se isso ao fato de que a gênese do devido processo legal confunde-se com o próprio *common law* e que o desenvolvimento da idéia de procedimentos básicos e garantia de direitos não positivados não parece adequável ao ordenamento jurídico romano-germânico, do qual o Brasil faz parte, de maneira tão natural quanto ao direito de origem saxônica.

Sendo assim, as reflexões acerca do tema em tela nas cortes inglesas e norte-americanas são bastante mais antigas e configuram fonte profícua de conceitos. Como exemplo dois trechos de pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre essa garantia fundamental:

Holden v. Hardy – 1898: “Este tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras due process of law [...] basta dizer que existem certos princípios imutáveis de

¹³ FIGUEIREDO, *op cit.* p. 32.

justiça aos quais é inerente à própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer".

*Solesbee v. Balkcon – 1950: "Acha-se assentada a doutrina por essa Corte que a cláusula do due process enfeixa um sistema de direitos baseados em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimento de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada como concebida por toda a nossa história. Due process é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo".*¹⁴

A despeito da consideração ao devido processo legal dispensado por ingleses e americanos, o respeito a essa garantia no Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que fora arquitetado e comandado pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial, não condiz com a conduta interna desses Estados e configura fonte de severas críticas à corte em questão.

No direito internacional a idéia de seguir um procedimento justo em processos que envolvem bens fundamentais foi postulada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵, de 1948, que em seus artigos VI-XI evoca preceitos do devido processo legal:

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais que são competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

¹⁴ SILVEIRA. *Op cit*, p. 15.

¹⁵ Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos a zero e oito abstenções. Os países que se abstiveram foram: Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia (PIOVESAN, Flavia. *Direito internacional dos direitos humanos: Código anotado* – São Paulo: DPJ, 2008).

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumidamente inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Porém, a primeira menção ao devido processo legal feita por documento internacional provém do artigo 227 do Tratado de Versalhes, quando se cogitou pela primeira vez responsabilizar indivíduos frente a uma jurisdição internacional. Embora não aplicado, por motivos que serão destrinchados mais adiante, o quarto parágrafo do referido artigo assim proclama:

*“Um tribunal será formado para julgar o acusado, assegurando-lhe garantias essenciais do direito de defesa. Ele será composto por cinco juízes, nomeados por cada uma das potências, a saber: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão”.*¹⁶

Além desses dois documentos, excetuando-se também o Estatuto de Tribunal Militar de Nuremberg que será analisado em capítulo posterior, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁷ (1966) assinala garantias fundamentais a indivíduos julgados por cortes domésticas ou internacionais. Seguem-se os principais artigos do referido Pacto acerca do tema em tela:

Artigo IX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

¹⁶ Artigo 227 do Tratado de Versalhes (GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

¹⁷ Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 23 de março de 1973 (PIOVESAN, Flavia. *Direito internacional dos direitos humanos: Código anotado* – São Paulo: DPJ, 2008).

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação.

Artigo XIV

1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) a ser julgada sem dilações indevidas;

d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) a ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou quando um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, e não-revelação do fato desconhecido em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país.

Artigo XV

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

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

No âmbito internacional, os princípios do devido processo legal, seguindo a conseqüência lógica de sua origem como fruto da ânsia do Homem por liberdade e pela criação de mecanismos que o resguardem frente a abusos dos detentores do poder, além da particularidade óbvia do *Due process* como instrumento de proteção ao indivíduo, não poderiam ser aplicados caso não houvesse julgamentos de indivíduos por cortes internacionais.

Sendo assim, somente a partir do Tribunal de Nuremberg e Tóquio é que o cenário internacional constrói a necessidade de se regulamentar as garantias individuais, uma vez que a comunidade internacional compreende a importância de levar a julgamento pessoas que cometem crimes internacionais, principalmente durante os conflitos armados, e que “o Direito Penal

Internacional efetivamente se consolidou como ciência unitária e autônoma em relação às suas origens históricas.¹⁸

1.2 O DIREITO PENAL INTERNACIONAL PRÉ-NUREMBERG

Por Direito Penal Internacional entende-se, tradicionalmente, o conjunto de todas as normas de Direito Internacional que estabelecem conseqüências jurídico-penais, ou seja, são todas as normas de natureza penal do direito internacional, que conectam a uma conduta determinada – crimes internacionais – certas conseqüências tipicamente reservadas ao direito penal e que, como tais, são aplicáveis diretamente.¹⁹

Nas palavras de Japiassú:

*“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 penas 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”.*²⁰

A definição de Direito Penal Internacional moderna compreende uma série de fatores e, em si mesma, mostra aspectos modernos que só poderiam ser observados com os eventos do pós-II Guerra.

Contudo, a humanidade já vivencia há alguns séculos manifestações de Direito Penal Internacional. Especula-se que a primeira destas manifestações tenha ocorrido na cláusula de extradição contida no Tratado de Paz celebrado, em 1280 a.c., entre Ramsés II do Egito e Hatussilli, rei dos Hititas.²¹ A cooperação internacional nesse caso é decorrente de um fator comum nos atos de ajuda mútua entre nações até os dias atuais: a necessidade. “A relação existente entre esses dois povos fez com que seus governantes sentissem a necessidade da cooperação internacional para garantir a real aplicação do Direito Penal interno”.²²

¹⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal* – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 16.

¹⁹ AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional – Bases para uma elaboração dogmática* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

²⁰ JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 17.

²¹ BASSUIOUNI, M. Cherif. *Derecho penal internacional – Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 51 *apud* JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 16.

²² JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 14.

Esse exemplo histórico ilustra com clareza a compreensão moderna que diz ser o Direito Penal Internacional resultado da convergência entre a necessidade de aplicação internacional das regras penais internas e a existência de aspectos penais internacionais.²³

De fato, a necessidade de estabelecer no ambiente internacional normas e parâmetros do Direito doméstico não é privilégio do Direito Penal. Outrossim, trata-se de uma das características mestras do Direito Internacional.

A história do Direito Penal Internacional até a Idade Moderna tem na extradição sua principal personagem e o mais importante instrumento de cooperação internacional em matéria penal. O fato de a extradição ser “a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de indivíduo que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena”²⁴, compreendida como uma relação executiva com envolvimento judiciário de ambos os lados e que, portanto, caracteriza-se como cooperação judiciária uma vez que “a extradição pressupõe crime comum, não se prestando à entrega forçada do delinqüente político”²⁵, demonstra o viés de cooperação internacional, herdada pela comunidade internacional das sociedades da Antigüidade, que corrobora a idéia de que a necessidade de ampliação das capacidades de um Estado pode, por vezes, se chocar com os limites de outra soberania, exigindo cooperação de ambas as partes.

Especialmente na Idade Média, a extradição aparece em inúmeros Tratados em que se previa ajuda judiciária mútua: como no Tratado de 1174 entre Henrique II da Inglaterra e Guilherme da Escócia; o de 1303 entre Eduardo III da Inglaterra e Felipe, o Belo, da França. Porém, o conteúdo desses textos revela nitidamente a preocupação política dos soberanos de efetuar trocas recíprocas de seus opositores. A ajuda judiciária, nesse caso, nada mais seria que ajuda política, não configurando um objeto de cooperação judiciária puramente.²⁶

Acerca do recurso jurídico da extradição Francisco Rezek explica que “o fato, narrado em todas as suas circunstâncias, deve ser considerado crime por ambas as leis em confronto”.²⁷ Tal prerrogativa insinua certa homogeneidade de normas penais em diversos países, homogeneidade essa que precede, por vezes, a criação de norma internacional e preconiza a consideração de princípios do direito doméstico como sendo princípio do direito das gentes. Importante considerar esse aspecto quando da explicação da consolidação do Direito Penal Internacional.

A partir da Idade Moderna, mais precisamente no século XIX, os códigos penais da França e da Alemanha passaram a admitir a aplicação extraterritorial de suas normas. Com isso outros mecanismos de internacionalização do direito penal passaram a existir.²⁸

Sobre a evolução do Direito Penal Internacional a partir de então, Carlos Eduardo Adriano Japiassú conclui:

²³ JAPIASSÚ. *Op cit.*

²⁴ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 200 e 201.

²⁵ *Idem*, p. 207

²⁶ JAPIASSÚ. *Op cit.*

²⁷ REZEK. *Op cit.*

²⁸ JAPIASSÚ. *Op cit.*

“A aplicação extraterritorial do direito punitivo interno exigiu o surgimento de diversas regras destinadas a dirimir os conflitos interespaiais de normas.

[...]

Paralelamente a essa evolução dos aspectos internacionais do Direito Penal interno, que se encontra muito longe de ser concluída, a sociedade internacional, por seu turno, sentiu a necessidade da criminalização de certas condutas individuais ou de grupos que, por si mesmas, são capazes de por em risco a convivência entre os homens e a paz entre os diversos Estados nacionais. Em conseqüência, surgiram normas costumeiras, bem como, outras, resultantes de tratados e convenções que trataram de matéria penal.

[...]

*Modernamente, o Direito Penal Internacional, ao mesmo tempo em que busca a formulação de princípios internos e internacionais para a regulação das condutas individuais violadoras da boa convivência internacional, procura, também, o estabelecimento de normas convencionais (bilaterais, multilaterais, regionais e universais) e internas que permitam a transferência, de um Estado a outro, de processos criminais e pessoas condenadas; a extradição; a execução de sentenças penais estrangeiras; bem como o aparecimento de outros meios de cooperação penal internacional”.*²⁹

Como observa Japiassú, o Direito Penal interno sofreu alterações e aperfeiçoou-se, especialmente no século XIX, de maneira a expandir o alcance de suas normas. Tal fenômeno acontece de forma semelhante em vários países fazendo com que normas penais do ordenamento jurídico doméstico possam ser aplicadas em ambiente supranacional. Destarte, a necessidade de se aperfeiçoar as normas internacionais em matéria penal é exigida pelo incremento das relações entre os Estados nacionais nos séculos XIX e XX. Relações estas que, em se tratando de cooperação penal internacional, não mais são satisfeitas apenas com o recurso da extradição.

Contudo, a falta de mecanismos de punição a indivíduos em âmbito internacional e a escassez de fundamentos jurídicos que realizem esses mecanismos corrobora a idéia de que a evolução do Direito Penal Internacional confunde-se com a evolução da idéia de criminalização de indivíduos pelo Direito Internacional, uma vez que a evolução em tela é freada por esses obstáculos. Como explica Kai Ambos, “a idéia central da responsabilidade individual e da reprovabilidade de uma determinada conduta (macrocriminal) provém do *direito penal [...]*”.³⁰

Portanto, a consolidação do moderno Direito Penal Internacional, que tem seu momento áureo logo depois da Segunda Guerra Mundial com a instalação do Tribunal de Nuremberg, só encontra respaldo da sociedade internacional na medida em que são criminalizadas certas condutas e instrumentalizados os mecanismos de responsabilização individual no âmbito internacional.

²⁹ JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 16.

³⁰ AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional – Bases para uma elaboração dogmática* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 42 e 43.

1.3 A SEGUNDA GRANDE GUERRA E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Os primeiros esforços das grandes potências européias no sentido de condenar atos internacionais de violência descrevendo-os como crime contra toda a humanidade provêm dos reflexos da Primeira Grande Guerra. Como marco desses esforços, encontra-se a declaração publicada em 18 de maio de 1915 pela França, Inglaterra e Rússia que denunciou os “*novos crimes da Turquia contra a humanidade e a civilização*” perpetrados contra os armênios e afirmou que os responsáveis pelas 600.000 mortes de armênios na Turquia deveriam ser pessoalmente julgados e punidos.³¹

Esta parece ser a primeira manifestação, por parte de grandes nações, de repúdio a uma tentativa de dizimação étnica que ofendia não somente os armênios, mas também todo e qualquer ser humano. Cria-se aí a noção de crimes contra a humanidade (que será aprimorada depois de 1945), em face da experiência aterrorizante pela qual a humanidade passou durante I Guerra.³² Desse modo, o desejo de punição aos agressores por parte da sociedade internacional, paralelo à falta de regulamentação para as sanções a tais crimes, gerou grandes controvérsias ao longo da Guerra e após o armistício.

Nos meses derradeiros da I Guerra, foram estabelecidas também comissões de inquérito, pelos governos aliados. As comissões russa e britânica ficaram investidas de poderes judiciários enquanto as comissões belga e francesa limitaram-se à produção dos inquéritos. O fracasso dos trabalhos das comissões reside no argumento de que elas não possuíam fundamentos jurídicos para servir de base para as incriminações e muito menos competência para julgar delitos cometidos fora de seus territórios.³³

Mas a comunidade internacional e os chefes de estado aliados nutriam grande repúdio para com os criminosos de guerra, sobretudo alemães, como explicam Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin:

[já antes do fim da I Guerra] [...] “a exigência de justiça [...] junta-se a uma vontade política determinada a promover na opinião pública a idéia de que o crime não poderia ficar sem punição. A condenação do inimigo aparece não apenas como reparação

³¹ JAPIASSÚ. *Op cit.*

³² Nunca antes a humanidade experimentara tamanha destruição. São contabilizados 9 milhões de mortos e mais de 20 milhões de feridos além de centenas de milhões de deslocados. Na I Grande Guerra, acentuação do fenômeno da democratização da guerra, que durante o século XIX passara a ser vista como causa nacional fazendo com que toda a população se envolvesse no conflito, e a utilização de instrumentos de alta tecnologia (como Submarinos e Aviões), potencializaram as capacidades de ambas as partes da Guerra. Foi com o confronto de 1914-1918 que pela primeira vez observou-se os crimes de guerra com significativa amplitude. (GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

³³ *Idem.*

dos sofrimentos, das destruições e das humilhações, mas também como a fase final da vitória, única força mobilizadora capaz de reunir energias partidas”.³⁴

Desse modo, “com as conferências preliminares de paz decidiu-se pela criação de uma Comissão destinada a estudar a responsabilidade dos autores da guerra, bem como dos indivíduos, referentes à violação dos costumes da guerra, com o objetivo de constituir-se um Tribunal apropriado para proceder ao julgamento de tais crimes”.³⁵ A Comissão sugere então a responsabilização do Kaiser Guilherme II por crimes de guerra.

A falta de meios materiais para se punir o chefe do Estado alemão e a recusa da Holanda em atender ao pedido de extradição do Kaiser feito pelos países aliados, impedem o julgamento de Guilherme II, mas, não obstante, inauguram o debate acerca da responsabilidade de indivíduos por delitos cometidos sob a égide da soberania do Estado.

Com o fim da Primeira Grande Guerra é criado pelos Estados aliados, a 1919, a Comissão on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the laws and Costume of War, que se encarregou de investigar o massacre armênio e recomendou que os militares turcos responsáveis fossem julgados segundo a noção de crimes contra a humanidade. No entanto, os Estados Unidos alegaram que tais crimes não existiam na ordem internacional, impedindo que o julgamento fosse levado a diante.

O malogro da Comissão on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the laws and Costume of War não impediu que, o Tratado de Versalhes de 1920 assinado entre as potências aliadas e a Alemanha contivesse em seu texto, mais precisamente em seu artigo 227 (já citado), a seguinte manifestação:

“As potências aliadas e associadas acusam Guilherme II de Hohenzollern, ex-imperador da Alemanha, por ofensa suprema contra moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados.

[...]

Um Tribunal especial será formado para julgar o acusado, assegurando-lhe garantias essenciais do direito a defesa. Ele será composto por cinco juízes, nomeados por cada uma das cinco potências, a saber: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão.

O tribunal julgará com motivos inspirados nos princípios mais elevados da política entre as nações, com a preocupação de assegurar o respeito das obrigações solenes e dos engagements internacionais, assim como da moral internacional. Caberá a ele determinar a pena que estimar que deve ser válida”.³⁶

³⁴ BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004, p. 13 e 14.

³⁵ GONÇALVES. *Op cit*, p. 32 e 33.

³⁶ *Idem*.

A falta de vontade política das potências aliadas e a recusa da Holanda em extraditar o Kaiser, considerado o principal réu do julgamento, acabou por impedir a aplicação do artigo 227 do Tratado de Versalhes e, novamente, uma tentativa de responsabilização individual. Além disso, o estabelecimento de um tribunal internacional para os criminosos de guerra alemães, previsto nos artigos 228 e 229, também malogrou, e fora concedida, então, ao Tribunal de Leipzig, competência excepcional para julgá-los. Ocorre que dos 21.000 acusados apenas 895 tiveram seus nomes entregues pelas forças aliadas para julgamento em Leipzig e desses, apenas 45 foram indiciados e apenas quatro julgados.³⁷

As discussões sobre a responsabilização ou não dos criminosos de guerra alemães como indivíduos, perante o Direito Internacional, são a herança mais grata da I Guerra em termos jurídicos, no ambiente internacional. Nesse caso é interessante lembrar que todas as regulamentações internacionais sobre os conflitos armados, em especial aquelas celebradas ao longo do século XIX (com o destaque para a IV Convenção de Haia de 1907), eximem os indivíduos de responsabilidades pelas infrações às convenções de guerra, outorgando ao Estado a culpa pelos delitos. Desta feita, “sanções penais individuais encontram-se ausentes nas Convenções de Haia. Ademais, nem mesmo havia sanções para reprimir as violações do disposto naquelas convenções”³⁸ [...], sendo assim, “os julgamentos e punições individuais por crimes de guerra ficavam a cargo do Estado a que pertencia o infrator, que o fazia de acordo com seu direito interno”.³⁹

Nesse contexto, o Tratado de Versalhes é o primeiro documento de grande aceitação da comunidade internacional a promulgar a necessidade de se responsabilizar o indivíduo por atitudes cometidas fora dos limites de seu Estado, o que seria não só correto aos olhos da população mundial, mas necessário para a criminalização tanto de atos cometidos em tempo de guerra quanto da própria guerra.

Nesse sentido, como elucidam Bazelaire e Cretin, o artigo 227 do Tratado de Versalhes constitui uma fonte fecunda para intensos trabalhos de reflexão, dos quais fazem parte um grande número de juristas de renome.⁴⁰ Observa-se uma intensificação da produção intelectual “nas universidades, nos círculos de reflexão e nas esferas políticas atentas à busca de soluções jurídicas próprias para garantir de forma durável a paz e o futuro das novas gerações”.⁴¹

É importante perceber que o momento entre-guerras é propício para a criação de *soluções jurídicas* para o problema dos criminosos de guerra. Esse fato adquire relevância a medida em que tornam-se evidentes os motivos muito mais políticos que jurídicos pelos quais estabeleceu-se a culpabilidade do Kaiser Guilherme II no Tratado de Versalhes.⁴²

³⁷ Os quais tiveram penas leves, sendo que dois fugiram das prisões alemãs logo depois. O povo alemão considerou os dois fugitivos heróis (BAZELAIRE, *Op cit.*)

³⁸ GONÇALVES. *Op cit.*, p.28.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Para alguns estudiosos do tema, como Bazelaire e Japiassú, o bom número de juristas que se dedicaram aos estudos de Direito Penal Internacional após 1919 é muito decorrente do fato de que boa parte deles fora testemunha dos horrores da I Grande Guerra.

⁴¹ BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004, p. 17.

⁴² GONÇALVES. *Op cit.*

A partir de então, a comunidade internacional encontrava-se estupefata com o poder de destruição do homem, e percebia que era necessário circunscrever as eventuais represálias feitas a criminosos de guerra, ao âmbito jurídico, evitando-se, ou pelo menos se pretendendo evitar, revanchismos e outros sentimentos de ordem política presentes no âmago do Tratado de Versalhes.

43

Tanto assim que em 1924 é fundada, na Universidade de Paris, La Sorbonne, a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), que cuida de estudar os problemas relativos à implantação de uma Corte Penal Internacional. Durante o I Congresso Internacional de Direito Penal, a AIDP propõe à Liga das Nações a criação de uma Câmara Criminal no Tribunal Internacional de Justiça. “Procura-se, então, o estabelecimento dos princípios de direito penal internacional e, principalmente, da responsabilidade penal internacional do indivíduo”.⁴⁴

Paralelamente ao desenvolvimento doutrinário, que começava a apresentar alguns pontos divergentes⁴⁵ em especial no concernente à criação da Corte Internacional de Justiça, desenvolveram-se, no entre guerras, principalmente no ambiente da Liga das Nações, esforços diplomáticos com o intuito de evitar as calamidades da I Grande Guerra.

Para tanto, uma série de documentos foram produzidos no sentido de declarar a ilicitude da guerra de agressão.⁴⁶ O primeiro passo nesse sentido foi dado pelo próprio Pacto constituinte da Liga das Nações, no qual os Estados contratantes assumem o compromisso de “aceitar certas obrigações de não recorrer à guerra”, ou seja, de recorrer a meios pacíficos para solução de controvérsias. O fato de o Pacto da SDN autorizar ainda duas modalidades de guerra, além de criar

⁴³ A respeito dessa reflexão o professor de direito penal francês, Henri Donnedieu de Vabres, que seria o juiz titular francês em Nuremberg, desenvolve a idéia de que a aplicação da lei penal estrangeira deve deixar de ser apenas uma questão de cortesia entre os Estados para se tornar simplesmente uma questão de direito e justiça. Assim, rompe-se com o ideal secular segundo o qual a ajuda mútua repressiva resulta tradicionalmente apenas de acordos feitos entre soberanos preocupados em fazer obra de alívio recíproco aceitando entregar seus inimigos pessoais. (BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004).

⁴⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal* – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.41.

⁴⁵ O projeto de criação de uma jurisdição penal internacional, nascida no contexto de uma tomada de consciência muito forte do fato internacional, leva os juristas a apresentarem convergências de pontos de vista quanto aos objetivos perseguidos, mas a se oporem no que diz respeito à sua definição. Parte deles considera que a jurisdição deve ser uma Corte autônoma criada por um convenção internacional, enquanto outros preferem a perspectiva de ser uma câmara especial dentro da Corte permanente de justiça internacional, órgão judiciário da Sociedade das Nações já existente. (BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004).

O projeto de constituição de uma Corte Permanente de Justiça Internacional, preparado pelo comitê consultivo da SDN, fora rejeita na Assembléia da Sociedade das Nações sob o argumento do princípio da legalidade. O fato é que faltava por parte dos Estados vontade política em abdicar de parte de sua soberania, submetendo-se a uma jurisdição internacional de natureza repressiva. Apesar da rejeição ao projeto, este servirá de inspiração para os preparatórios da Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

⁴⁶ Quincy Wright, um dos maiores especialistas em Direito Internacional à época das grandes guerras e conselheiro dos juízes americanos em Nuremberg, disse em 1924 que fizeram-se esforços para a eliminação da guerra por intermédio (1) da definição de responsabilidade pela criação da guerra; (2) da definição de autodefesa justificável; (3) do estabelecimento de sanções a serem impostas. (Wright, Quincy. *A Guerra* – Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1988, p. 156.)

obrigações apenas para os Estados-parte⁴⁷ do documento, deixava brechas para atitudes violentas dos Estados, fazendo com que a guerra ainda fosse considerada recurso legítimo na política entre as nações.

A impotência da SDN frente ao recurso de seus membros à guerra fez com que essas “brechas” deixadas pelo Pacto da Liga das Nações, merecessem apreciação no Protocolo de Genebra de 1924. Para tanto, o preâmbulo do Protocolo de Genebra declara que a “guerra de agressão constitui uma infração à solidariedade e um *crime internacional*”. Entretanto o pacto não foi ratificado pela principal potência da época, a Inglaterra, mostrando que, para os Estados àquela época, era pouco interessante a completa interdição ao recurso à guerra.⁴⁸

Merece destaque no plano regional, no que concerne ao esforço internacional para a criminalização da guerra, os acordos de Londres de 3, 4 e 5 de julho de 1933 que cuidava de conceituar agressão, e a VI Conferência Pan-americana, de 18 de fevereiro de 1928, que estabelecia a condenação à guerra como princípio geral, refletindo a opinião da população americana de que a guerra era ilícita.

Como elucida Gonçalves, o pacto de maior relevância no esforço de retirar da política internacional a guerra como meio legítimo, é o chamado Pacto Briand-Kellogg, assinado em Paris, a 27 de agosto de 1928. Nesse pacto, assinado pelas principais potências mundiais⁴⁹, os Estados propunham a perpetuação das relações pacíficas e amistosas então existentes renunciando à guerra, porém, não estabelecendo nenhum tipo de sanção ao Estado que infringisse os artigos do Pacto, configurando-o como uma declaração apenas. Os acontecimentos de 1939 tratariam de demonstrar que a simples declaração, por solene que fosse, “*não seria capaz de evitar nova e cruenta guerra*”.⁵⁰

Interessante notar que os fatos internacionais atestavam que as relações entre os Estados, e até mesmo os mecanismos jurídicos do período entre-guerras, refletiam posicionamentos belicosos e conflitantes, renegando a segundo plano projetos idealistas de estabelecimento de um sistema internacional baseado em leis e costumes que condenavam o recurso à guerra.⁵¹

Nesse contexto, não havia como se esperar que documentos internacionais relativos a direito penal internacional pudessem ir adiante. Não obstante, alguns esforços nesse sentido merecem menção. Dentre eles o mais relevante é o de barão Decamps, presidente do Comitê Consultivo instituído pela SDN para a preparação da redação do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional.

Embora bem aceita pelo Comitê, a proposta de Decamps de criação de uma jurisdição criminal internacional encarregada de conhecer o crime de agressão, os atos de violência criminal, os quais se constituíam em infrações ao direito das gentes, e os atos dirigidos contra a segurança internacional, os crimes contra a paz, foi rejeitada pela Assembléia da SDN, sob o argumento do princípio da legalidade. Novamente, alega-se um princípio geral de direito para justificar a decisão

⁴⁷ Vale observar que ao final da década de 1930 a maior parte das potências internacionais não fazia parte da SDN. Entre elas tem-se, Alemanha, EUA, Itália, Japão e Brasil.

⁴⁸ GONÇALVES. *Op cit.*

⁴⁹ A saber: Alemanha, EUA (que não haviam assinado o Pacto da Liga das Nações), Bélgica, França, Reino Unido, Itália, Japão, Polônia e Tchecoslováquia.

⁵⁰ GONÇALVES. *Op cit.*

⁵¹ *Idem.*

conveniente das potências em não aceitar abdicar de parte de sua soberania, submetendo-se a uma jurisdição internacional de natureza repressiva.⁵²

Ademais, para ilustrar os avanços no Direito Penal Internacional, tem-se o Congresso de Bruxelas, de 1926, capitaneado pela Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), onde foi apresentada a proposta de aperfeiçoamento da Corte Permanente de Justiça Internacional que recebeu capacidade repressiva para conhecer os casos de conflitos de competência entre jurisdições, assumindo o papel de Juízo de direito, e para julgar casos em que atuaria como Juízo de fato, tanto frente a Estado quanto em relação a indivíduos.⁵³

Destacam-se também, a Convenção de Genebra de 10 de novembro de 1937, pela criação de uma Corte penal internacional encarregada, entretanto, somente de julgar atos de terrorismo e, ainda assim, de caráter facultativo e as Convenções de Washington, de 1922, sobre o direito de guerra submarina, e a da Cruz Vermelha, de 1929.

Embora os esforços da doutrina tenham concitado debates e reflexões nos círculos políticos de tomada de decisão acerca da necessidade de construção de um Direito Penal Internacional atuante após o conflito de 1914-1918, e apesar de a reincidência no número de discussões sobre a constituição de uma Corte internacional de justiça refletir a consciência da comunidade mundial de que a experiência de I Grande Guerra demonstrara que tribunais de ordem interna não eram competentes para conhecer infrações ao direito das gentes, a inexistência de um aparelho de sanções a crimes internacionais, a dificuldade em se definir o conceito de agressão⁵⁴ e a ausência de responsabilização de indivíduos perante uma jurisdição supra-nacional e perante o próprio Direito Internacional, impediu o avanço prático do Direito Penal Internacional no período dos “vinte anos de crise”.

Para os homens de Estado do entre-guerras a guerra era uma alternativa usual e, acima disso, juridicamente plausível. O sistema internacional encontrava-se, portanto, em constante desequilíbrio entre o que era propalado nas declarações e o que era prática dos atores internacionais. Em outras palavras, era evidente o conflito entre o costume e outras fontes de Direito Internacional que procuravam regulamentar a conduta dos Estados.

É legítimo pensar, portanto, que os motivos pelos quais as atrocidades cometidas durante a mais violenta das guerras até então travadas não foram dirimidos após a assinatura do Tratado de Versalhes, e que a violência desse conflito não conseguira romper com suficiente profundidade os paradigmas humanos de direitos.

O Direito Internacional, que como todo direito “*não são um conjunto dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução*”⁵⁵, cuja

⁵² GONÇALVES. *Op cit.*

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Para Quincy Wright, agressor é o “Estado que tem o compromisso de não recorrer à força contra um outro estado e que recusa aceitar um armistício proposto com fundamento em dispositivo que aceitara para implementar o compromisso de não empregar a força”. E completa: “não pode existir agressor, em sentido legal, a não ser que exista um compromisso anterior de não recorrer à força”. (Wright, Quincy. *A Guerra* – Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1988, p. 156).

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008. Sobre esse tema, enuncia Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato

evolução acompanha as mudanças da sociedade mundial e que se aperfeiçoa conforme as necessidades humanas, não foi capaz de impedir que novas violações à dignidade humana fossem perpetradas em nome da razão de Estado, obnubilado que estava pelas prioridades das nações que se norteavam mais pelo realismo nas relações internacionais do que por valores humanos.

Segundo Quincy Wright:

“Todas as novas concepções [no direito internacional] não tinham exercido influência sobre a totalidade dos juristas e muito menos dos estadistas. Elas não tinham ainda credibilidade, por serem novas, seus desdobramentos não tinham sido convenientemente aprofundados, nem havia entidades em condições de impô-las.

*Embora fosse observado um esforço para aperfeiçoar as sanções do direito internacional pelo esclarecimento de suas prescrições, pelos processos de julgamentos, pela orientação da opinião pública e pelo alerta à comunidade mundial sobre as ameaças e seus postulados, o direito internacional nesse período não criou expectativas de que suas normas seriam observadas e postas em execução. Os estadistas estavam convencidos de que o Estado, robustecido pelo prestígio e pelo poder militar tinha um status superior ao Estado escudado por poderes e direitos legais. Os poderes e direitos legais tinham valor, mas não suplantavam o prestígio e o poder militar”.*⁵⁶

É nesse cenário jurídico-político e cultural que o mundo acompanha o delinear do jogo de poder que deflagraria a II Grande Guerra. A revelação dos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial trouxe ao mundo o conhecimento do que parecia ser a própria iniquidade humana. Na essência das estratégias de guerra nazista estava o total desprezo ao ser humano que passara a ser visto como empecilho aos sentimentos “sagrados” da raça ariana. Nesse cenário, o genocídio é empreendido como projeto político industrial, prevalecendo a não consideração acerca da pessoa humana, apenas o compromisso com o projeto nacional.⁵⁷

Para entender o nível da ruptura que a Segunda Grande Guerra logrou com relação ao que se conhecia como violência humana e as conseqüências disso para a construção de um novo tempo no Direito Internacional, faz-se mister conhecer alguns fatos pontuais.

Amostras do que viriam a ser os horrores da Segunda Grande Guerra foram dadas mesmo antes da deflagração do conflito em si. Já aliado de Hitler, Mussolini conduziu a Itália a uma guerra covarde com os etíopes que, descalços e armados de lanças, foram tripudiados pelos

de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos”. (SACHS, Ignacy, *Direitos Humanos no século XXI*, p. 156). Ademais, elucida Fábio Konder Comparato: “Se o direito é uma criação humana, o seu valor se deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da quais as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Cultura dos Direitos Humanos* – p. 53)

⁵⁶ WRIGHT, Quincy. *A Guerra* – Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1988, p. 159.

⁵⁷ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* – São Paulo: Saraiva, 2008.

italianos. Estes últimos, falavam sobre o quão divertido era o “esporte” de atingir com um tiro um etíope desarmado e ver as feridas de bala “abrirem-se como flores”.⁵⁸ Pouco depois do conflito no continente africano, uma França arrasada pela corrupção e fraca e a Inglaterra, depois da abdicação de Eduardo VII, severamente abalada, observaram um massacre popular, perpetrado pelo General Franco contra seus próprios compatriotas espanhóis, auxiliado militarmente por Itália e Alemanha, que consolidava o desenho de alianças do Eixo na Segunda Guerra Mundial.

Na Segunda Grande Guerra, a democratização da guerra chega ao seu ápice. A guerra entendida como causa popular de luta pela afirmação nacional e fomentada por discursos ideológicos transformou conflitos totais em “guerras populares”. Tanto pelo fato de os civis e a vida civil terem se tornando os alvos estratégicos certos, e às vezes principais, quanto porque em guerras democráticas, como na política democrática, os adversários são demonizados para fazê-los devidamente odiosos ou ao menos desprezíveis. Nesse sentido, tem-se a impressão de que a II Guerra inaugura um perfil novo de conflito, diferente dos conflitos anteriores em que as guerras eram travadas entre profissionais, ou especialistas, cujo nível social e de instrução semelhante não excluía o respeito mútuo e a aceitação de regras. Mas as guerras do século XX estavam muito longe do padrão dos séculos XVIII e XIX, nenhuma guerra em que se mobilizam os sentimentos nacionais de massa pode ser tão limitada quanto as guerras aristocráticas.⁵⁹

Outro fenômeno peculiar da Segunda Grande Guerra é a então nova impessoalidade da guerra, que tornava matar e estropiar uma consequência remota de apertar um botão ou virar uma alavanca. Atrás dos canhões de ambos os lados do conflito encontravam não soldados, mas estatísticas. Embaixo dos bombardeiros aéreos não estavam pessoas, mas alvos. Muitos dos soldados que com facilidade apertavam o gatilho ou jogavam bombas arrasando cidades inteiras, provavelmente não seriam capazes de matar caso a ocasião lhes obrigassem a encarar a vítima.⁶⁰

Fatos como esses contribuíram para que os 10 milhões de mortos da Primeira Guerra fossem mais assustadores para os combatentes e comandantes envolvidos do que o sacrifício de 54 milhões de vidas da Segunda Guerra. A impressão que se tira disso é que matar um ser humano na II Guerra era mais simples, rápido e comum. Diante disso, as violações à dignidade da pessoa humana eram tão impensáveis, que não existiam tipificação desses crimes no Direito Internacional.⁶¹

Assim, o mundo acostumou-se à matança e a expulsão compulsórias em escalas inescrutáveis: 13 milhões de alemães foram expulsos das partes da Alemanha ocupadas pela Polônia e pela URSS, da Tchecoslováquia e partes do sudeste europeu onde haviam sido assentados; 11.332.700 “pessoas deslocadas” de várias nacionalidades encontradas na Alemanha ocupada em 1945, 10 milhões retornaram a seus países, embora a metade destas tenha sido obrigada a fazê-lo contra sua vontade.⁶²

Soma-se a isso a iniquidade, em especial, do nazismo. A própria ideologia em si era extremamente violenta, pregando explicitamente o desrespeito a toda e qualquer pessoa que não

⁵⁸ HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos* – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ HOBBSAWM. *Op cit.*

⁶¹ GONÇALVES. *Op cit.*

⁶² HOBBSAWM. *Op cit.*

fosse sensível ao seu projeto de poder e supremacia racial. Como escrevem Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin, essa crueldade nazista *“não está mais na escala do homem, mas do que está fora do homem, na medida do aparelho de laboratório ou da máquina industrial. A própria crueldade de Nero e Calígula tinha pelo menos conservado um vínculo com os homens que eles eram, com sua carne brutal e sua sensualidade pervertida; reconhecia-se ainda no crime os escombros do homem”*.⁶³

Todos esses fatores contribuíram para fazer da Segunda Grande Guerra o mais profundo ataque ao estado de direito, às normas internacionais e à pessoa humana. Em que pese o fato de que as potências aliadas ignoraram inúmeros avisos dados pelos acontecimentos preliminares à Segunda Guerra, foi somente a partir do momento em que foi ameaçado o equilíbrio de poder na Europa que os países Aliados pronunciaram-se sobre a gravidade das violações perpetradas pelos países do Eixo.

Seguiu-se então uma série de pronunciamentos e declarações de chefes de Estado, alguns inclusive destituídos do poder pelo exército de Hitler, que viriam a ser os primeiros passos para a criação de um Tribunal Militar Internacional que julgaria os criminosos de guerra e se configurariam mais tarde como base teórica para a redação do Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Tais declarações refletiam a ojeriza da comunidade internacional aos crimes de guerra e as violações dos direitos das gentes, tão comuns durante o conflito.

Merecem destaque algumas dessas declarações de princípios contra a conduta do Eixo. Dentre as primeiras encontra-se a declaração conjunta feita por Roosevelt e Churchill, de 27 de Outubro de 1941 que afirmava ser necessária uma condenação dos responsáveis pelas atrocidades nazistas.⁶⁴ Um mês depois a URSS junta-se aos EUA e à Inglaterra em sua declaração conjunta.

Em 6 de Janeiro de 1942 o ministro russo das relações exteriores, Molotov, divulgava a seguinte nota que se tornaria, mais tarde, base para a estruturação do primeiro encargo de acusação em Nuremberg:⁶⁵

“Fatos irrefutáveis provam que o regime de pilhagem e de terror sanguinário contra a população não combatente das cidades e vilas ocupadas tem sua origem não

⁶³ BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004, p. 20.

⁶⁴ Segue-se trecho assinado por Roosevelt da declaração supracitada : “A execução de quantidades de inocentes em represália a ataques isolados contra os alemães, contitui-se pratica nos países temporariamente ocupados pelos nazistas. Isto revolta o mundo já endurecido pelo sofrimento e pela brutalidade. Os povos civilizados têm, desde há muito tempo, adotado o principio basilar de que ninguém será punido por fato cometido por outrem. Na impossibilidade de deter os responsáveis por tais ataques, os nazistas massacram 50 ou 100 inocentes. Aqueles que optarem por colaborar com Hitler, não podem esquecer essa ferrenha advertência. Os nazistas deveriam ter aprendido com a última guerra que é impossível suprimir o espírito humano pelo terror. Mas, ao contrário, instituíram seu espaço vital e sua “Nova Ordem” por meio do pavor, um terror súbito que ultrapassa tudo que eles mesmos haviam feito anteriormente. O terror não poderá jamais trazer a paz à Europa. Não obstante, este pavor semeia os grãos de um ódio que um dia conduzira a um castigo terrível”. Nota-se pela declaração de Roosevelt apenas uma condenação moral. Ao passo que Churchill é mais preciso em suas conclusões : “Estas execuções de inocentes, feitas a sangue frio, recairão sobre os selvagens que lhas ordenaram e seus executores. A punição para esses crimes deve estar permanentemente entre os objetivos maiores da guerra.” (GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 62 e 63).

⁶⁵ Trata-se do encargo de plano elaborado de agressão, o complô. (GONÇALVES. *Op cit.*)

somente nos excessos dos oficiais e soldados tomados individualmente, mas em um sistema bem definido, elaborado com antecedência e aplicado pelo governo alemão e pelo Alto Comando Alemão, os quais encorajaram entre os soldados e oficiais de seu exército os instintos mais brutais”.

No mesmo ano, Molotov publica nova nota na qual exige *“a punição merecida por todos os crimes sem precedentes perpetrados contra os povos da URSS e contra todos os amantes da liberdade”*, declaração até então mais contundente, de representante das potências aliadas, quanto à necessidade de punição extra campo de combate.

Houve também uma importante declaração assinada pelos representantes dos países ocupados⁶⁶ da Europa, a 13 de janeiro de 1942, na qual se referiam à punição dos criminosos de guerra. Baseados na Convenção de Haia de 1907, que proibia *“as potências beligerantes de cometerem atos de violência contra as populações civis dos países ocupados, o desprezo às leis do país e a destruição das instituições nacionais”*, os representantes dos nove países anunciaram:

*“Entre os objetivos bélicos principais dos aliados figura o castigo dos responsáveis por estes crimes, sem ter em conta se os acusados deram a ordem, executaram-na eles mesmos ou participaram de um modo ou de outro nestes crimes. Estamos decididos a procurar que, a) os culpados e os responsáveis, qualquer que seja sua nacionalidade, sejam detidos, julgados e condenados; b) que essas condenações sejam cumpridas”.*⁶⁷

Em 7 de outubro de 1942 foi fundada em Londres, com a participação de 17 nações, a Comissão Interaliada para Crimes de Guerra, com a missão de reunir provas e testemunhas e formar listas dos criminosos de guerra das potências do Eixo.

Posteriormente denominada United Nations War Crimes Commission (UNWCC), era constituída inicialmente por representantes da Austrália, Bélgica, Canadá, China, Estados Unidos, França, Grécia, Grã-Bretanha, Holanda, Índia, Iugoslávia, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Tchecoslováquia e União Sul-Africana, e tinha um escopo de atuação semelhante à Commission on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the laws and Costume of War, de 1919. Através dessas instituições e das declarações, *“os governos exilados passam a influenciar os Aliados para o estabelecimento de um sistema de sanções”*.⁶⁸

A intenção de julgar os criminosos de guerra do Eixo foi anunciada várias vezes pelo sistema de comunicação das potências aliadas. O primeiro comunicado de 18 de dezembro de 1942 destacava como um dos principais crimes *“o extermínio sistemático da população judaica realizado*

⁶⁶ A saber: Bélgica, França, Holanda, Grécia, Iugoslávia, Luxemburgo, Noruega, Tchecoslováquia e Polônia.

⁶⁷ GONÇALVES, Joannisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 67.

⁶⁸ *Idem*.

na Europa pelas autoridades nazistas". O segundo comunicado, de 5 de janeiro de 1943, referia-se ao processo criminoso de "expropriação de bens particulares nos países ocupados".

Na declaração de 6 de agosto de 1942, são fixados pelo governo britânico, que mais tarde recebeu o apoio de norte-americanos e soviéticos, os princípios da repressão.⁶⁹

Porém, é na Declaração de Moscou que são estabelecidos os princípios norteadores dos julgamentos de criminosos de guerra (adotado inclusive pela ONU), figurando como marco preparatório para a formação do Tribunal de Nuremberg. Publicada a 1 de novembro de 1943 pelos representantes de EUA, URSS e Reino Unido:

"[...] Ao acordar qualquer armistício com qualquer governo que possa ser estabelecido na Alemanha, os oficiais e praças alemães e membros do Partido Nazista que sejam responsáveis pelas atrocidades, massacres e execuções descritas acima ou nelas tomaram parte consentânea, serão conduzidos aos países onde seus abomináveis atos foram cometidos, a fim de que possam ser julgados e punidos conforme as leis destes países libertados e dos governos livres que ali sejam estabelecidos.

[...] Que aqueles que até o momento não banharam as mãos no sangue dos inocentes resguardem-se de reunir-se ao rol dos culpados, porque podemos afirmar que as três potências aliadas lhes perseguirão até as mais longínquas regiões da terra e irão enviar-lhes de volta a seus acusadores a fim de que seja feita a justiça.

Esta Declaração é feita sem prejuízo dos casos dos principais criminosos de guerra, cujos delitos não tenham definição geográfica particular e que serão castigados por decisão comum dos governos aliados".⁷⁰

Considera-se aí, portanto, dois modos de repressão. O primeiro deles dizia respeito à repressão local, na qual os criminosos seriam julgados por crimes cometidos dentro de um determinado território e que, por tal motivo, receberiam os julgamentos das autoridades do lugar onde havia sido praticado o delito, sob as normas do ordenamento jurídico daquele Estado.

A outra forma de repressão daria-se no âmbito internacional e seria arquitetada e executada pelo que acordassem EUA, URSS e Reino Unido. Trata-se da condenação dos "grandes criminosos de guerra", cujos crimes não tinham definição geográfica e que se encontravam, majoritariamente, nos altos escalões do Partido Nazista.

Para completar os acontecimentos precedentes ao Tribunal de Nuremberg, cumpre destacar as Convenções de Armistício assinados entre os países ocupados (Finlândia, Hungria, Bulgária e Romênia) e os Aliados, nas quais aqueles se obrigavam a auxiliar esses últimos na captura e julgamento dos criminosos de guerra. Ademais, houve um esforço por parte dos Aliados no sentido de impedir, por vezes com pedidos, por vezes com ameaças, que países neutros

⁶⁹ GONÇALVES. *Op cit.*

⁷⁰ *Idem.*

concedessem refúgio para os criminosos, a fim de evitar algo parecido com o que ocorrera ao fim da I Guerra com o Kaiser Guilherme II.

Já com a guerra tendo chegado a seu termo, o governo norte-americano toma a iniciativa de propor aos demais Aliados a instauração de um tribunal, nos moldes do descrito na Declaração de Moscou, para julgar os criminosos de guerra da Alemanha derrotada. A 8 de agosto de 1945 é acolhida a proposta americana pelos demais vencedores que, pela Declaração de Londres, se comprometiam a “perseguir e punir os principais criminosos de guerra do Eixo na Europa”.

Desse documento histórico resulta o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, marco da codificação da lei penal internacional e texto base para o Direito Penal Internacional do pós-guerra, e resultado de inúmeras necessidades criadas por toda história da civilização e das relações internacionais e, em certa medida, reinventadas durante o maior conflito de que se tem notícia.

O juiz Robert Jackson, Juiz Adjunto da Suprema Corte norte-americana encarregado por seu governo de redigir e apresentar a proposta de criação do Tribunal de Nuremberg, resume o sentimento prevalecente naqueles momentos:

“Pela primeira vez , quatro grandes nações entram em acordo, não somente sob o princípio da responsabilidade por crimes de guerra e outros delitos, mas também, pelo princípio da responsabilidade individual por crimes cometidos contra a Paz [...]. Se pudermos cultivar por todo o mundo a idéia de que fazer uma guerra de agressão conduz ao banco dos réus mais que às honras, teremos alcançado um grande progresso no que se refere à segurança e à paz”.⁷¹

O Tribunal de Nuremberg é criado em um ambiente extremamente avesso a acordos a manifestações de fraternidade entre os povos que em geral precede a cooperação internacional. As vicissitudes do processo de criação e do Estatuto do mais importante Tribunal para a construção do moderno Direito Penal Internacional serão tratadas com mais detalhamento no capítulo seguinte.

⁷¹ GONÇALVES. *Op cit.*

Capítulo 2 - NUREMBERG: A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

2.1 MOTIVOS PARA A INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL

É despidendo dizer que, mais do que a Primeira, a Segunda Grande Guerra foi global. Quase todos os Estados independentes do mundo se envolveram no conflito. Mais do que isso, o segundo conflito mundial foi lido e ouvido por seus contemporâneos, atestando o poder e o desenvolvimento da mídia, principalmente do rádio. As notícias da Guerra eram tão corriqueiras que preenchiam quase que totalmente as páginas dos jornais da época. A partir dessas reportagens é possível notar o quão dinâmica fora a Guerra e o alcance que ela teve: era tão comum ouvir ou ler notícias sobre campos de batalhas nas ilhas melanésias ou assentamentos nos desertos norte-africanos, ou mesmo na Birmânia e nas Filipinas, quanto ouvir sobre batalhas na Rússia ou na França. Como diz Eric Hobsbawn: “A Segunda Guerra Mundial foi uma aula de geografia do mundo”.⁷²

O mundo conhecia a guerra e sabia do que estava sendo feito dentro e fora dos campos de batalhas. A sociedade mundial como um todo nutria grande pavor pelas atrocidades cometidas no conflito e o julgamento dos criminosos de guerra do Eixo parecia não só desejável como necessário. À medida que eram reveladas as atividades nazistas, principalmente nos campos de concentração, melhor o mundo compreendia que somente a derrota bélica do nazismo não era suficiente para evitar novos conflitos nessas proporções e novos ataques indiscriminados a civis. A condenação jurídica era também parte da vitória.

Os motivos sociais e políticos para a instauração de um Tribunal internacional ao final da II Guerra são vários. Para o historiador Tony Judt, mais do que uma exigência jurídica, a Europa e o mundo exigiam satisfações de toda sorte.⁷³

Para a maioria dos europeus, a Guerra não fora uma rotina de manobras e estratégias, mas uma rotina de humilhações e degradações constantes. Como demonstra a história, durante a guerra, a maioria dos Estados nacionais da Europa fora impotente diante da força estrangeira e incapaz de assegurar proteção a seu cidadão. Os europeus foram invadidos, humilhados, tiveram suas famílias e cidades destruídas, por um estrangeiro; e foram libertados por outro. Não havia motivos para orgulho nacional ou algo que concitasse sentimentos comuns de respeito às instituições ou autoridades nacionais.

Diante desse cenário o pouco de resistência nacional aos invasores fora oferecida por milícias que, muitas vezes, após o armistício, rivalizavam pelo controle do Estado libertado. Em vários países não seria suficiente que os Aliados destituíssem do poder os fantoches de Hitler e recolocassem os antigos governantes, pois, para o cidadão destes lugares, não havia diferença na legitimidade entre um chefe de Estado levado ao poder por um ou outro invasor.

⁷² HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos* – São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 56.

⁷³ JUDT, Tony. *Pós-Guerra: Uma História da Europa desde 1945* – São Paulo: Objetiva, 2008.

Era preciso revestir as ações estabilizadoras dos Aliados após o armistício com uma certa áurea de legitimidade e justiça. Sem algum evento internacional que mostrasse ao mundo, e especialmente à Europa, que as atitudes Aliadas eram perfeitamente corretas e legais e que, portanto, as revestisse de legitimidade para interferir na ordem política interna de algum Estado com respaldo da população, seria praticamente impensável o restabelecimento da ordem em alguns territórios antes ocupados pelos nazistas e agora dominados por milícias.⁷⁴

Ademais, o fato de as crueldades da guerra terem alcançado um número tão grande de pessoas e de o recurso da limpeza étnica ter sido usado com tamanha amplitude sobre um povo que possuía representantes em praticamente todos os países do mundo – por vezes ocupando cargos de elevada importância dentro de Departamentos de Estado, como acontecia nos Estados Unidos e em outros países Aliados, por exemplo – amplia significativamente a capacidade de reivindicação das vítimas do conflito.

É inteligente pensar que diante dos sofrimentos pelos quais passaram as vítimas da II Guerra não seria para elas suficiente que os alemães sofressem apenas uma derrota militar.⁷⁵ Para toda pessoa que tem sua dignidade aviltada, sua família desmantelada e seus concidadãos humilhados é natural ver os perpetradores de suas desgraças como criminosos que merecem punição fora dos campos de batalha e não apenas como soldados que cumpriam ordens ou generais representantes dos desígnios estratégicos de alguma potência.

A massa de vítimas era com certo grau de fidelidade representada por entidades que trabalhavam junto aos países vencedores da guerra, mas tinham como maiores e mais poderosos parceiros em seu drama os governos exilados dos países ocupados. Estes últimos, como já foi mencionado no capítulo precedente, pronunciaram conjuntamente, por várias vezes durante a guerra, a necessidade de julgamento dos criminosos de guerra do Eixo.

A pressão desses governos no exílio influenciará enormemente as quatro potências vencedoras da guerra para a instauração de um Tribunal Militar internacional ao fim do conflito. Inicialmente o ambiente político interno tanto dos Estados Unidos quanto do Reino Unido não favorecia a idéia de julgar os nazistas.

Muito pelo contrário, os líderes de ambos os países compreendiam a necessidade de tomarem medidas contra os líderes alemães após o fim da guerra e percebiam o quão urgente era a “desnazificação” da Alemanha, mas a proposta de organizar um julgamento da amplitude que a Guerra requiritava não agradava nem a Churchill nem a Roosevelt no início dos anos 1940.

Dentro dos Estados Unidos, como exemplo, os círculos de poder demoraram para perceber que o fim da II Guerra pedia providências imediatas das potências vencedoras para além dos campos de batalhas, e tiveram na figura do Secretário do Tesouro, Henry Morgenthau Jr., o mais proeminente defensor de medidas enérgicas contra os derrotados alemães após o

⁷⁴ JUDT. *Op cit.*

⁷⁵ A noção de que era necessária uma reprovação no âmbito legal era tão clara à época do fim da II Guerra que mesmo os nazistas manifestaram sua intenção de julgar os criminosos de guerra Aliados.

armistício. Para ele era inconcebível que a nação que provocou, em um quarto de século, as duas piores guerras que a humanidade já assistira, passasse incólume após a derrota militar.⁷⁶

Desse pensamento nasceu o “plano Morgenthau” que tratava de propor um sistema de “desnazificação” e desmilitarização completa da Alemanha, de extermínio dos grandes criminosos de guerra e de deportação maciça de nazistas para lugares remotos do globo. Em oposição a Morgenthau o Departamento de Guerra, na figura de seu Secretário Stimson – proeminente político que gozava de enorme prestígio tanto por parte de republicanos quanto por parte de democratas, redigiu vários memorandos em que criticava veementemente o “plano Morgenthau”.⁷⁷

Dentre as falhas de Morgenthau assinaladas por Stimson, estão o plano de desindustrialização, pensado por aquele, que tendia a destruir não só a economia alemã como também a maior parte da economia européia e ameaçar de fome milhões de alemães – afirmando que “repressão econômica não tende a impedir nova guerra, mas a gerá-la”, e a proposta de execução sumária dos líderes nazistas. Para Stimson essa última proposta não condizia como o objetivo de toda e qualquer medida dos Aliados na Alemanha derrotada, a saber: “proteger o mundo contra a reincidência, por parte da Alemanha, em tentativas de dominar a todos”.⁷⁸

Nas palavras de Stimson:

“o próprio fato de que esses homens serão punidos de uma maneira digna, de uma maneira coerente com o estado de civilização em que nos encontramos produzirá maior efeito na posteridade. [...] Inclino-me a acreditar em que, pelo menos no que diz respeito aos mais importantes funcionários nazistas, deveríamos participar de um Tribunal internacional instituído para julgá-los”.⁷⁹

É interessante ressaltar que o fuzilamento sumário dos líderes nazista era medida defendida pelo Reino Unido, na figura de Churchill e seu Secretário da Guerra, Simon. A proposta, porém, desagradava Stálin que entendia serem necessárias algumas formalidades que afastassem a possibilidade de que fossem ele, Roosevelt e Churchill acusados de terem assassinado a cúpula nazista por motivo de vingança pessoal.

Qualquer que fosse o plano do Departamento de Guerra dos Estados Unidos, desde que envolvesse um julgamento, seria mais adequado do que as idéias de Morgenthau e Churchill. Entretanto, havia algo que incomodava e muito o presidente americano. O que causava certa recusa a uma alternativa ao “plano Morgenthau” por parte do presidente Roosevelt era a desagradável possibilidade de que os Estados Unidos se atolassem numa cadeia infinita de julgamentos.⁸⁰

⁷⁶ SMITH. *Op cit.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁷⁹ SMITH. *Op cit* p 43.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 29.

O que fez Roosevelt mudar de idéia? As circunstâncias. O que fez Churchill mudar de idéia? O fato de os EUA terem mudado antes.

Sobre as circunstâncias, estas são várias. Primeiramente, os homens do Departamento de Guerra dos Estados Unidos compreendiam que se tratava de uma satisfação a dar a comunidade internacional baseada no Direito Internacional que produzisse sensação de justiça e que, portanto, demandava-se uma condenação de todos os atos nazistas: “não seria coisa capaz de pacificar todos os grupos e nacionalidades perseguidos julgar apenas uma fração dos atos nazistas. Impunha-se imprimir um caráter coletivo aos crimes e aos criminosos, para restaurar algum sentido de ordem e justiça”.⁸¹ Pensando assim, os americanos rejeitaram a idéia alimentada por Morgenthau sobre execuções sumárias: ninguém ficaria contente com umas poucas liquidações feitas à surdina.

Além disso, as execuções sem julgamento não resolveriam o problema dos delinqüentes nazistas de segundo escalão e não seria coerente com os ideais jurídicos norte-americanos.

Mas o que mais colaborou com a mudança de mentalidade do presidente americano foram as conseqüências do vazamento do “plano Morgenthau” à imprensa. Segundo se apura, a novidade foi utilizada por Josef Goebbels, mestre da propaganda nazista, durante os meses derradeiros da Guerra para alentar a resistência do povo alemão, “pintando com cores sinistras um quadro da miséria que o plano do secretário de Roosevelt provocaria na Alemanha derrotada”.⁸² Quando os aliados passaram a progredir mais devagar, a imprensa norte-americana acusou o plano de Morgenthau de colaborar indiretamente na incitação que Goebbels empreendeu nos sentimentos dos soldados alemães.

Isso sepultou de vez as forças do plano de Morgenthau, abrindo espaço para a proposta do Departamento de Guerra de instalação de um Tribunal internacional. Os primeiros desafios ao texto que instituiria o Tribunal de Nuremberg surgem da dificuldade de assimilar como crimes de guerra atos nazistas cometidos antes da guerra. Essa assimilação, exigida principalmente pelos governos aliados exilados, configura-se como um dos passos mais importantes dados pelos arquitetos de Nuremberg. Trata-se de tipificar atos internacionais que não são cometidos em tempos de guerra, mais que são igualmente ofensivos ao ser humano.

Destarte, era exigência dos países aliados menores que a própria deflagração da guerra fosse considerada crime pelo Tribunal internacional a ser criado. A despeito da objeção do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que argumentava que julgar os alemães por iniciarem uma guerra ou por atacarem seus concidadãos, violaria o princípio de direito segundo o qual só é possível julgar algum ato que no momento em que foi praticado era considerado crime (princípio da reserva legal ou da legalidade), era do agrado de vários dos secretários americanos que a guerra de agressão fosse criminalizada.

Com norte-americanos e soviéticos partidários da idéia de criação de um Tribunal internacional que julgasse os criminosos de guerra alemães, não havia como os britânicos

⁸¹ SMITH. *Op cit.*

⁸² *Ibidem*, p. 32.

sustentarem proposta contrária. Além disso, o projeto do tribunal apresentado pelos americanos nas conferências de Moscou e Teerã em 1943 e de Yalta e Potsdam em 1945 parecia ser ideal para que nenhum dos aliados mergulhasse num mar de julgamentos sem fim e para que todos os objetivos fossem alcançados.

Tais objetivos são, sem se limitarem a isso, qualificar como crime atitudes nazistas – fossem praticadas em tempo de guerra ou não – e criar o precedente no Direito Internacional de punição individual a homens que antes poderiam ver seus atos escusados pela lógica da razão de Estado. Pode-se também considerar os motivos políticos e sociais já citados que, com o passar do tempo e à medida que era dispersa a nuvem que encobria a Europa, se tornavam evidentes e importantes.

A partir desses dados, começa-se a entender o ambiente da criação do Tribunal de Nuremberg. É impossível não notar que as tratativas para a redação do Estatuto do Tribunal aconteciam em um ambiente repleto de sentimentos que sem sombra de dúvida tiveram participação decisiva na teoria e na prática em Nuremberg.

Esses sentimentos vão desde ojeriza e repulsa às brutalidades perpetradas pelos nazistas, até a nítida sensação de que estava ali a possibilidade real de municiar a comunidade internacional contra afrontas vindouras. Por conta dessas e de outras particularidades o Estatuto do Tribunal de Nuremberg apresentou uma série de inovações que merecem apreciação.

Ao contrário do que geralmente se pensa o fato de ter sido instituído um tribunal, ao fim de um conflito armado, que intentasse julgar e punir oficiais de alta patente da parte derrotada após a Segunda Guerra Mundial não é de forma alguma inovação de Nuremberg. A história está cheia de exemplos de vencedores julgando vencidos por suas atitudes durante o conflito.

Há registros desse tipo de acontecimento já na Grécia antiga. Relatos antigos dão conta de que uma expedição de povos gregos na Sicília, dirigida por Atenas, julgou os generais do exército inimigo que, a despeito da eloqüente intervenção feita em sua defesa, foram sentenciados à morte. Além do mundo grego, a Roma antiga vivenciou manifestações dessa ordem, não configurando-se, porém, sob nenhum aspecto, como atos de justiça, apenas como uma atitude política.

Na Idade Média o imenso poder da Igreja vinculava as atitudes dos Príncipes à suas premissas. Nesse ambiente, o papa funcionava como juiz e júri capaz de condenar nações inteiras pelos atos do príncipe. É aí que surge o embrião da idéia de uma instância judiciária superior aos Estados.

Já na Idade Moderna, tem-se um novo precedente de julgamento do vencido pelo vencedor. Em 1474, *sir* Peterr of Hagembach, governador da cidade de Breisach, implantou em seu território um período de terror. Após cair em poder da Áustria, o governador foi julgado por juizes austríacos e de cidades aliadas.⁸³

Nessa época, o fim do feudalismo e a decadência do poder eclesiástico centralizador, bem como com o fortalecimento do poder real e a formação das Nações modernas, inspira vários teóricos que se incubem de refletir sobre os crimes de guerra e sobre a idéia de punição

⁸³ FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg* – Rio de Janeiro: Mandamentos, 2002.

aos criminosos. Dentre eles destacam-se Francisco de Vitória (1480-1546), Francisco Suarez (1548-1617) e Hugo Grotius (1583-1640), este último tido por muitos como o fundador do Direito Internacional.⁸⁴

É certo que os esforços dos doutrinadores, por mais louváveis que fossem, não poderiam angariar admiradores em um momento histórico em que se afirmava o poder do príncipe e se estabelecia as bases para a criação dos estados-nação modernos.

Destarte, esses julgamentos de tempos históricos passados, diferentemente dos Tribunais militares do fim da II Guerra, não se configuravam como justiça penal internacional, uma vez que não eram preceitos do Direito Internacional que fundamentavam esses tribunais, mas as regras e necessidades do vencedor que usava do ambiente de um Tribunal apenas para continuar com outras formas as humilhações aos vencidos. Pensando assim, nenhuma atitude ou proposta que o ser humano já fez em todo o curso da história da civilização ocidental se assemelha ao que foi engendrado em Nuremberg.

Fato é que há conseqüências lógicas do raciocínio que aqui propusemos expor. Uma dessas é que Nuremberg não foi um circo de vencedores preocupados apenas em vingarem-se dos vencidos.

Atesta-se isso com a importante consciência dos arquitetos de Nuremberg de que esta seria a chance para a responsabilização individual no Direito Internacional que criaria uma nova noção do direito das gentes, avesso à ataques ao ser humano e à impunidade. Essa consciência é evidenciada exatamente na natureza das pronúncias.

2.2 O ESTATUTO DO TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL

O Estatuto do Tribunal Militar Internacional foi primeiramente pensado para julgar criminosos de guerra por crimes de guerra. Para tanto, buscou-se as Convenções de Haia de 1899 e 1907, o Protocolo de Genebra de 1925 e as Convenções de Genebra de 1929.

De todos os pontos da pronúncia, tratada pelo artigo 6º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, os crimes de guerra foram aqueles há muito proibidos internacionalmente e que possuíam legislação internacional a seu respeito. Entretanto, essas normas internacionais não previam qualquer sanção para os indivíduos, referindo-se apenas à responsabilização dos Estados, o que poderia significar uma ameaça ao direito ao devido processo legal caso fossem considerados nos processos individuais, uma vez que estes sequer eram previstos pelas normas internacionais.

Por crimes de guerras (C), a acusação denunciou 18 dos réus como culpados por violar as leis de guerra tradicionais, uma vez que haviam cometido atos como a imposição de maus-tratos aos prisioneiros, assassinato e destruição de cidades e vilas não justificada por necessidade militar.

⁸⁴ FERRO. *Op cit.*

É possível compreender o porquê desse ponto ter servido de base de argumentos tão profícua para críticas ao fato de Nuremberg ter sido arquitetado e coordenado pelos vencedores da guerra: as violações às leis de guerra foram nitidamente perpetradas pelos dois lados do conflito, e o julgamento de uma parte pela outra parecia sustentar que a vitória completa isenta o vitorioso das obrigações impostas pelas regras.

Era necessário perceber que a vitória dos Aliados tornar-se-ia também a vitória do mundo contrário ao ambiente baseado no terror que os nazistas procuraram impor. Nesse sentido, em se pensando além dos parâmetros jurídicos, era *sine qua non* para os objetivos do Tribunal que fossem promulgados os princípios do Direito Internacional Humanitário, da forma que se mostrasse possível.

Mas não foi somente nesse ponto da pronúncia que foram manifestadas mudanças severas nos parâmetros do Direito Internacional.

Os males da guerra foram ampliados de forma absurda pela Segunda Grande Guerra. Grande parte das vítimas da II Guerra *“não poderiam invocar proteção com fundamento em regras codificadas, como as de Genebra ou de Haia, porque esses acordos não foram preparados para um mundo em que existiam câmaras de gás e em que existem armas atômicas. Não se podia, inambiguamente pronunciar, por crimes de guerra, aqueles que haviam massacrados civis para aterrorizar um governo ou quebrar a vontade popular da oposição. Os exterminadores e promotores nazistas não violaram a maior parte das regras tradicionais de guerra – conclusão essa que os combalidos povos da Europa simplesmente não podiam aceitar em 1945”*.⁸⁵

Assim, a promotoria do Tribunal de Nuremberg recorre a uma outra categoria de crimes para adequar as leis de guerra à realidade do século XX, os crimes contra a humanidade, que eram assim definidos pelo Estatuto do Tribunal:

[Crimes contra a humanidade são:] *“O assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato inumano cometido contra quaisquer populações civis, antes ou durante a guerra; ou ainda as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, cometidos em prosseguimento a todos os crimes sob a competência do Tribunal Internacional, ou a eles vinculados, mesmo que tenham tais perseguições constituído ou não uma violação ao direito interno do país onde foram perpetrados”*.⁸⁶

As palavras do Estatuto deixavam claro que o encargo “crimes contra a humanidade” era conseqüência lógica do tipo de guerra inaugurado pelo conflito 1939-1945. Além disso, há de se notar a particularidade do texto no que diz respeito ao vínculo estabelecido entre os crimes contra a humanidade e os demais crimes de que tratava o Tribunal.

⁸⁵ SMITH, Bradley F. *O Tribunal de Nuremberg* – Rio de Janeiro: F. Alves, 1979, p. 14.

⁸⁶ Artigo 6º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Os crimes contra a humanidade seriam julgados desde que fizessem parte do planejamento da guerra. Com o texto da pronúncia fica claro, entretanto, que ainda que massacres indiscriminados de civis fossem, antes de 1945, crimes de guerra, por exemplo, eles seriam a partir de então discriminados em uma outra categoria de crimes, ao mesmo tempo em que ainda eram vistos como parte do plano de horror dos nazistas.

Apesar do vínculo com os crimes de guerra, esse ponto inaugura a discussão que diz respeito a ações que se passam em período anterior à guerra ou mesmo em tempos de paz. Inaugura-se, com isso, as discussões que tratam da internacionalização dos Direitos Humanos, fenômeno impulsionado pelo Tribunal de Nuremberg.

Uma das prioridades desse encargo de acusação, bem como dos outros dois ainda não analisados, era enquadrar as altas patentes no rol de acusados. Era absurda a presunção de que qualquer soldado de baixa patente não recebesse ordens para suas ações e beira a ingenuidade acreditar que os militares de alto escalão e os dirigentes da nação não sabiam do que estava sendo feito por seus subordinados.⁸⁷

As críticas a esse ponto de acusação se encontram no fato óbvio de que não havia documento internacional que promulgasse a ilegalidade de perseguições religiosas ou de extermínio de populações. Em outras palavras, levando-se em conta apenas o Direito positivado, não havia como negar que o julgamento de atos anteriores à guerra, juntamente com toda a lógica dos crimes contra a humanidade, configuraria ataque ao princípio geral de direito segundo o qual atitudes não criminalizadas no momento de sua manifestação, não podem ser consideradas crimes em momento posterior (reserva legal). Além disso, era estranho ao Direito Internacional de 1945 o indiciamento de autoridades por atos de Estado.

Os redatores dos encargos de acusação de Nuremberg defenderam o ponto que tratava dos crimes contra a humanidade argumentando acerca do *“caráter assassino da farsa em que se transformara o Direito Internacional”*⁸⁸, por causa da imunidade e da impossibilidade de submeter-se a julgamento aqueles que determinavam as políticas dos Estados e os soberanos.

Continuar ignorando que os chefes de Estado e seus funcionários do alto escalão são responsáveis pelas atitudes da nação justamente pelo fato de estabelecerem diretrizes e de proferirem ordem aos componentes da máquina do poder, era condenar às gerações futuras agruras semelhantes às que os homens de Nuremberg haviam presenciado.

Destarte, os que redigiram o Estatuto do Tribunal de Nuremberg alegaram que as fontes do Direito Internacional não se limitam a tratados e demais documentos escritos, elas são compostas pelos costumes e pelo que é manifestadamente observado pelos Estados dentro de seus territórios. Por volta de 1945 o extermínio em massa de civis (já assinalado quando do massacre turco na Armênia) passara a ser visto como crime internacional, os aliados tinham por várias vezes advertido os países do Eixo de que essas atitudes criminosas seriam punidas.

⁸⁷ SMITH. *Op cit.*

⁸⁸ *Idem.*

Não havia, portanto, novidade quanto ao crime, uma vez que a consciência publica internacional já o definira.⁸⁹ O que rebate as críticas quanto à legalidade da acusação de crimes contra a humanidade. A novidade estava apenas no processo.

Mesmo assim foram cometidos abusos por parte da acusação nesse encargo aparentemente isento de problemas. Segundo Joanisval Gonçalves *“aspecto interessante desse encargo é o fato do mesmo compilar explicitamente condutas já descritas nos encargos anteriores, o que tecnicamente poderia caracterizar o fenômeno bis in idem. Portanto, houve casos em que a mesma conduta foi tipificada em dois encargos diferentes, acusando-se os réus duas vezes pelo mesmo delito e exigindo punição mais rigorosa para o acusado”*.⁹⁰

E continua dizendo que *“alguns argumentariam que este encargo refletiria o interesse do Tribunal de Nuremberg em apresentar a culpabilidade dos acusados a qualquer custo, de modo que aquele réu que não pudesse ser enquadrado nos encargos anteriores, certamente, acabaria sob o último encargo, criado em Nuremberg e sem nenhum precedente significativo histórico ou jurídico. Tinha-se, dessa maneira, expresso no último encargo coletivo, a idéia premente de vingança, em detrimento da Justiça”*.⁹¹

Tal atitude do Tribunal prejudicava a ampla defesa e impedia que o julgamento caminhasse por parâmetros mais justos, garantindo o devido processo legal.

Apesar das dificuldades enfrentadas pela acusação em Nuremberg no que tange aos argumentos deveras contundentes da defesa nos dois pontos da pronúncia sobreditos, os argumentos do Tribunal foram fortes o suficiente para não mergulhar o certame em um mar de críticas sem fim.

Os encargos restantes são infinitamente mais complexos e mais suscetíveis a críticas. O segundo encargo (B) é resultado do esforço diplomático e doutrinário empreendido no período entre-guerras que buscava eliminar o recurso à guerra das possibilidades legítimas de continuação da política das nações por outros meios. Trata-se dos “crimes contra a paz” assim descritos pelo Estatuto do Tribunal:

[Crimes contra a paz são:] *“A direção, preparação, o desencadeamento ou a persecução de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violadora de tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a preparação em um plano concertado ou em um complô para a realização de qualquer um dos atos precedentes.”*⁹²

O próprio texto da pronúncia procurava desviar o ponto (B) de um imenso problema em Direito Internacional. Apesar da profícua produção doutrinária e da nítida intenção dos doutrinadores em eliminar as possibilidades de artimanhas de interpretação subverterem o

⁸⁹ SMITH. *Op cit.*

⁹⁰ GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 137.

⁹¹ *Idem.*

⁹² Artigo 6º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

sentido dos documentos internacionais que proibissem a guerra, o conceito de agressão não estava suficientemente sedimentado.

Conscientes disso, os redatores do Estatuto do Tribunal de Nuremberg trataram de circunscrever os crimes contra a paz ao âmbito do desrespeito das autoridades do III Reich aos acordos internacionais, sem se limitar a esse ponto de vista, porém. O Tribunal poderia, portanto, julgar os criminosos acusados de crimes contra a paz sob dois prismas: o da violação aos pactos e tratados internacionais, mais simples de ser definido; ou o da agressão, que exigiria uma definição conceitual do Tribunal.

De maneira geral o Tribunal optou por nortear seus julgamentos nesse ponto da pronúncia pela primeira opção, mas isso não resolveu a dúvida legal, porque permanecia intacta a questão perturbadora de saber se os tratados e pactos internacionais previam sanções penais, ou implicitamente as autorizavam.⁹³ A resposta era clara e simples.

À época das assinaturas dos documentos internacionais que condenavam a guerra, a formulação de um aparato de aplicação de sanções por parte de um acordo internacional confrontaria diretamente com os parâmetros do Direito Internacional, o que tornaria quase impossível que fosse aceito.

Além disso, parte da razão para que não houvesse instrumento de repressão aos iniciadores de guerras de agressão residia no fato de que os homens que assinaram os acordos tinham a consciência de que eles próprios seriam seus principais violadores.⁹⁴

Mais uma vez o Tribunal argumentou que o direito das gentes se aproxima bastante do direito anglo-saxão no que diz respeito às fontes dizendo que ambos brotam de modificações de atitude e de evoluções do costume. Nas palavras de Smith:

*“em 1939, os povos do mundo civilizado haviam chegado à conclusão de que o início de guerras de agressão era um crime não apenas moralmente condenável, mas um crime que justificava punição severa. Embora concordassem em que acordos bilaterais, como o Pacto de não-agressão entre nazistas e soviéticos, de 1939, não continham listas de sentenças por violações, ou sequer implicitamente previam a existência de tais sentenças ou penalidades, os que defendiam o ponto dois apresentam a necessidade de ultrapassar tais acordos específicos para refletir o ambiente do momento”.*⁹⁵

Para fundamentar as acusações, o Tribunal recorreu a diversos tratados e pactos de não-agressão assinados pela Alemanha com diversos países, antes e durante o controle nazista. Dentre esses documentos encontram-se o Pacto da Liga das Nações (1919) e o Pacto Briand-Kellogg (de 27 de agosto de 1928).

Apesar de declararem a ilegitimidade do recurso à guerra, os documentos internacionais de então que versavam sobre o tema, não continham palavra que insinuasse a

⁹³ SMITH. *Op cit.*

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Ibidem*, p. 17.

possibilidade de sancionar – senão de forma simbólica – um Estado que agredisse outro, sequer criminalizavam a guerra. Sendo assim, não se poderia atribuir capacidade de esses Pactos funcionarem por si só como nada além de uma relação contratual entre os signatários, meramente uma manifestação que procurava atender ao pensamento idealista que reinava àquele momento no cenário internacional.

Apesar de refletirem a força do pensamento idealista das relações internacionais os pactos de não-agressão faziam parte de um novo Direito Internacional, que se encontrava em fase embrionária na década de 1930 e que não refletia a prática dos Estados que continuavam por conduzirem-se *“por outras regras, orientadas pelo costume, as quais, mais próximas da realidade, viam a guerra ainda como alternativa na política das potências”*.⁹⁶

Residia nessa contradição entre a teoria e a prática dos Estados o principal argumento da defesa nesse ponto da acusação. Como haveria se ficar a consciência dos homens de Estado no ambiente em que era possível e legítimo cogitar da guerra como a continuação da política por outros meios e em que, concomitantemente, era manifesto o esforço da comunidade internacional para criminalizar atitudes hostis?

Houve aí uma hesitação quanto às bases a serem consideradas no julgamento, uma vez que havia severas dúvidas quanto ao que valia como norte para a acusação: a teoria ou a prática? A verdade é que ao ignorar solenemente os argumentos da defesa o Tribunal viola um direito do réu o qual lhe garante o benefício da dúvida. O próprio juiz Donnedieu de Vabres, juiz francês em Nuremberg, concorda com a tese de que, em caso de dúvida, é mais sensato decidir-se em favor dos réus.⁹⁷

As controvérsias em Direito Internacional suscitadas pelo tema e as dificuldades da acusação em rechaçar os argumentos da defesa são refletidas no prolongado cuidado concedido a esse ponto, no veredicto final, e na decisão tomada pelo Tribunal de absolver quatro dos dezesseis acusados de crimes contra a paz.⁹⁸

Embora extremamente árduo o exame do ponto (B) dos encargos de acusação, “ele é um modelo de simplicidade quando comparado com os problemas que suscitou o ponto um”.⁹⁹ Citando a pronúncia:

“Os dirigentes, organizadores, colaboradores ou cúmplices que tenham participado na elaboração ou execução de um plano concertado, ou de um complô, para o cometimento de qualquer um dos crimes acima definidos são responsáveis por todos os atos perfeitos realizados por qualquer pessoa na execução deste plano”.

O conceito de conluio é bem sedimentado e já antigo no sistema jurídico anglo-americano. Porém, esta construção não encontra paralelo fiel nos ordenamentos jurídicos da

⁹⁶ GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ SMITH. *Op cit.*

⁹⁹ *Ibidem*, p. 18.

Europa continental, da qual fazia parte a maioria dos signatários do acordo de Londres que instituiu o Tribunal Militar Internacional.

A despeito das complicações que o conceito de conluio certamente suscitaria, a acusação atribuiu grande importância a esse ponto. Como pronunciou Sidney Alderman, assistente da promotoria norte-americano em Nuremberg, *“a questão do conluio no ponto um e a fase de agressão em todo esse caso constituem realmente, pensamos, o núcleo do que está em julgamento”*.¹⁰⁰ De fato, mesmo os países continentais que compuseram o corpo de juizes do Tribunal, França e URSS, não se opuseram à adoção do conceito de conluio à pronúncia, sendo esse ponto o menos discutido nas reuniões preliminares dos Aliados.

O que acontece nessa aparente esquisitice representada pela facilidade com que os americanos e britânicos atribuíram à pronúncia o encargo (A) é que com esse recurso seria possível condenar toda a cadeia de decisões do III Reich e responsabilizar a cúpula nazista pelos atos dos subordinados. Criminalizava-se também, com o conluio, quaisquer atitudes que tivessem a intenção expressa de agredir o Direito Internacional, estabelecendo um novo parâmetro para julgamentos internacionais.

A despeito da importância dada ao primeiro encargo, este *“dividiu o Tribunal mais funda e duramente que qualquer outro aspecto do julgamento, e os veredictos finais refletiram a profundidade das divisões. Só oito foram considerados culpados, entre os 22 réus sobre os quais incidia o ponto um (A), e todos esses culpados também foram considerados culpados de planejar “guerra de agressão” sob o ponto dois (B)”*.¹⁰¹

Os problemas do conceito de conluio no Tribunal Militar Internacional são vários. O fato de serem os acusados julgados pelo planejamento dos crimes e pelos crimes em si levanta, novamente, a questão da ocorrência do *bis in idem*, uma vez que o réu poderia ser responsabilizado duas vezes pelo mesmo crime. No direito romano-germânico, do qual a Alemanha faz parte, o crime configurado no ato de arquitetar algum delito se transforma no próprio crime a partir do momento em que este é empreendido, fazendo com que a atitude seja reprimida e não o conluio responsável pelo plano criminoso.

O sistema jurídico dos réus e de seus advogados não reconhecia o crime de conluio e, assim, não contavam com qualquer das salvaguardas que cercam esse tipo de julgamento no Direito anglo-americano.¹⁰² O fato de ser uma construção jurídica típica do *common law* dirimia a capacidade de defesa dos acusados e aumentava consideravelmente suas possibilidades de condenação.

Destarte, alguns contundentes argumentos da defesa foram ignorados pelo Tribunal. O primeiro e mais importante deles diz respeito ao fenômeno evidente de concentração exacerbada de poder nas mãos de Hitler. Segundo o princípio do chamado *Führerprinzip* (princípio do líder) o poder no III Reich residia na figura do líder (*Führer*), cuja autoridade era inquestionável pelos subordinados.

¹⁰⁰ GONÇALVES, *Op cit.*

¹⁰¹ SMITH. *Op cit.* p. 20.

¹⁰² *Idem.*

A sociedade nazista era extremamente hierarquizada. Da autoridade do líder supremo, Adolf Hitler, derivavam os poderes dos diversos líderes a ele subordinados, em uma cadeia que alcançava todas as esferas do governo e da sociedade. Seria um erro acusar qualquer um dos réus – exceto talvez Goering, Goebbels e Himmler, que gozavam de certa autonomia de tomada de decisões – de complô ou participação em qualquer plano concertado, uma vez que todos estavam submetidos às ordens indiscutíveis de Hitler.¹⁰³

Outro argumento da defesa é o de que não haveria como se prever as mudanças e as novas necessidades criadas no transcorrer das batalhas da II Guerra, sendo, portanto, ingênuo pensar que houve um plano anterior a todos os movimentos e ataques durante o conflito e incorreto punir a planejamento daquilo que não poderia ter sido planejado.

Os argumentos, no caso do ponto um da acusação, não foram de todo ignorados, tendo o último aqui citado angariado apoio entre vários juízes e conselheiros do Tribunal. Contudo, as argumentações da defesa não sobrepujaram os desígnios dos juízes que proferiram julgamentos pouco baseados em princípios basilares de direito.

2.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM NUREMBERG

A análise da pronúncia mostra o peso das novas concepções em Direito Internacional que estavam sendo ali sedimentadas. Além disso, pode-se perceber que princípios de direito há muito consagrados pelos diversos modelos jurídicos do mundo ocidental foram ou ignorados, ou, de forma conveniente e discreta, driblados quando estes impediam que os anseios da comunidade internacional por justiça fossem satisfeitos.

Como explica Carlos Eduardo Adriano Japiassú, o “Direito Penal Internacional, embora seja uma disciplina autônoma, não pode abrir mão das garantias fundamentais asseguradas pelo direito penal”.¹⁰⁴ Além de Japiassú, Mazzuoli salienta a importância dos princípios gerais de direito para o Direito Internacional:

*“Tais princípios, apesar de ainda dificilmente indentificáveis a priori, têm papel fundamental na evolução do direito internacional. Existem no direito das gentes antes mesmo de serem aplicados pelas instancias internacionais, uma vez que não são criados por estas, mas sim pelo reconhecimento generalizado e contínuo da comunidade das nações”.*¹⁰⁵

¹⁰³ GONÇALVES, *op cit.*

¹⁰⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal* – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 57.

¹⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratado Internacionais* – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 24.

Sobre o tema, é praticamente consensual o entendimento de que princípio da irretroatividade da lei penal, que garante que um ato não considerado delituoso no momento de seu cometimento não venha a ser punido caso venha a ser caracterizado como crime por lei posterior, foi violado em Nuremberg, embora tal entendimento “não implique afirmar que do ponto de vista moral, da equidade e da consciência universal não houvesse uma exigência de punição pelos fatos cometidos pelos acusados”.¹⁰⁶

O peso do “ponto de vista moral, da equidade e da consciência universal” parece preponderar em detrimento de princípios do processo penal em Nuremberg. As particularidades do conflito, do qual a Europa ainda não emergira completamente, e o terror causado pelas atrocidades nazistas, compunham uma gama de fatores que obscureciam alguns detalhes do processo.¹⁰⁷

Nesse ambiente o devido processo legal foi, por vezes, garantido apenas em parte, ou nem assim.

Não obstante, os componentes do Tribunal, em especial os juízes Robert Jackson e Donnedieu de Vabres, procuraram observar os aspectos jurídicos do processo, diminuindo a influência dos valores que então eram perseguidos e de inspirações políticas. Como relata Bradley F. Smith, os acusados encontraram um tribunal surpreendentemente independente dos governos que estavam representados na figura dos juízes e do Ministério Público.

Apesar disso, é lógico pensar que um Tribunal que fosse composto por juízes de países neutros contasse com mais credibilidade por parte da comunidade jurídica internacional. Por isenta que fosse a apreciação dos juízes, eles eram nacionais daqueles países que acabavam de sair de um conflito absurdamente violento com o país do qual os réus eram oriundos. O princípio da imparcialidade do juiz, que configura-se como central no intento de garantir um processo justo e equânime, poderia ser melhor observado.

Como questiona Joannisval Brito Gonçalves:

“Por mais dignos e retos em seus julgamentos que fossem, não haveria um elemento psicológico subjetivo que poderia influenciar-lhes (os juízes) no julgamento

¹⁰⁶ JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 57.

¹⁰⁷ O próprio projeto de Tribunal inicialmente proposto pelos americanos era de tal forma comprometido com a rapidez do processo judiciário e com a quase inevitável condenação dos réus, que não continha os elementos do devido processo legal que todo e qualquer processo judicial em curso nos EUA apresenta. *Assim fala Smith*: “O projeto (inicial do Departamento de Guerra dos EUA) não garantia aos membros das organizações nazistas as proteções usuais de processo em boa e devida forma, mas o aspecto vulnerável desse ponto, seu aspecto criticável, não pareceu, na época, tão importante ou premente.” (SMITH, Bradley F. *O Tribunal de Nuremberg* – Rio de Janeiro: F. Alves, 1979, p. 30) Foram nas reuniões entre juristas americanos, ingleses, soviéticos e, posteriormente, franceses que se postulou a necessidade de absorver as garantias dos processos penais proclamados pela maioria dos ordenamentos jurídicos do globo. Era absolutamente improvável que um Tribunal montado apenas para condenar e que não assegurasse possibilidades remotas de defesa lograsse respaldo da comunidade internacional, principalmente em se tratando de estudiosos do tema. Desse modo, foi altamente aconselhado aos redatores do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, assinado em Londres em 8 de agosto de 1945, que se priorizassem os elementos jurídicos da criação de um Tribunal internacional, deixando de lado, tanto quanto possível, ansiedades políticas e sentimentos de vingança.

*daqueles que eram acusados de terem provocado um tão avassalador conflito contra suas nações? Este aspecto de Nuremberg dificilmente terá uma justificativa quem ponha a termo qualquer crítica”.*¹⁰⁸

Outro ponto controverso do Tribunal é a sua própria natureza de tribunal de exceção. A própria acusação declarou que, de acordo com o ponto (D) da pronúncia (crimes contra a humanidade), a criação de Tribunais específicos para julgamento dos opositores do regime nazista no III Reich constituía atividade criminosa e contrária ao Direito.¹⁰⁹ É relevante salientar que mesmo à época do final da Segunda Grande Guerra a idéia de Corte de Exceção era inaceitável no Direito das nações democráticas, representadas no certame por três das quatro potências aliadas.¹¹⁰

A criação de tribunais *ad hoc* é hoje tida como instrumento restritivo aos recursos da defesa – como bem revela a Declaração Universal dos Direitos do Homem – configurando-se assim violação ao princípio do devido processo legal.

Houve ainda outras afrontas às possibilidades de defesa dos acusados, uma vez que o Estatuto do Tribunal Militar Internacional estabelecia em seu artigo 26 que “*A decisão do Tribunal relativa à culpabilidade ou à inocência de qualquer acusado deverá ser motivada e será definitiva e não suscetível de revisão*”.¹¹¹

Em outras palavras, não havia possibilidade de recurso contras as decisões da Corte, algo que fere profundamente a Justiça do julgamento e o devido processo legal, já que o instituto do recurso é aspecto-chave das garantias fundamentais do processo penal, dando à parte lesada o direito de requerer do poder judiciário uma revisão mais abrandada de uma sentença.

Outra forma de cercear os recursos de defesa dos acusados foi a proibição de se levantar questões de política internacional. Tal proibição adquire grandeza no tocante aos julgamentos de crimes contra a paz, pois o fato de haver um acordo entre os nazistas e os soviéticos e os diversos eventos que poderiam servir de argumento para a defesa contra as acusações de iniciação sem motivos de um conflito (guerra de agressão), constituía fonte profícua de argumentos contundentes a favor dos acusados. Era extremamente conveniente aos países aliados que suas atitudes e provocações não fossem mencionadas em Nuremberg, sendo sua alusão simplesmente proibida.

Outrossim, há autores que criticam o Tribunal de Nuremberg alegando que foram violados os princípios da legalidade ou da reserva legal e o da irretroatividade da lei penal. Por esses dois princípios não se pode punir alguém por conduta não prevista em lei do mesmo modo que as leis penais não podem retroagir alcançando condutas anteriores à existência destas leis, salvo em benefício do réu. Para alguns, o fato de não existirem leis internacionais escritas que declarassem criminosos os atos perpetrados pelos nazistas durante e antes do segundo conflito mundial, assegura que eles não deveriam ser penalizados.

¹⁰⁸ GONÇALVES. *Op cit.* p. 153.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ GONÇALVES. *Op cit.*

¹¹¹ Artigo 26 do Estatuto do Tribunal Militar Internacional.

Como exemplo de legislação que condenava a retroatividade da lei, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada na França revolucionária de 1789, que diz, em seu artigo 8º, que “ninguém pode ser punido em virtude de uma lei estabelecida e promulgada posteriormente ao delito e legalmente aplicável”.¹¹²

Nesse ponto, argumentam os críticos de Nuremberg, os próprios Aliados haviam rejeitado a idéia de promulgação de novas leis para o julgamento dos criminosos de guerra alemães. A título de exemplo tem-se a declaração do governo britânico de 6 de agosto de 1942 que, em seu parágrafo 2º, enuncia que “Para o julgamento dos criminosos de guerra, qualquer que seja o Tribunal competente, far-se-á uso das leis já em vigor, sem promulgar qualquer lei especial *ad hoc*”.¹¹³

Como vimos, sobre a alegação de que as leis do julgamento de Nuremberg constituiriam um caso de lei *ex post facto*, o Tribunal replicou dizendo que a consciência da comunidade internacional seria suficiente para criminalizar certas atitudes não previstas pelos documentos internacionais, prescindindo-se, portanto, de leis escritas para considerar certa conduta como sendo criminosa.

Ao mesmo tempo em que parecem convincentes os argumentos da acusação, percebe-se, com um exame não muito aprofundado das relações internacionais de antes da II Guerra, que as declarações e anseios da sociedade mundial não foram capazes de modificar as políticas belicosas dos Estados, não podendo, assim, serem consideradas, de forma totalmente certa, como legislação internacional.

A prática da guerra não era privilégio do Estado alemão, pelo contrário, encontrava-se o recurso à guerra com freqüência nos planos que tratavam de política internacional nos mais diversos Estados do globo. A teoria não se configurava prática e, portanto, não refletia o costume, fonte de Direito Internacional Público.¹¹⁴ Desse modo, é pouco inteligente pensar que alguma dessas manifestações idealistas de renúncia à guerra baseasse os argumentos da acusação caso esta estivesse comprometida apenas com os aspectos jurídicos.

Os argumentos levantados pela defesa quanto aos princípios jurídicos violados em Nuremberg poderiam não só atribuir grande capacidade de persuasão aos advogados dos réus e, assim, dirimir as bases da acusação, como também poderiam colocar fortes dúvidas quanto a seriedade da própria Corte. Como leciona Francisco Rezek, os princípios gerais de direito foram reconhecidos pelo Estatuto da Corte de Haia, em 1920, como sendo fonte de Direito

¹¹² GONÇALVES. *Op cit.*

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ Segundo escreve Francisco Rezek “A norma jurídica costumeira, resulta de uma prática geral aceita como sendo o direito. Essa expressão dá notícia do elemento material do costume, qual seja a prática – a repetição, ao longo do tempo, de um certo modo de proceder ante determinado quadro de fato -, e de seu elemento subjetivo, qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e, conseqüentemente, jurídico” (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar* - São Paulo: Saraiva, 1995, p. 122 e 123). Tal entendimento rechaça os contra-argumentos de que se valeram os acusadores em Nuremberg.

Internacional Público.¹¹⁵ Lembrando disso é inevitável a conclusão de que o Tribunal de Nuremberg viola o direito das gentes ao ignorar os princípios gerais de direito no rol de suas fontes, além de subverter o entendimento virtualmente unânime quanto aos costumes.

Apesar disso, o ambiente internacional permitiu naquele momento que fossem rechaçados, sem muitos constrangimentos, alguns argumentos que, em qualquer Estado democrático do mundo, acabariam com o dismantelamento completo do Tribunal.

Sobre isso, ensina Joanisval:

“Contra os princípios jurídicos argüidos pela defesa, levantaram-se princípios políticos e morais, tentando-se gerar daí razões jurídicas que, de qualquer maneira, acabavam tendo que retroagir ao sistema jurídico pré-Nuremberg.

[...]

*A retroatividade das penas de Nuremberg violou o Direito Penal em seus aspectos mais incontestáveis, ocorrendo um vício jurídico que conduziria à anulação daquele julgamento em qualquer Corte civilizada”.*¹¹⁶

Entretanto, o mesmo autor destaca a necessidade de se enquadrar as atitudes nazistas no rol dos crimes internacionais para salvaguardar as gerações futuras e compreendendo que o Tribunal de Nuremberg traria novos parâmetros ao Direito Internacional:

“De qualquer maneira, havia a necessidade de punição dos réus no Julgamento de Nuremberg. Sem embargo, deveria ficar claro que o novo Sistema Jurídico Internacional passaria a considerar os crimes previstos pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional. E os novos institutos criados com o Julgamento de Nuremberg passariam a compor o novo ordenamento jurídico internacional. A punição dos grandes criminosos de guerra da Alemanha nazista gerava o precedente para que, quando se julgasse necessário, fosse o Direito adaptado à realidade e às circunstâncias. Para que fosse feita a Justiça violaram-se princípios basilares do Direito, o que gerou severas críticas de juristas pelo globo, inclusive entre os Aliados”.

¹¹⁷

Observa-se que, diante das circunstâncias e dos argumentos do Tribunal para o que muitos entendem ser violações graves do devido processo legal, os Aliados tinham consciência do que estava sendo engendrado em Nuremberg e das deficiências da Corte e dos processos.

¹¹⁵ Ainda sobre as fontes de direito das gentes, Francisco Rezek enuncia que “O terceiro tópico do rol das fontes no Estatuto da Corte (de Haia) refere-se aos *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*”. E explica ainda que “Há alguma evidencia de que os redatores do texto, em 1920, pensavam indicar com essa expressão os princípios gerais aceitos por todas as nações *in foro domestico*, tais como certos princípios de processo, o princípio da boa fé, e o da *res judicata*”. (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar* - São Paulo: Saraiva, 1995, p. 138)

¹¹⁶ GONÇALVES. *Op cit.*

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 171.

Tanto assim que a interpretação de que o julgamento teria sido basicamente um exemplo de ação vingativa e injusta, que refletia muito mais o viés político do que jurídico daquele que, para muitos, havia sido a abertura de um perigoso precedente para violações dos princípios gerais de direito nos tribunais internacionais vindouros fora salientada por militares Aliados após a dissolução do Tribunal Militar Internacional.

O temor de que houvesse nova guerra e que os países Aliados fossem derrotados, julgados e condenados era evidente nos comandos dos exércitos Aliados. A título de exemplo, tem-se a declaração do Marechal Montgomery que, em um almoço celebrado em Paris a 8 de julho de 1948, disse que a sentença de Nuremberg havia feito da derrota um crime e que nas guerras futuras os generais seriam primeiro julgados e depois enforcados pelos vencedores.

Na mesma reunião, o almirante Earl de Cork e Orrey, disse que esse temor constituía uma preocupação para todos os homens que serviam nos exércitos e na Armada Britânica, bem como para os funcionários do alto escalão do Estado inglês, porque ninguém estaria seguro na Inglaterra caso o país fosse derrotado em guerra futura.¹¹⁸

A preocupação com o que poderia ser feito a respeito dos princípios gerais de direito em outros Tribunais internacionais está presente em diversos documentos internacionais posteriores ao certame de Nuremberg. Como leciona Celso D. Albuquerque Mello:

*“Pode-se dizer que tem sido assinalado ser o artigo 99 da Convenção de Genebra de 1949 ‘relativo ao tratamento dos prisioneiros de guerra’ uma reação ao julgamento de Nuremberg ao declarar que nenhum prisioneiro de guerra poderá ser julgado por ato que não seja catalogado como crime no momento de sua prática. A mesma orientação está consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos”.*¹¹⁹

Contudo, apesar das violações a princípios basilares de direito, o Tribunal de Nuremberg manifestou em seu artigo 16 o intento de “assegurar que os acusados sejam julgados com equidade”, compreendendo que a justiça pretendida não poderia ser feita sem que os réus pudessem se defender de forma minimamente razoável. Para tanto, o referido artigo do Tribunal Militar Internacional adota do seguinte processo para garantir um julgamento justo:

“a) O libelo [acusatório] comportará elementos completos, que especifiquem detalhadamente as acusações levantadas contra os acusados. Uma cópia do libelo e de todos os documentos anexos, traduzidos numa língua que ele compreenda, será entregue ao acusado dentro de um prazo razoável, antes do julgamento;

b) No decurso de qualquer interrogatório preliminar ao processo de um acusado, este terá o direito de dar todas as explicações relativas às acusações contra ele levantadas;

¹¹⁸ GONÇALVES. *Op cit.*

¹¹⁹ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados* – Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 441.

c) Os interrogatórios preliminares e o processo dos acusados deverão ser feitos em língua que o acusado compreenda ou traduzidos nessa língua;

d) Os acusados terão o direito de se encarregar, pessoalmente, de sua defesa ante o Tribunal ou de se fazerem assistir por um advogado;

e) Os acusados terão o direito de apresentar, no decurso do processo, seja pessoalmente, seja por intermédio de seus advogados, quaisquer provas que ajudem sua defesa e o de interrogar quaisquer testemunhas apresentadas pela acusação”.¹²⁰

Essas garantias de processo equânime, todavia, não se mostram totalmente eficazes na hora de garantir aos acusados o devido processo legal. Ademais, os princípios gerais de direito ignorados por Nuremberg possuem influência direta no processo de todos os réus, levando-nos à conclusão de que é muito mais correto, sob os parâmetros de procedimento justo em matérias envolvendo os bens vida e liberdade, pensar que, caso fossem levados em conta os princípios sobreditos, a consequência disso seria tornar menos difícil localizar nos processos elementos do devido processo legal.

O artigo 16 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg garante as possibilidades de defesa básicas em um processo de tamanha importância para os acusados. Mas o Tribunal em si faz, por vezes, com que os esforços da defesa sejam pouco mais do que inúteis. Afinal de contas, defender alguém de acusações quanto a crimes que não existiam como tais no momento em que foram cometidos é algo que não parece nem um pouco razoável.

Em seu artigo 13 o Estatuto manifesta que “O Tribunal estabelecerá as regras do seu processo”. Em se tratando de uma instituição inédita na história das relações internacionais e que não possuía precedentes em que se inspirar, e levando-se em conta as peculiaridades dos eventos realizados a nível internacional, é natural que o Estatuto proclame o ineditismo do Tribunal quanto ao processo, outorgando a este capacidade de adotar as regras do processo que lhe parecerem convenientes, desde que compatíveis com as demais disposições.

Mas permitir o estabelecimento das regras do seu processo não significa que o Tribunal está autorizado a ignorar os parâmetros que o mundo civilizado proclamou através dos princípios gerais de direito. Ademais, àquela época os referidos princípios já haviam sido consagrados pela sociedade internacional através do Estatuto da Corte de Haia, de 1929, como sendo fonte do Direito Internacional, o que mostra que o Tribunal, ao desrespeitar os princípios gerais de direito, não só impede o curso justo do processo, como também viola o direito das gentes.

¹²⁰ Artigo 16 do Estatuto do Tribunal Militar Internacional para os Grandes Criminosos de Guerra do Eixo.

2.4 O LEGADO DE NUREMBERG

Poucos eventos internacionais foram capazes de suscitar tantos debates quanto Nuremberg. Ademais, é provável que nenhum acontecimento na história da civilização tenha provocado tamanha mudança de orientação e paradigmas no Direito Internacional.

Foi o Tribunal de Nuremberg que manifestou a existência de um Direito pré-codificado, acima do Direito positivo e dos Estados. Segundo João Marcello Araújo Junior, citado por Carlos Eduardo Japiassú, “as normas reconhecidas pelo Tribunal são metalegais, pré-jurídicas e pré-estatais, correspondendo a normas de cultura próprias do estágio da civilização cristã ocidental, que preponderam sobre as normas positivas existentes”.¹²¹

Mais importante ainda, o Tribunal de Nuremberg inaugurou um fenômeno que ainda vivenciamos: trata-se da internacionalização dos Direitos Humanos. A partir de 1945 o indivíduo também é sujeito de direito do Direito Internacional e pode, portanto, ser julgado por sua conduta e reivindicar os direitos inerentes à sua condição humana.

Como explica Mazzuoli:

*“O Tribunal de Nuremberg, instituído para julgar as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial pelos nazistas, contribuiu para a formação desta concepção quando deixou assente que: ‘Crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos do direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes’”.*¹²²

A elevação do indivíduo a essa categoria configura marco essencial para a construção do moderno Direito Penal Internacional, que a partir de então ganha possibilidades reais de aplicação e grandes espaços nas discussões doutrinárias. Sem a possibilidade de penalização de indivíduos por crimes internacionais não faria sentido cogitar da instalação de um sistema internacional permanente de repressão como o Tribunal Penal Internacional.

Ainda sobre a responsabilização individual, um importante precedente foi aberto em Nuremberg. A partir de 1945, os chefes de Estado não poderiam mais valer-se do argumento de que suas ações encontravam-se amparadas na razão de Estado. Assim, segundo o artigo 7º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional “*A situação oficial dos acusados, seja como Chefes de Estados, seja como altos funcionários, não será considerada, nem como escusa absoluta, nem como motivo para diminuição de pena*”.

O Tribunal rompe assim com a idéia de que a razão de Estado – conceito criado por Maquiavel – escusa os Chefes de Estado de responsabilização perante a comunidade

¹²¹ JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 58, *apud* ARAUJO JR., João Marcello. *Tribunal penal internacional permanente, instrumento de garantia dos direitos humanos fundamentais (processo legislativo histórico e características)*. Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, indicação número 036/98, 1999, p. 45.

¹²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratado Internacionais* – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 14.

internacional, ajudando no fortalecimento do Direito Internacional e da própria sociedade mundial cujos designios e anseios engendram o direito das gentes e fortificam a fraternidade entre as nações.

Outro fato que merece destaque na análise dos avanços empreendidos por Nuremberg é a tipificação dos três crimes internacionais dos quais os réus foram acusados. Crimes contra a paz, crimes de guerra e, principalmente, crimes contra a humanidade, encontram-se nos compêndios de Direito Penal Internacional e em constituições nacionais ao redor do globo. Fazem parte hoje não só dos tratados e demais acordos internacionais que versam sobre crimes internacionais, mas também das legislações internas de diversos países.

O último parágrafo do artigo 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg também inaugura importante discussão no que concerne à responsabilização criminal de agentes do aparelho estatal. Ao enunciar que a participação em um planejamento concertado, ou, em outras palavras, em um conluio para a execução dos crimes previstos no mesmo Estatuto configura-se crime, o texto permite pensar que a cumplicidade no cometimento de um crime contra a paz, um crime contra a humanidade ou um crime de guerra é, por si só, um crime perante o Direito Internacional.

A relevância dessa concepção reside no fato de que, a partir de então, a sociedade internacional tinha os precedentes para acusar e os elementos para punir Chefes de Estado que eram coniventes com atitudes ofensivas à paz e tranqüilidades internacionais.

Além disso, outro propósito dos Aliados com Nuremberg foi em parte alcançado. Também no que tange à “desnazificação” da Alemanha o Tribunal foi eficiente. Para tanto, o Tribunal julgou instituições do III Reich e colocou no banco dos réus representantes de todas as seis instituições indiciadas.

Ainda nesse esforço, durante os julgamentos folhetos escritos pela acusação eram espalhados nas escolas e parques públicos, e, em pesquisa realizada na zona de ocupação norte-americana, apenas 6% dos alemães consideravam o julgamento injusto.¹²³ O que reflete que a lenda de “punhalada pelas costas” criada pelo Tratado de Versalhes não se repetira com a submissão dos criminosos alemães da II Guerra a um julgamento.

Parece mesmo, aos cidadãos alemães, que, diferentemente do que ocorrera ao final da Primeira Guerra Mundial, a pátria alemã não havia sido por inteira condenada, e sim seus líderes, que não falavam pela nação como um todo, afastando a atmosfera de injustiça criada em 1920.

A importância do Tribunal de Nuremberg para o Direito Internacional é muito bem explicada por Bradley F. Smith e Joannisval Brito Gonçalves. Bradley ressalta a nobreza das razões norteadoras dos promotores em Nuremberg no concernente aos problemas jurídicos suscitados no Tribunal:

“É, em parte razão da esmagadora vitória da promotoria em termos de relações públicas que se torna difícil a algumas pessoas aceitar o papel de moderador

¹²³ JUDT. *Op cit.*

*desempenhado pelo Tribunal. Essa corrente de opinião censura os juizes de Nuremberg por não terem encontrado meios para fazerem vingar as teses da promotoria. Mas não foi à corte, ao mesmo tempo, ligar com os problemas com que se defrontava e dar um grande passo no sentido do progresso do Direito Internacional e da causa da paz. Não cedeu o Tribunal à tentação de avançar de forma dramática, mas efêmera; optou, em lugar disso, por prestar uma contribuição modesta, mas clara, a um futuro mais seguro”.*¹²⁴

Ao passo que Joannisval destaca a contribuição ao sistema jurídico internacional:

*“De qualquer maneira, teve Nuremberg seu papel ao levantar o debate internacional acerca da culpabilidade de Estados soberanos e a punição de indivíduos por atos de Estado. Nuremberg foi importante como marco de um novo sistema jurídico internacional, no qual a guerra deveria ser definitivamente banida, crimes contra a paz e, sobretudo, crimes contra a humanidade passariam a ser considerados”.*¹²⁵

[...]

*“Aquele julgamento acabou por estabelecer as bases de uma nova ordem jurídica internacional, a qual desenvolver-se-ia pelas décadas posteriores à II Guerra Mundial. E a gênese dessa Nova Ordem é o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, bem como o processo dos grandes criminosos de guerra, com os debates ali ocorridos e as sentenças proferidas. Essa talvez tenha sido a maior contribuição de Nuremberg”.*¹²⁶

A contribuição do Tribunal de Nuremberg é de fato profícua, como atestam as avaliações de diversos especialistas. Do campo semeado naquele julgamento nasceram concepções e valores que não se limitam aos âmbitos político e jurídico. Outrossim, os erros e acertos do Tribunal foram percebidos pela sociedade internacional que contava, então, com instrumentos para impedir, ou diminuir as possibilidades de que o ser humano tivesse sua dignidade aviltada como a Segunda Guerra Mundial, suscitando, assim, o crescimento, na comunidade, de valores humanos e humanitários essenciais.

Como quase tudo na política entre as nações, avanços vêm acompanhados de retrocessos e/ou sacrifícios enormes. Para consolidar os parâmetros do novo Direito Internacional da segunda metade do século XX, os homens de Nuremberg pouco observaram as garantias fundamentais e direitos de acusados que os concedessem ampla capacidade de defesa.

¹²⁴ SMITH. *Op cit.* p. 325.

¹²⁵ GONÇALVES. *Op cit.*p. 188.

¹²⁶ *Idem.*.

O retrocesso quanto a elementos do processo, como vimos, foi compreendido pelos responsáveis e estudiosos das relações internacionais em diversos países, inclusive entre os Aliados. Mais do que isso, a esse retrocesso a sociedade internacional tratou de responder com documentos que promulgavam a necessidade de guiar as ações de repressão internacional por diretrizes jurídicas e não políticas ou, em qualquer plano, apenas convenientes.

Adiciona-se a isso o fato já mencionado de que parecia ser consequência necessária, do ponto de vista dos anseios de justiça da comunidade internacional, que o julgamento de Nuremberg não só processasse os acusados como condenasse os que pareciam ser os mais iníquos. Para tanto, foram desconsiderados elementos básicos para a garantia do devido processo legal aos acusados que foi, flagrante e repetidamente, violado nos processos do Tribunal.

Capítulo 3 - O DIREITO PENAL INTERNACIONAL PARA ALÉM DE NUREMBERG

3.1 O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE

Um dos episódios mais notáveis da expressão moderna do Direito Penal Internacional encontra-se, também, ao final da Segunda Guerra Mundial. Trata-se do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, mais conhecido como Tribunal de Tóquio.

Assim como o Tribunal de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio foi um acontecimento arquitetado pelos vencedores da II Guerra, que procuravam, como vimos no capítulo anterior, uma série de conquistas que iam além da vitória militar.

Tóquio, porém, conta com algumas peculiaridades que o diferem ligeiramente do certame encenado em Nuremberg. A primeira indicação dada pelos governos Aliados de suas pretensões de julgar os criminosos de guerra japoneses é manifestada na Conferência de Cairo, Egito, de 1º de dezembro de 1943.

Nessa Conferência, o grupo de Aliados composto por norte-americanos, britânicos e chineses, redige uma declaração comum através da qual explicam que o objetivo da guerra é pôr um fim e punir a agressão japonesa. Havia, à época da Conferência de Cairo, uma impossibilidade de participação soviética, que, em respeito ao Pacto de não-agressão assinado entre a URSS e o Japão em 21 de agosto de 1937, ainda não havia declarado guerra ao Japão.

Como argumento utilizado para punir juridicamente os japoneses, estava o fato de que estes haviam assinado vários documentos internacionais de cunho pacifista ou de renúncia à guerra como o Pacto Briand-Kellogg (1928) e as Convenções de Haia (1907).

Os objetivos das potências aliadas para com os japoneses foi reiterado pelas declarações que emergiram da famosa Conferência de Potsdam de julho de 1945. A participação da URSS na conferência em tela, bem como a sua declaração de guerra ao Japão no apagar das luzes da II Guerra, revela uma violação do Pacto nipo-soviético de não-agressão.¹²⁷

Posteriormente às declarações Aliadas, as atitudes concretas para a implementação do Tribunal proposto seriam tomadas apenas no ato de capitulação dos japoneses, de 2 de setembro de 1945, e em declarações posteriores. No documento de rendição dos japoneses são precisamente estipuladas todas as questões relativas à detenção e ao tratamento a serem impostos aos criminosos de guerra.

Pouco tempo depois a já mencionada United Nations War Crimes Commission (UNWCC), edita uma recomendação visando o estabelecimento de um tribunal militar internacional para os crimes e atrocidades perpetrados pelos japoneses. Com isso em mãos, o Departamento de Estado dos Estados Unidos, nos moldes do que fora projetado pelo

¹²⁷ GONÇALVES, Joanival Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Departamento da Guerra para os criminosos alemães, adota as recomendações da UNWCC e redige uma notificação, enviada ao Comando Supremo das Forças Aliadas e outras oito nações, pela qual manifesta o desejo americano de criar um instrumento visando à prisão e à sanção dos grandes criminosos de guerra no Extremo Oriente, qual seja, um Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente.¹²⁸

A conferência derradeira de arquitetura do Tribunal em tela é a Conferência de Moscou dos Ministros das Relações Exteriores dos quatro grandes – China, Estados Unidos, Grã-Bretanha e União Soviética – em que foi acordado que o Tribunal se instalaria em Tóquio. Foi designado nessa reunião que o procurador-chefe seria o americano Joseph Keenan, sendo facultado a cada um dos outros 10 países aliados que participariam do julgamento a designação de um procurador adjunto.¹²⁹

Como aconteceu também com os preparativos de Nuremberg, as conversações para a instalação do Tribunal de Tóquio e para a redação de seu Estatuto tiveram suas diretrizes mudadas substancialmente desde o começo das discussões. Como no Tribunal europeu, o que era para ser apenas um julgamento acerca de crimes de guerra, passou a considerar as características do conflito do qual se estava emergindo, adicionando-se assim, à pronúncia, os crimes contra a humanidade e os crimes contra a paz.

Os japoneses, pelo menos no que tange aos crimes de guerra, não foram menos desumanos que os nazistas. Ao contrário dos prisioneiros de guerra detidos pelos alemães e pelos italianos, em que apenas 4% foram mortos durante o conflito, dentre os detidos pelos japoneses, 27% não sobreviveram.¹³⁰

Além disso, a acusação censura os réus *“por ter elaborado e executado um plano de conquista baseado na realização de um programa de assassinatos, ter subjugado prisioneiros de guerra e submetido civis a experiências médicas, trabalhos forçados em condições desumanas, pilhagem de bens públicos e privados, destruição de cidades e vilarejos sem necessidades militares, e, de uma forma geral, assassinatos, estupros e crueldades em massa em todos os territórios invadidos”*.¹³¹

Os fatos comprovam que as divergências entre japoneses e chineses encontram combustível nos acontecimentos da Segunda Grande Guerra. Alguns desses episódios serviram de base para a acusação no Tribunal de Tóquio. O primeiro é comumente chamado de massacre de Nanquim. Em dezembro de 1937, as tropas japonesas entram na capital chinesa da época e a saqueiam, deixando cerca de 300 mil mortos e 20 mil mulheres estupradas coletivamente repetidas vezes, submetidas a humilhações públicas, crueldades e violências sexuais frequentemente seguidas de morte.¹³²

¹²⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal* – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹²⁹ BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ *Ibidem*, p. 30

¹³² JAPIASSÚ. *Op cit*.

Outro acontecimento lembrado pela acusação diz respeito às experiências médicas que são feitas em prisioneiros chineses, russos e americanos na chamada Unidade 731. Situada em Pingfan, essa unidade contava com 150 prédios e era oficialmente uma unidade de tratamento e purificação de água administrada por Shiro Ishii, médico japonês fanático pela guerra biológica. Pelo menos 9 mil homens, mulheres e crianças são mortas nessa unidade em decorrência de contaminações voluntárias, e de inoculações de germes e bactérias de toda espécie, tais como as da peste bubônica e da cólera.¹³³

Havia consideráveis diferenças entre a interpretação dada ao texto dos encargos de acusação em Nuremberg e em Tóquio. Apesar de o Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente contar com apenas dezessete artigos contra trinta do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, os dois se assemelham em tudo. De fato, até mesmo a redação do Estatuto do Tribunal oriental parece ter sido apenas copiada do Estatuto europeu.

Contudo, o Estatuto do Tribunal de Tóquio contemplava uma modalidade de recurso – o que não aparecia em Nuremberg. Apesar de ser a Corte Suprema dos Estados Unidos o órgão responsável pela apreciação dos pedidos de revisão de pena e/ou veredicto expedidos pelo julgamento de Tóquio, parece mais correto, do ponto de vista das garantias fundamentais de defesa, que o acusado declarado culpado possa requerer parecer de Corte mais experiente.

Além da possibilidade de recurso assegurado pelo Estatuto do Tribunal de Tóquio, algumas interpretações e peculiaridades do referido documento acabaram por divergir daquilo que encontramos no Tribunal europeu.

Para Bazelaire e Cretin:

*“Os dois tribunais diferem também no que diz respeito às infrações e às pessoas julgadas. Apenas os crimes contra a paz com contornos incertos e violações caracterizadas das leis de guerra são retidos em Tóquio, enquanto em Nuremberg, outras categorias de crimes são visadas pela acusação. Enfim, em Tóquio são julgadas apenas pessoas físicas, enquanto em Nuremberg organizações como a Gestapo são acusadas. Entretanto, no Japão não faltam organizações patrióticas que preconizam a política expansionista”.*¹³⁴

Em se tratando das peculiaridades, tem-se a caracterização do crime de guerra também na conspiração e conivência dos líderes japoneses com os outros países do Eixo. Segundo esse dispositivo somente o fato de as autoridades nipônicas não impedirem ou tentarem impedir que Alemanha e Itália perpetrassem os crimes de guerra, cuja intenção era manifesta, as qualificam como cúmplices.¹³⁵

¹³³ BAZELAIRE. *Op cit.*

¹³⁴ *Idem*, p. 38.

¹³⁵ O não aparecimento desse tipo de consideração acerca dos crimes de guerra em Nuremberg reside no fato óbvio de que os soviéticos teriam sérios problemas para explicar a natureza do Pacto de não-agressão Ribentropp-Molotov, que denunciava claramente a conivência dos chefes do Estado soviético com as ações criminosas do III Reich (GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal*

Do mesmo modo, o Estatuto define os crimes contra a paz como o planejamento, preparação, desencadeamento ou continuação de uma guerra de agressão, *declarada ou não*. O fato de, diferentemente do Estatuto de Nuremberg, o Estatuto do Tribunal de Tóquio contemplar a agressão do Estado japonês a outro tendo aquele declarado ou não guerra permite acusar os criminosos japoneses de agressão em episódios como o de Pearl Harbor.¹³⁶

Nesse mesmo ponto a interpretação do Tribunal de Tóquio também diverge de seu correlato europeu. Para os magistrados do Extremo Oriente iniciar uma guerra de agressão não compreende apenas a *“preparação ou o planejamento da guerra, com anterioridade ao início da mesma,”* como fora dito em Nuremberg, mas também a própria declaração de guerra. Mais uma vez o aspecto político dos tribunais internacionais do pós-guerra é evidenciado: ao considerar a possibilidade de criminalização da própria declaração de guerra, o Tribunal para o Extremo Oriente cria um episódio que depõe contra si mesmo no concernente à imparcialidade uma vez que os Soviéticos, violando o Pacto de não-agressão nipo-soviético, declarara guerra ao Japão.¹³⁷

Outra importante diferença entre os dois tribunais construídos para julgar os criminosos da Segunda Grande Guerra é a questão do conluio.¹³⁸ Tratado como ponto chave da acusação em Nuremberg, o conluio ganha pouco destaque no Estatuto do Tribunal de Tóquio e nenhuma relevância nos julgamentos. A dificuldade em lidar com essa construção jurídica tipicamente anglo-americana em Nuremberg influenciou os arquitetos do Tribunal oriental, que evitaram maiores percalços com algumas críticas.

Esse tipo de avaliação só foi possível por conta de outra diferença importante dos dois tribunais em questão: a duração de ambos e o fato de o Tribunal europeu ter iniciado suas atividades seis meses antes. Enquanto o Tribunal de Nuremberg durou de 20 de novembro de 1945 a 21 de outubro de 1946 – contabilizando um total de onze meses ou 216 dias efetivos de trabalho – o Tribunal de Tóquio durou de 25 de abril de 1946 a 12 de novembro de 1948 – ou seja, vinte e seis meses e dezessete dias de trabalho.¹³⁹

Além de haver um número maior de acusados no Tribunal de Tóquio se comparado à Nuremberg – 28 daquele contra 22 deste – outra diferença que contribuiu para o maior tempo de duração de Tóquio foi o fato de que os magistrados não provinham apenas dos países Aliados principais – Estados Unidos, União Soviética, França e Grã-Bretanha – mas de um total de onze países, sendo que dez lutaram ao lado dos Aliados e um fora indicado pela Índia na condição de país neutro.

É interessante destacar, nesse ponto da análise, o número significativamente maior de países representados nos magistrados em Tóquio em comparação a Nuremberg. A corte era

de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional – Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

¹³⁶ GONÇALVES. *Op cit*

¹³⁷ Recuperando com isso, entre outras coisas, o arquipélago das Kurilas. (GONÇALVES. *Op cit*)

¹³⁸ Vide capítulo 1, p. 43 e seguintes.

¹³⁹ Com isso, Tóquio pôde analisar os equívocos de Nuremberg e teve tempo de observar os problemas que esses equívocos trouxeram para os objetivos das potências Aliadas. Entretanto, nem todos os erros foram corrigidos.

composta por representantes de Austrália, Canadá, China, EUA, Filipinas, França, Grã-Bretanha, Holanda, Índia, Nova Zelândia e URSS. Pelo grande número de juízes é possível imaginar a diversidade de opiniões que ali foram expostas.

Enquanto no julgamento de Nuremberg os votos dos juízes norte-americanos, ingleses e franceses encontravam apenas os soviéticos – que votaram a favor da condenação de todos os acusados – como vozes dissonantes, no Tribunal de Tóquio os juízes representantes de Holanda, França e Índia não acompanharam os demais nas decisões¹⁴⁰.

De fato, esse acontecimento reflete que as novas normas do Direito Internacional tipificadas por Nuremberg estavam longe de serem consensualmente aceitas. Do mesmo modo que os magistrados holandês, francês e indiano alegaram os princípios da reserva legal e da irretroatividade da lei penal para inocentar criminosos de guerra japoneses da acusação de crimes contra a humanidade e crimes contra paz – que não estavam tipificados à época de seu cometimento – era questionada a todo tempo a competência de um tribunal de exceção, como o Tribunal para o Extremo Oriente, para julgar cidadãos japoneses.¹⁴¹

Como em Nuremberg, o Tribunal rechaçou completamente todas as petições questionadoras da jurisdição e competência daquela Corte frente ao Direito Internacional.¹⁴² Em termos procedimentais, Nuremberg e Tóquio são gêmeos quase idênticos. As garantias fundamentais de defesa que são previstas pelo Tribunal europeu são também contempladas pelo Estatuto do Tribunal de Tóquio em seu artigo 9º.

As diferenças entre as concepções dos juízes refletem, acima de tudo, “o conflito entre interesses políticos e Justiça”¹⁴³ que foi aos poucos se evidenciando. Nesse ponto residem as críticas mais ferrenhas a Tóquio e a favor de Nuremberg: como se poderia dizer que os julgamentos no Extremo Oriente foram norteados pela Justiça e imparcialidade se, ao contrário do que ocorrera em Nuremberg, nenhum acusado fora absolvido das acusações?

As complicações não param por aí. Em Tóquio ficava nítida a influência da comissão estadunidense na maioria das demais comissões. Tanto assim que os idiomas lá usados foram apenas o inglês e o japonês – contrariamente à Nuremberg cujos debates eram travados ou traduzidos para o russo, o inglês, o francês e para a língua do acusado. E, o mais relevante, ao contrário do que ocorrera em Nuremberg, aonde as potências aliadas contavam cada uma com um procurador com igualdade de direitos, em Tóquio os procuradores das nações aliadas são apenas os assistentes do procurador dos Estados Unidos.

Sobre esse ponto, ensinam Bazelaire e Cretin:

“O processo de Tóquio foi manifestamente submetido a razões de Estado e a justiça que é feita aí se presta a várias críticas. Mais ainda que o Tribunal de Nuremberg, é uma justiça de vencedor submetida de forma muito estreita à tutela

¹⁴⁰ BAZELAIRE. *Op cit.*

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² GONÇALVES, Joannis Brito. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁴³ GONÇALVES. *Op cit*, p. 204.

norte-americana, e ao se representante, o general Mac Arthur. Não é excessivo dizer que a política americana em relação ao Japão e à China, que se tornou comunista, passou à frente dos princípios que sustentam uma ação judiciária.

Além disso, os Estados Unidos são os principais provedores de fundos do tribunal; eles comandam o tribunal e, enfim, o comandante-chefe – general Mac Arthur – tem não apenas o poder de escolher os juizes, mas também de reduzir as penas pronunciadas, sem, entretanto, poder aumentá-las”.¹⁴⁴

Começa a apresentar-se um dos motivos pelos quais o Tribunal para o Extremo Oriente teve um viés nitidamente mais político do que o Tribunal Militar Internacional para os Grandes Criminosos de Guerra do Eixo na Europa. Iniciava-se o jogo de poder da política internacional responsável pelos conflitos da Guerra Fria, e Estados Unidos e URSS estavam mais preocupados com o incremento de seus repertórios de países simpatizantes do que com manifestações honestas de respeito ao Direito Internacional. Talvez por isso a União Soviética não tenha oferecido grande resistência às investidas norte-americanas em todas as camadas sociais, políticas e jurídicas – inclusive escrevendo a própria constituição – do Japão.

Questões políticas foram levantadas pelos críticos que atribuem a fatores não-jurídicos a ausência do imperador Hirohito, que havia assumido conivência com crimes de guerra e crimes contra a paz e teve papel fundamental no ataque a Pearl Harbor.

Ao invés de receber a mesma sorte dos primeiros-ministros julgados, o imperador Hirohito foi mantido no poder, “já que o termo de capitulação estabelecera que a autoridade do Imperador e de seu governo ficaria submetida ao Comando Supremo das Forças Aliadas (em outras palavras, o representante dos Estados Unidos), que tomaria todas as medidas necessárias para a sua aplicação”.¹⁴⁵

Além dessa evidência da força política por trás do Tribunal de Tóquio encontra-se ainda o fato de que vários criminosos de guerra japoneses foram libertados pelos norte-americanos sem nenhum processo. O contexto da Guerra Fria certamente tem influência nesta decisão dos Estados Unidos; era público e notório que todos os criminosos japoneses eram fervorosamente anticomunistas.¹⁴⁶

Outro fato que demonstra as reais intenções norte-americanas é o não indiciamento dos médicos da Unidade 731, responsáveis por mais de 9 mil mortes e por experimentos científicos com seres humanos. Sem dificuldades judiciais para tocarem a vida normalmente os médicos de Pingfan continuam exercendo sua atividade ou se aposentam sem restrições. Segundo Carlos Eduardo Adriano Japiassú “alguns médicos do campo de Pingfan e seu chefe,

¹⁴⁴ BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004, p. 37.

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ BAZELAIRE. *Op cit.*

Shiro Ishii, foram libertados em troca da doação de remédios obtidos com base em experimentos humanos, após acordo com o General [norte-americano] Mac Arthur".¹⁴⁷

O apelo político das decisões dos magistrados era, obviamente, percebido pelos seus colegas que tratavam de expressar a repulsa e a parcialidade com que eram tratados os processos. O juiz australiano, William Webb, lamentou a ausência do imperador no banco dos réus e expressou sua opinião sobre o caráter excessivo de algumas sanções – além de salientar que o conceito de conspiração não encontrava sustentáculo no Direito Internacional. O juiz representante da França, Henri Bernard, também criticou o processo, do mesmo modo que seu colega holandês, Bernard Victor A. Roling, para o qual havia muita severidade em alguns julgamentos e muita leveza em outros.

*“Mas o juiz mais crítico foi sem dúvida Radhabinod Pal da Índia que, inspirado pela convicção pessoal de que a Ásia devia pertencer apenas aos asiáticos”*¹⁴⁸ e percebendo a profundidade das interferências norte-americanas, estimou que os acusados deveriam ter sido todos absolvidos. Além disso, o representante indiano acatou o argumento da defesa quanto à incompetência do Tribunal de Tóquio para julgar casos de crimes de guerra e a inexistência de relação jurídica entre os magistrados e os acusados japoneses.¹⁴⁹

As críticas dos magistrados revelam a insatisfação com a proposta do Tribunal de Tóquio e com o transcurso dos processos. Mas, mais do que isso, essas críticas indicam que não era unânime que o tratamento dado aos criminosos de guerra da Segunda Guerra Mundial compreendesse violações aos princípios gerais de direito e ao devido processo legal. A parcialidade dos juízes fora revelada pelos próprios colegas; mesmo assim, os magistrados críticos foram “voto vencido” nos julgamentos e não conseguiram fazer prevalecer padrões de julgamento mais corretos.

Evidenciado pelos fatos e pela denúncia de magistrados e estudiosos, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente foi, muito mais do que o Tribunal de Nuremberg, um caso de justiça do vencedor, que dita as regras do jogo e permite apenas as imposições que lhe são convenientes.

A despeito disso, os dois tribunais internacionais encarregados de responsabilizar os grandes criminosos de guerra pelas atrocidades cometidas durante a mais cruenta das guerras, foram responsáveis pela mais importante evolução no Direito Penal Internacional na história da civilização. Ademais, esses tribunais municiaram a sociedade mundial contra atrocidades futuras, dando ao Direito Internacional capacidade para julgar indivíduos por atos antes escudados pelos ditames da razão de Estado.

Contra o Tribunal de Tóquio encontram-se fortes evidências de que ele foi manipulado pelos Estados Unidos que o utilizaram para fazer valer o poder, que haviam demonstrado ter com as bombas de Hiroshima e Nagasaki, também na âmbito jurídico e político.

¹⁴⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal* – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 67.

¹⁴⁸ BAZELAIRE. *Op cit*, p. 38.

¹⁴⁹ *Idem*.

Enquanto os documentos e os testemunhos dos que acompanharam o Tribunal de Nuremberg dão conta de que este não foi algo armado para conseguir vingança a todo custo, e nem sofreu, nos pareceres dos juizes, grande influência dos governos ali representados, o Tribunal de Tóquio perde credibilidade ao serem analisados seus documentos e ouvidos seus observadores.

Nos dizeres de Bazelaire e Cretin:

*“Para concluir sobre os tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio, as primeiras etapas efetivas da justiça penal internacional, aparecem, por um lado, exemplos de justiça do vencedor; mais ainda se evocarmos apenas o caso de Tóquio. Entretanto, esse julgamento deve ser atenuado no que diz respeito à Nuremberg: ninguém pode contestar de que se trata de justiça penal, visto que três absolvições foram pronunciadas. Uma pura justiça do vencedor não teria certamente chegado a isso”.*¹⁵⁰

Tal concepção nos leva a crer que não se pode analisar o Tribunal de Tóquio isoladamente. Se assim procedêssemos, chegaríamos, irremediavelmente, à conclusão de que os tribunais responsáveis pelo novo Direito Internacional do pós-guerra, não foram nada além de um circo armado para vingar algumas batalhas perdidas durante a guerra, uma nova maneira, apenas, de encenar o que antes se daria através do fuzilamento sumário dos vencidos.

3.2 O DIREITO PENAL INTERNACIONAL PÓS-GUERRA

Já foram expostas e analisadas as contribuições que os tribunais militares internacionais de Nuremberg e Tóquio deram ao desenvolvimento do Direito Penal Internacional e do próprio direito das gentes. O mundo que se configurava após o segundo conflito mundial seria muito mais capaz de conservar a paz e os valores humanos que foram violados na II Guerra.

Para tanto, trataram os homens de comando da política internacional de documentar as mudanças no Direito Internacional promulgadas pela teoria e prática dos tribunais do pós-guerra. Tal documentação havia de ser feita no âmbito da organização internacional símbolo da Nova Ordem Mundial: a Organização das Nações Unidas.

A ONU é resultado da Segunda Grande Guerra, e os fatos comprovam isso. O termo “nações unidas” (*united nations*) foi usado pela primeira vez pelo presidente norte-americano Roosevelt para referir-se aos países Aliados. A *United Nations War Crimes Commission* (UNWCC) é exemplo de como a idéia de organização das Nações Unidas era uma organização dos países Aliados. Além disso, os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança são

¹⁵⁰ BAZELAIRE. *Op cit*, p. 39.

as cinco nações vencedoras da Segunda Guerra Mundial: Estados Unidos, União Soviética, França, Inglaterra e China.

Nesse cenário é inteligente concluir que o teor das declarações e os princípios de política entre as nações propagado pelos Aliados durante e depois do conflito foi homologado pela organização baluarte do novo tempo das relações internacionais que ali se inaugurava.

E assim se deu. Logo na primeira Assembléia Geral da ONU, a 10 de Janeiro de 1946 (portanto ainda no transcurso dos julgamentos em Nuremberg e antes do início do Tribunal de Tóquio), são promulgadas as mudanças no Direito Internacional manifestadas pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sendo ratificada a consciência de que uma nova era do Direito Internacional ali se iniciava.

Os crimes internacionais tipificados pelos Estatutos de Nuremberg e Tóquio foram também adotados pela ONU, que liderava, a partir de então, “um movimento [internacional] no sentido de que se estabelecessem bases mais concretas para o Direito Penal Internacional e, ao mesmo tempo, que fosse estabelecida uma jurisdição penal de caráter permanente”.¹⁵¹

Esse movimento tinha por base as mudanças que alguns parâmetros do direito das gentes vinham sofrendo desde a década de 1930 e que foram por definitivo estabelecidos como regras internacionais na medida em que haviam sido definidos pelos tribunais internacionais. Além disso, era preciso cobrir certas lacunas deixadas pelos Estatutos dos Tribunais Militares Internacionais como nas definições dos crimes internacionais ali mencionados em primeira mão.

Segundo Bazelaire e Cretin, a sociedade internacional representada pela Organização das Nações Unidas cultivava um sentimento comum com o mundo que construiu o Tribunal de Nuremberg: a recusa de impunidade. Para esses dois autores foi o sentimento de que os criminosos internacionais tinham de ser punidos o motivo central do esforço da comunidade global em incrementar os recursos do Direito Penal Internacional.¹⁵²

Nas palavras do Juiz Robert Jackson, um dos arquitetos de Nuremberg:

“O privilégio de abrir o primeiro processo na história dos crimes contra a paz do mundo é uma grande responsabilidade.

*Os crimes pelos quais buscamos condenar e punir foram a tal ponto premeditados, perversos e devastadores que a civilização não pode tolerar que sejam ignorados, pois não poderíamos sobreviver se eles fossem reiterados”.*¹⁵³

Como o juiz Jackson, a comunidade internacional, principalmente na figura dos homens que estudavam formas diversas de repressão a crimes internacionais, percebia que os motivos pelos quais foram empreendidos avanços no Direito Internacional por Nuremberg não poderiam ser esquecidos. Pelo contrário, era preciso que o ambiente internacional como um todo compreendesse os valores humanos por detrás das iniciativas pós-guerra e tirasse daí lições e munições para lutar a favor da fraternidade entre os povos.

¹⁵¹ JAPIASSÚ. *Op cit.* p. 75.

¹⁵² BAZELAIRE. *Op cit.*

¹⁵³ *Ibidem*, p. 42.

O sentimento de recusa à impunidade, os ideais humanos e a necessidade de se aperfeiçoar conceitos do Direito Internacional provocaram, em 1947, a VII Conferência para a Unificação do Direito Penal, cujo objetivo era definir o crime contra a humanidade, manifestando a necessidade de ser este crime incluído no Código Penal Internacional e também em todos os estatutos repressivos nacionais, além de afirmar que a repressão a esse delito somente seria factível a partir de uma justiça penal internacional.¹⁵⁴

As declarações resultantes da Conferência refletem ainda a crescente concepção da comunidade internacional de que os Estados deveriam absorver as normas internacionais, o que permitiria maior efetividade no enquadramento de ações dentro dos próprios Estados, ajustando-se ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Como disse Mary Robinson, Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos: “[...] as violações atuais dos direitos do homem são a causa dos conflitos de amanhã”¹⁵⁵.

Ainda em 1947, a Assembléia Geral das Nações Unidas criou o Comitê para a Codificação do Direito Internacional, que mais tarde se transformaria na Comissão de Direito Internacional, cuja função era formular os princípios de Direito Internacional reconhecidos no Estatuto e no julgamento do Tribunal de Nuremberg, bem como preparar o projeto de um “Código das Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade” e apresentar o Estatuto de um Tribunal Penal Internacional.¹⁵⁶

Apesar de ter sido aprovado pela Comissão de Direito Internacional, o ambiente político internacional não permitia que a idéia de uma jurisdição internacional de caráter permanente prosperasse. Bassiouni, citado por Japiassú, resume as posições das potências quanto a criação da Corte em tela:

*“A União Soviética acreditava que a soberania poderia ser afetada pelo estabelecimento de tal tribunal; os Estados Unidos não estavam preparados para aceitar o estabelecimento de tal corte àquela altura da Guerra Fria; a França expressava seu apoio para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente, mas não se empenhava em aprofundar o processo; e o Reino Unido considerava a idéia politicamente prematura”.*¹⁵⁷

Tentando adequar a proposta de criação de uma jurisdição internacional permanente, a Comissão de Direito Internacional da ONU preparou, em 1951, um projeto novo de Estatuto, cujo texto foi revisado mais tarde, em 1953. A revisão do projeto pretendia limitar as possibilidades de atuação do Tribunal e, conseqüentemente, sua jurisdição; devolvendo, assim, mais controle da instituição aos Estados membros.

A revisão ainda alterou o número de juízes que passou de nove para quinze – como vimos na análise dos Tribunais de Tóquio e Nuremberg, o número maior de juízes ajudou a fazer

¹⁵⁴ JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁵⁵ BAZELAIRE. *Op cit.*

¹⁵⁶ JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁵⁷ BASSOUI, M. Cherif. *apud* JAPIASSÚ. *Op cit.* p. 76.

com que aspectos políticos prevalecessem em detrimento de orientações jurídicas. Ambos os documentos estabeleciam que somente pessoas físicas seriam julgadas, vetando-se, portanto, a responsabilização penal de pessoa jurídica. Diferentemente do projeto inicial, por razões óbvias a revisão de 1953 não deu atenção especial aos Chefes de Estado e aos agentes de governo que, eventualmente, tivessem sido condescendentes com a prática de crime internacional.

O projeto que foi submetido à apreciação da Assembléia Geral das Nações Unidas, juntamente com o Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade, em 1954, não mencionava a expressão 'Chefes de Estado' para evitar maiores rejeições.

No entanto, foi determinada a suspensão dos trabalhos de elaboração de uma Corte Internacional permanente até que houvesse consenso quanto ao que se entendia como crime de agressão, o que levou vinte anos para acontecer.

Concomitante aos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU a legislação internacional desenvolveu conceitos e aperfeiçoou o legado de Nuremberg. Destacase a Convenção das Nações Unidas sobre o Genocídio, assinada em Paris a 9 de dezembro de 1949, que reconhecia, em seu artigo 6º, a jurisdição de um Tribunal Penal Internacional, mas não exigindo sua criação para a aplicação de suas disposições. Outro documento internacional que assimilava a instauração de um Tribunal Penal Internacional era a Convenção do Apartheid, de 1973, em seu artigo 5º.¹⁵⁸

Em meio às discussões do V Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, que cuidava de tratar da prevenção da tortura e da prevenção e supressão do terrorismo, ocorrido em Genebra em 1975, voltou à baila a ideia de em Tribunal Penal Internacional permanente. O assunto, entretanto, foi esquecido nos debates da ONU por conta da fragmentação política do mundo e dos conflitos regionais.¹⁵⁹

Retomado em 1978, os trabalhos para implementação de uma jurisdição internacional permanente receberam apoio de governos e organizações não-governamentais que, pressionando, conseguiram a determinação da Assembléia Geral da ONU para a continuação dos estudos da Comissão de Direito Internacional da casa no assunto. No entanto, os trabalhos tiveram que ser recomeçados, tendo sido concluídos apenas em 1991, sendo ainda revisado em 1996.

Pouco tempo depois, em 1979, o Comitê ad hoc da ONU para o Sul da África solicitou a M. Cherif Bassiouni a elaboração de um estatuto para a criação de um tribunal que julgasse as violações do regime de Apartheid. Politicamente inviável, não houve como dar prosseguimento ao projeto.¹⁶⁰

¹⁵⁸ JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ JAPIASSÚ. *Op cit.*

3.3 CARACTERÍSTICAS DO MUNDO PÓS-1945

O ambiente internacional do pós-guerra compreendia uma série de vicissitudes que obstaculizavam a concretização das propostas de julgamentos internacionais. Além do jogo de poder característico da Guerra Fria que impedia que as grandes potências do mundo bipolar cogitassem materializar certos projetos e dificultava a discussão no âmbito das Nações Unidas, preocupados que estavam com os conflitos em que se encontravam envolvidos, havia uma nova forma de guerra que precisava de reflexões que a definisse no Direito Internacional.

O enfraquecimento político e econômico das potências européias durante a Segunda Grande Guerra criou um fenômeno de descolonização no continente africano e nos demais lugares com os quais as principais nações da Europa mantinham vínculos coloniais.

O que, em tese, seria o início de um tempo melhor para os povos que antes se encontravam sob o jugo de colonizadores estrangeiros se mostrou o começo de uma série de conflitos tribais que, na luta pelo poder e pelo controle das riquezas naturais do território, espalhou horror por países inteiros.

As guerras tribais e as guerras de independência inauguram uma nova modalidade de combate que provocavam uma série de violações à dignidade humana. No entanto, esses conflitos em geral não alcançavam o ambiente internacional e mesmo assim traziam consigo ações criminosas que feriam profundamente os parâmetros do Direito Internacional promulgados pelo Tribunal de Nuremberg.

Buscando adequar a legislação internacional a esse novo tipo de conflito e promulgar no inconsciente coletivo internacional a idéia de proteção à pessoa humana independente do tempo e do espaço em que são perpetradas as ações ofensivas, a sociedade internacional empreendeu esforços e redigiu documentos internacionais. Dentre esses documentos contam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, aprovada unanimemente por 48 Estados contra 8 abstenções; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, juntamente com seus dois Protocolos facultativos, de 1966 e 1990.¹⁶¹

Interessante destacar, no âmbito do nosso trabalho, que ambos os documentos prevêem o direito ao devido processo legal como Direito do Homem. E, no caso particular Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, relevante reproduzir o parágrafo 2º do artigo 15 onde se escreve:

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

¹⁶¹ JAPIASSÚ. *Op cit.*

Igualmente importante é ressaltar o papel da Declaração Universal dos Direitos do Homem nas novas ordens política e jurídica internacionais:

Segundo Flavia Piovesan:

*“A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos seus preceitos e a inexistência de qualquer voto contrário as suas disposições, confere a Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum a serem seguidos pelos Estados. A Declaração Universal reflete os parâmetros protetivos mínimos para a salvaguarda da dignidade humana, ou seja, o mínimo ético irreduzível a ser observado pela comunidade internacional”.*¹⁶²

Além de Piovesan o professor Renato Zerbini Ribeiro Leão nos ensina sobre a força da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

*“A partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, todos os países do mundo, inclusive aqueles que não atravessavam o largo processo histórico de formação do Estado liberal e democrático moderno, dispõem de um código internacional para decidir como comportar-se e como julgar [...]”.*¹⁶³

Nota-se daí, portanto, que a necessidade de utilização dos pressupostos do *“due process of law”* nos julgamentos internacionais era sentida pelos Estados integrantes das Nações Unidas e refletia um novo cenário nascido após o trauma da Segunda Guerra Mundial. Cenário esse em que os países entenderam as vantagens e as nuances de se estabelecer em definitivo o paradigma de segurança coletiva, que culminaria na criação de um entrelaço entre as nações cuja força lhes era garantia mínima de tranquilidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui um divisor de águas¹⁶⁴ e é uma resposta dupla ao Tribunal de Nuremberg. A primeira resposta trata-se da materialização da concepção, emergida das cinzas da Segunda Guerra, de que não só os Estados figuram como atores no cenário internacional. A partir de Nuremberg o indivíduo é sujeito de direito tanto em relação ao direito nacional quanto ao internacional e, portanto, pode o indivíduo ser responsabilizado por crimes de guerra e demais crimes cuja responsabilidade anteriormente só poderia ser atribuída ao Estado. De acordo com Flavia Piovesan:

¹⁶² PIOVESAN, Flavia. *Direito internacional dos direitos humanos: Código anotado* – São Paulo: DPJ, 2008, p. 18.

¹⁶³ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador* – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 29.

¹⁶⁴ Como bem disse o professor Zerbini *“o reconhecimento dos direitos humanos no cenário internacional caminhou, às vezes efusivamente, outras discretamente, junto com o desenvolvimento das relações internacionais”* (LEÃO. *Op cit*, p. 30).

*“(...) cada vez mais se reconhece que os indivíduos podem ser considerados responsáveis por determinadas condutas. Não mais se os Estados são os exclusivos perpetradores de condutas que violam o direito internacional. A ficção legal de que os indivíduos não participam da arena internacional e, conseqüentemente, não podem ser responsabilizados por seus atos, tem sido repensada. Crimes de guerra e genocídios são hoje reconhecidos como atos pelos quais os indivíduos são suscetíveis a responsabilização como indivíduos”.*¹⁶⁵

Sobre essa perspectiva, o próprio julgamento internacional de Nuremberg estabelece: *“Crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes”.* Essa nova mentalidade global é o marco inicial do processo de internacionalização dos Direitos Humanos que se deu partir de então com força jamais vista.

A segunda resposta que a Declaração Universal, deu ao mundo, com relação a Nuremberg, trata exatamente do modo como foram conduzidos os processos contra os generais e representantes do partido nacional socialista julgados no Tribunal de Nuremberg, consagrando os direitos dos acusados a um julgamento justo como sendo direito inerente à condição humana – assim como feito pela Declaração dos Direitos dos Homem e do Cidadão, do século XVIII.

A Declaração Universal tem, portanto, o papel de consagrar uma nova consciência internacional que envolve aspectos dos mais variados, indo de uma nova noção de sujeito de direito no Direito Internacional até o entendimento da necessidade de reestruturação da concepção de soberania estatal.

Além dos documentos sobreditos, as Convenções de Genebra, de 1949, e os Protocolos Adicionais à mesma Convenção, de 1977, cuidam de regulamentar a relação dos Estados em tempo de guerra e, especialmente estes últimos, tratam da proteção às vítimas das novas modalidades de conflito que marcavam as décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial. Regulamentam-se, aí, a guerrilha e os conflitos armados não nacionais.¹⁶⁶

3.4 O FIM DA GUERRA FRIA E OS TRIBUNAIS AD HOC.

A queda do muro de Berlim e os demais eventos que marcaram o desmantelamento da União Soviética e o fracasso do modelo soviético de socialismo marcaram também o fim da ordem bipolar engendrada com o fim de Segunda Guerra Mundial.

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56.

¹⁶⁶ GONÇALVES. *Op cit.*

Com o fim da tensão política entre Estados Unidos e União Soviética o temor de uma guerra nuclear caiu por terra e as atenções do mundo desviaram-se para outros rumos. Não mais seria possível desconsiderar conflitos regionais, como os do Camboja, em que claras violações dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário eram perpetradas sem que a sociedade internacional se mobilizasse para estancar o derramamento de sangue.

A indiferença do mundo perante o drama cambojano é alertada por diversas organizações não-governamentais, como o Centro Internacional dos Direitos da Pessoa e do Desenvolvimento Econômico (CIDPDD)¹⁶⁷ que publicava até fevereiro de 1998 um revista intitulada *info-impunité*. A despeito dos alertas, somente a partir de 1989 é que o cenário político internacional permite a retomada das discussões em Direito Penal Internacional e que são criadas as condições de punição aos criminosos internacionais.

Nesse cenário, as repúblicas antes vinculadas à URSS empreendem um processo abrupto e, por vezes, violento de independência. Essas repúblicas, sob o patrocínio dos russos e edificadas sob as bases do totalitarismo, impunham por vezes a união de povos diversos em torno da bandeira de um só Estado nacional, gerando uma falsa unidade que, em momentos de tensão certamente não resistiriam a propostas separatistas.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a ex-República Socialista Federal da Iugoslávia. Com o fim da bipolaridade ideológica e com a conseqüente abertura política dos países do leste europeu, os movimentos étnicos com objetivo de independência ganharam força. O caso da Iugoslávia é exemplo de que a artificialidade de um Estado multi-étnico não perduraria sem um governo central capaz de impor a ordem.

As disputas originárias das tensões internas de países como a Iugoslávia acabariam por deflagrar uma série de conflitos que a Europa não havia experimentado em seu território desde a II Guerra. A guerra étnica não impunha limites à crueza de seus objetivos, formando o cenário propício para inúmeros ataques à dignidade humana, violações nítidas das leis da guerra e de princípios humanitários e humanos.

Uma característica importante desses conflitos pós-Guerra Fria é a utilização, como na II Guerra, de civis como combatentes e alvo dos ataques. O ataque indiscriminado a civis era algo que não se poderia assimilar, e trazia consigo crimes como o genocídio, crimes de guerra e violações dos direitos do homem e várias outras atitudes criminosas manifestadas em Nuremberg.

No continente africano a situação é calamitosa. No mundo de valorização exacerbada de riquezas materiais, acirram-se as rivalidades tribais, étnicas e religiosas, que precedem a demonização do adversário político, uma vez que o caminho para o controle das riquezas nacionais é dificultado. A volta ao estado de barbárie de algumas regiões do continente africano requer da comunidade internacional alguma atitude.

¹⁶⁷ Trata-se de um organização não-governamental que milita pela luta contra os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Classifica a si própria como uma agência de informação sobre a impunidade. Sediada em Montreal, Canadá. Mais informações no site www.ichrdd.ca. (BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004.)

Tensões e conflitos assolam diferentes lugares do planeta e entregam a sorte de suas vítimas aos rumos da violência que tomam as rivalidades. Diante disso, fez-se mister que o Direito Internacional se fizesse presente de forma rápida e eficaz, e que solidifique as concepções celebradas meio século antes – em Nuremberg e Tóquio – e amadurecidas durante a Guerra Fria.

Os cinquenta anos de letargia da comunidade internacional finalmente chegariam ao seu termo. Novas e definitivas manifestações do Direito Penal Internacional serão engendradas na última década do século de Nuremberg e servirão de base para a estruturação definitiva de uma jurisdição penal internacional permanente.

3.4.1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

A necessidade de se estabelecer um Tribunal Penal Internacional para julgar as violações ao Direito Internacional perpetrados na antiga república soviética é evidenciada pelas características do conflito.

Falar do conflito nos Bálcãs não é tarefa pouco complicada. A guerra no território da ex-Iugoslávia na verdade é um conjunto de lutas entre etnias ocorridas majoritariamente ao longo da década de 1990.

A região balcânica vivencia conflitos desde a Antiguidade pela multiplicidade de etnias que ali convivem desde então. Para citar alguns grupos, na região são encontrados sérvios, croatas, eslovenos, macedônios, albaneses, muçulmanos, montenegrinos, turcos e húngaros.¹⁶⁸

Na II Guerra foram acirrados os ânimos entre sérvios e croatas com a celebração de um acordo entre esses últimos e os nazistas alemães prevendo a deportação e execução dos sérvios. Após a Segunda Guerra Mundial, porém, durante quarenta anos não se contam grandes atritos entre os povos da Iugoslávia.

As razões para isso residem no forte controle que o estado socialista foi capaz de promover na figura do Marechal Josip Broz Tito. Em 1980 Tito morre. Com isso e com o agravamento dos problemas econômicos pelos quais atravessavam as repúblicas socialistas do leste europeu, os ódios raciais ressurgem com força inédita até então.

A primeira etapa do conflito ocorreu na Eslovênia, quando da proclamação de independência que essa república reivindicou junto à Iugoslávia, a 25 de junho de 1991. Logo depois a Croácia também reclama autonomia, sendo seguida por Bósnia e Herzegovina e, mais tarde, por Kosovo.¹⁶⁹

Dentre os muitos crimes de guerra e violações do Direito Humanitário encenadas nos conflitos da região balcânica há um fator que prepondera no rol de ações desumanas e chocantes entre todas. Trata-se das violações aos Direitos Humanos e ao Direito Penal

¹⁶⁸ JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁶⁹ BAZELAIRE. *Op cit.*

Internacional, com a reiterada prática do genocídio e outros crimes contra a humanidade, através do que se convencionou chamar de “depuração étnica”.

Expressão relativamente nova até então, “depuração étnica” é compreendido pela ONU como o ato de dar homogeneidade étnica a uma zona, utilizando a força ou a intimidação para expulsar pessoas ou determinados grupos em dita zona. A “depuração étnica” constitui flagrante violação do Direito Internacional.

Trecho do documento S/25274, de 9 de fevereiro de 1993 – que consubstanciou o primeiro relatório da Comissão nomeada pelo Secretário Geral da ONU, em atenção ao determinado pela Resolução 780 do Conselho de Segurança que requeria a apuração das denúncias de violações graves do Direito Humanitário – explica que a depuração étnica se faz através de *“homicídios, torturas, encarceramentos arbitrários, execuções sem processo judicial, estupros e outras agressões sexuais, confinamento de populações civis em guetos, expulsões pela força, deslocamento e deportação de populações civis, ataques deliberados ou ameaças de ataques contra civis e zonas civis, destruição injustificada de bens”*.¹⁷⁰

E alerta dizendo que “estas práticas constituem crime de lesa-humanidade e podem ser assemelhadas a crimes de guerra concretos” e que “estes atos também poderão ser considerados como compreendidos na Convenção de Prevenção e Repressão do Delito de Genocídio”.¹⁷¹

A Comissão criada pela ONU ressalta ainda que a depuração étnica consiste em uma “política deliberada, concebida por um grupo étnico ou religioso para deslocar através da violência e do terror a população civil de outro grupo étnico ou religioso de determinadas zonas geográficas. Em grande medida, essa política é aplicada em nome de um nacionalismo mal entendido, de ofensas históricas e de um forte desejo de vingança”.¹⁷²

O relatório da Comissão expõe os perigos do nacionalismo exacerbado, do ufanismo, que motiva brutalidades caso haja quem as instigue e a manipule convenientemente – mesmo que o instigador seja apenas as forças das circunstâncias. Expõe também as naturezas políticas dos conflitos ao concluir quanto ao planejamento anterior e deliberado das ações. Como bem ressaltou o chefe da Comissão, Cherif Bassiouni, *“os atos de limpeza étnica não foram cometidos por grupos isolados ou bandos descontrolados, tudo colabora para revelar um objetivo, uma sistematização, assim como um certo planejamento e uma coordenação por parte das mais altas autoridades [...]. Esses atos ilegais são frequentemente celebrados por seus autores como sendo tarefas positivas, patrióticas. Esses fatores, dentre outros, mostram a existência de um elemento de direção superior”*.¹⁷³

É com sentimento de repúdio ao quadro de horror instalado na ex-Iugoslávia, que se descortinava por força das investigações e pelo trabalho dos jornalistas nos Bálcãs, que o processo de criação do primeiro Tribunal internacional desde o Tribunal de Tóquio se inicia.

¹⁷⁰ Documento S/25274 ONU, de 9 de fevereiro de 1993 *apud* JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁷¹ Parágrafos 55, 56 e 57 do documento S/25274 ONU *apud* JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁷² JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 105.

¹⁷³ BAZELAIRE. *Op cit*, p. 52.

Após resoluções preliminares, a 22 de fevereiro de 1993, o Conselho de Segurança, por intermédio da Resolução 808, aprova por unanimidade a convocação do Secretário-Geral da ONU para, em sessenta dias, submeter à aprovação um estatuto para a instituição de um Tribunal Internacional para julgar as violações graves do Direito Internacional praticada nos conflitos nos territórios da antiga Iugoslávia desde 1991. Em 25 de maio de 1993, agindo de acordo com o Capítulo VII da Carta da Organização das Nações Unidas, é estabelecido pela Resolução do Conselho de Segurança 827 o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII).

O TPII é competente, nos termos de seu artigo 1º, para processar e julgar indivíduos “considerados responsáveis por violações graves do Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia, a partir de 1991”, no que concerne às violações às Convenções de Genebra de 1949 (artigo 2º), às leis e costumes de guerra (artigo 3º), aos atos característicos de genocídio (artigo 4º) e de crimes contra a humanidade (artigo 5º).¹⁷⁴

Na medida em que os acontecimentos vão se tornando públicos, mais é reiterada a idéia de que o número de altos funcionários e líderes dos exércitos comprometidos com as atitudes ilegais é realmente enorme. A partir de então, um maior número de pessoas passa a ser acusada e os trabalhos do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia aumentam vertiginosamente, o que é comprovado pelo crescimento dos orçamentos anuais do Tribunal desde que fora criado.

Em todo o trabalho para a instauração do TPII é dada especial atenção aos direitos dos acusados. É inegável que os princípios da reserva legal e da irretroatividade da lei penal recebem atenção adequada por parte do Estatuto do TPII.¹⁷⁵

O artigo 10 do Estatuto do Tribunal em tela trata de um princípio básico do direito – o que, para muitos, não foi observado em Nuremberg e Tóquio – segundo o qual ninguém pode ser duplamente penalizado por nenhum crime. Trata-se do *non bis in idem*, que é ignorado pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg em seu artigo 11 e é promulgado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem também em seu artigo 11.

Uma diferença fundamental desse Tribunal para os tribunais do pós-II Guerra é a possibilidade de recurso. O Tribunal é composto por três Câmaras, sendo duas as Câmaras de Primeira Instância e uma a de Recursos, como dispõe o artigo 11 do Estatuto.

Os direitos dos acusados são elencados pelo artigo 21 e pouco diferem daquilo que foi estipulado em Nuremberg. Princípios como a presunção de inocência e o da igualdade dos acusados perante o Tribunal são, porém, promulgados pelo Estatuto do TPII, ao contrário do que ocorreu em Nuremberg.

O site do Tribunal disponibiliza uma página especial para que os visitantes se interessem dos detalhes do trabalho da defesa, tratando de ressaltar a importância do direito às garantias fundamentais do acusado:

¹⁷⁴ BAZELAIRE. *Op cit.*

¹⁷⁵ GONÇALVES. *Op cit.*

*"The right of the accused to a fair trial is not only a fundamental human right but also one of the basic principles of criminal justice. As in any other court of law, the defence plays a crucial role at the ICTY. A competent defence upholds equality of arms between the Prosecution and the Defence, thereby ensuring the fairness of the proceedings. Furthermore, a competent and vigorous defence contributes to the Tribunal's credibility and legitimacy in the eyes of the international community. The confidence the public has in the court depends on the fairness of its trials".*¹⁷⁶

As diferenças entre os Estatutos de Nuremberg e do TPII são obviamente reflexo das mudanças que os documentos internacionais sofreram no que tange à posituação dos direitos do homem. Tanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem quanto o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos proclamam o direito a julgamento justo como direito fundamental da pessoa, elevando princípios como o da presunção de inocência à categoria dos princípios basilares.

Contudo, o fato de o TPII ser um tribunal de exceção revela que não havia sido completo o desenvolvimento das normas de Direito Penal Internacional. O trabalho rumo à consolidação do DPI tinha dado em enorme passo, mas não chegara perto de seu termo.

Por fim, um pronunciamento de Antonio Cassese ex-presidente do TPII, sobre a importância da justiça para a recuperação de um conflito:

*"Justice is an indispensable ingredient of the process of national reconciliation. It is essential to the restoration of a peaceful and normal relations between people who have lived under a reign of terror. It breaks the cycle of violence, hatred and extrajudicial retribution. Thus peace and justice go hand in hand".*¹⁷⁷

3.4.2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

O conflito em Ruanda tem suas raízes fincadas nas rivalidades históricas entre as duas etnias que compõem o país. Composto por 80% de representantes da etnia hutu e pouco menos de 20% de tutsis, este país da África Oriental vive um ambiente de tensão desde sua independência, em 1962.¹⁷⁸

Em 6 de abril de 1994, os presidentes (hutu) de Ruanda e Burundi sofrem um atentado logo após a aterrissagem do avião que os levava até Kigali. O atentado, que até hoje não fora esclarecido nem quanto às circunstâncias nem quanto aos autores, serviu de pretexto

¹⁷⁶ <http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY/Defence>.

¹⁷⁷ <http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY>.

¹⁷⁸ BAZELAIRE. *Op cit.*

para que a maioria extremista hutu instalasse barricadas na capital para prendem tutsis e hutus moderados.

Com o aparato de repressão estatal a seu dispor os hutus travaram uma guerra com a Frente Patriótica Ruandesa (FPR), movimento armado da oposição tutsi. O resultado foi o genocídio de 500 mil a 1 milhão de pessoas, na maioria de tutsi – número estrondoso diante do fato de que Ruanda tinha na época menos de 8 milhões de habitantes.¹⁷⁹

Em 23 de junho de 1994 são enviadas tropas francesas de acordo com uma Resolução do Conselho de Segurança da ONU. O total de soldados enviados é de 2500. Uma semana depois a Comissão de Direitos Humanos da ONU publica um relatório em que alude ao “*caráter sistemático do genocídio*”.¹⁸⁰

Menos de um mês após o envio das tropas da ONU a Frente Patriótica Ruandesa toma a capital do país e as demais cidades das mãos dos hutus, sendo formado um governo de união nacional. Ficava claro, entretanto, que as potências demoraram a agir e permitiram de certa forma os massacres perpetrados em Ruanda.

A pressão internacional, inclusive do governo de Ruanda, fez com que o Conselho de Segurança aprovasse a Resolução 955 de 8 de novembro de 1994, estabelecendo o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Na teoria e na prática, o Tribunal de Ruanda se assemelha mundo ao TPII. O procurador-chefe e as câmaras de apelação são as mesmas, sediadas em Haia. Além disso, o Estatuto do TPIR outorga ao Tribunal competência similar à concedida ao TPII, alterando-se logicamente o espaço geográfico das ações que serão julgadas.

O TPIR cumpriu papel importante no desenvolvimento do Direito Penal Internacional ao levar a julgamento e condenar um chefe de Estado por crimes internacionais, no caso por genocídio. Esse precedente abriu portas para que, em 1999, fosse indiciado o presidente da Iugoslávia Slobodan Milošević por crimes no Kosovo, mais tarde estendendo as acusações a fim de julgar atos perpetrados na Croácia, na Bósnia-Herzegovina e no Kosovo entre 1991 e 1999. Infelizmente não possível julgar Milošević, já que ele faleceu na prisão de Haia, em 14 de março de 2006, de causas naturais, como informa o site do TPII.

Quanto às garantias de defesa, o TPIR reproduz rigorosamente com as mesmas palavras o que é dito a esse respeito no Estatuto do TPII. Esses dois tribunais ad hoc fazem parte de um novo tempo para as relações internacionais em que é possível e necessário que a comunidade internacional oriente suas ações por valores humanos.

No mundo após Nuremberg não é mais possível, na defesa dos acusados, aludir aos princípios da reserva legal e da irretroatividade da lei penal para escudar os acusados. No mundo após os TPI's da antiga Iugoslávia e de Ruanda um leque ainda maior se abre na luta contra a impunidade, pois fica mais difícil para os criminosos se safarem de punição.

O artigo 10 do Estatuto do TPII deixa claro que será facultado aos tribunais nacionais o julgamento dos criminosos de guerra, promulgando a noção de que as leis internacionais

¹⁷⁹ BAZELAIRE. *Op cit.*

¹⁸⁰ JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 105.

fazem parte do rol de leis fundamentais para a perpetuação da paz e do respeito ao ser humano, mais do que normas internacionais, são direitos universais.

Nesse fim de milênio, o direito ao devido processo legal é entendido como direito fundamental e a prática desses dois tribunais consolida a idéia de que “*a competent and vigorous defence contributes to the Tribunal’s credibility and legitimacy in the eyes of the international community*”.¹⁸¹

3.5 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Como vimos, desde a criação da Organização das Nações Unidas ao final da Segunda Grande Guerra afirma-se a pretensão de criação de uma Corte Penal Internacional permanente. Entretanto, o momento histórico, prenhe de obstáculos políticos e ideológicos, não permitiu que se concretizasse qualquer projeto nesse sentido.

De fato desde meados do século XIX que se ouve falar de proposta de instituição de uma instituição com poder de julgar acusados de crimes internacionais, mas é a Segunda Guerra Mundial que impulsiona juristas, políticos e, sobretudo, a comunidade internacional a buscar mecanismos seguros que visassem dissuadir, quiçá inibir, futuros criminosos, de modo que nenhum governo, nenhum Estado, nenhuma junta, nenhum exército e nenhuma milícia pudessem violar os Direitos Humanos impunemente.

Sobre a importância do final da Segunda Grande Guerra para esse despertar da sociedade internacional nunca é demais destacar o papel das brutalidades ali ocorridas. Como bem disse Karl Marx: “a violência é a parteira da história”.

Segundo Mazzuoli “o principal legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos constitui na preocupação que gerou no mundo pós-Segunda Guerra, acerca da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção de direitos humanos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta”.¹⁸²

A materialização dos inúmeros projetos de jurisdicionalização do Direito Penal Internacional só é concretizada no final do século com o advento do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma.

Os caminhos percorridos dentro da Organização das Nações Unidas para a preparação do Estatuto do TPI antes do desfecho da Guerra Fria são interrompidos em 1979 e continuados em 1989, já como o fim latente da bipolaridade evidente, quando, em meio às discussões da Assembléia Geral da ONU acerca do problema do tráfico de entorpecentes, a

¹⁸¹ <http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY/Defence>.

¹⁸² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005, p.121.

delegação de Trinidad e Tobago sugeriu que fosse criado um Tribunal especializado na matéria.¹⁸³

A proposta não é bem recebida por alguns países, mas é enaltecida pela comunidade diplomática como um todo e pela própria Assembléia Geral, que encomenda à Comissão de Direito Internacional da casa um projeto de estatuto para um Tribunal Internacional permanente. Os estudos para a redação do Estatuto prosseguem e ganham novos impulsos com a explosão de violência nos territórios da antiga Iugoslávia e em Ruanda e a instalação dos Tribunais *ad hoc*.

Em 1994, ano do início dos trabalhos em Ruanda, a Comissão de Direito Internacional apresenta a versão final do projeto do estatuto ao Sexto Comitê da 49ª sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas e recomenda a convocação de uma conferência de plenipotenciários para a discussão de um tratado que efetive a constituição do tribunal.

No final do mesmo ano a Assembléia Geral constitui um comitê *ad hoc* para analisar o projeto do estatuto. O comitê era aberto a todos os países membros e às instituições especializadas da ONU e buscava examinar as principais questões substantivas e administrativas suscitadas pelo projeto.

O comitê analisava basicamente cinco pontos: a definição dos crimes relevantes de competência material do Tribunal, as possibilidades de desenvolvimento e de operacionalização dos procedimentos, as relações entre Conselho de Segurança e Tribunal, as regras de base do processo aplicável, e seu financiamento¹⁸⁴. Havia ainda a discussão acerca do modo como estabelecer o tribunal: tratado ou decisão do Conselho de Segurança.

Em setembro de 1995 o Comitê apresenta um relatório para a 50ª Assembléia Geral no qual consta um projeto de estatuto. Logo depois, a 11 de dezembro de 1995, a Assembléia Geral cria o Comitê Preparatório para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional (PrepCom), também aberto a todos os membros das Nações Unidas e as instituições interessadas.

Nas primeiras reuniões do PrepCom são apreciadas propostas de Suécia, Japão, Canadá, Holanda, Áustria, Alemanha, Inglaterra, Suíça e Estados Unidos. As sessões que se deram de 12 a 30 de agosto de 1996 discutem questões procedimentais, direitos dos acusados ao contraditório e a ampla defesa, questões organizacionais e a relação da Corte com as Nações Unidas e o Conselho de Segurança. A partir desse ano nenhum governo se declara contrário à criação do TPI.¹⁸⁵

Nesse mesmo ano a Assembléia Geral decide que a Convenção dos Plenipotenciários será realizada em 1998, ao passo que a Itália reitera sua oferta para sediar o encontro de autoridades. Desse modo, no dia 15 de junho de 1996 inicia-se a Conferência dos Plenipotenciários para o estabelecimento de uma Corte Criminal Internacional, em Roma, Itália.

¹⁸³ JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁸⁴ BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004.

¹⁸⁵ JAPIASSÚ. *Op cit.*

A Conferência inicia-se cercada de incertezas por conta da oposição ao projeto feito por países importantes como China, Israel e Estados Unidos. Apesar disso, contrariando previsões pouco otimistas, as 162 delegações presentes, somadas às 17 organizações intergovernamentais, às 14 agências especializadas e fundos da ONU, além de 124 organizações não-governamentais e 474 jornalistas credenciados, participaram da materialização de um sonho antigo da comunidade internacional.¹⁸⁶

A aprovação do projeto deu-se com 120 votos a favor, 7 contra (Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. O Estatuto foi depositado na sede das Nações Unidas em Nova Iorque, aguardando a depósito do 60º instrumento de ratificação dos signatários para a entrada em vigor. Ficava permitido ainda adesões futuras.

O Brasil assinou o tratado no dia 7 de fevereiro de 2000 e depositou o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002, somando sua voz às vozes de toda a comunidade internacional que não mais tolera atrocidades impunes. Como bem disse Paulo de Tarso Vannuchi, Secretário Especial de Direitos Humanos da Presidência da República:

“Ao fazê-lo, o Brasil declara sua determinação de cooperar abertamente para que esse órgão cumpra com êxito seu objetivo civilizador, indispensável para a edificação de uma paz duradoura entre os povos”.

A aprovação do Estatuto de Roma pela Convenção dos Plenipotenciários é algo repleto de significados. Com a construção do TPI não mais a comunidade internacional terá como únicos meios de retaliação a atos de Estado criminosos a imposição de embargos, sanções ou o uso da força militar – recursos estes que acabavam por prejudicar muito mais a população civil inocente do que os criminosos.¹⁸⁷

O que acontece é que com a sua criação direciona-se melhor as sanções a crimes internacionais tornando o Direito Penal Internacional mais justo e efetivo. *“Com o TPI, populações deixariam de ser punidas por crimes cometidos por alguns indivíduos, ao menos é esse um dos principais objetivos da Corte”.*¹⁸⁸

Juntamente com a importância histórica do TPI para a consolidação do Direito Penal Internacional e da instituição definitiva na luta contra a impunidade no ambiente internacional, o Estatuto de Roma consagra princípios que merecem menção. A saber: princípio da responsabilidade penal internacional individual, da complementaridade e jurisdição universal, da legalidade, do *ne bis in idem*, da irretroatividade e imprescritibilidade e, por fim, da irrelevância da função oficial, responsabilidade de comandantes e superiores hierárquicos.¹⁸⁹

¹⁸⁶ JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁸⁷ GONÇALVES, Joanisval Brito. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional – Rio de Janeiro: Renovar, 2004

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 252.

¹⁸⁹ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Coleção para entender: O Tribunal Penal Internacional* - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Como herança dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio o TPI recebe os princípios da responsabilidade penal internacional individual e da irrelevância da função oficial. De fato, seria impossível imaginar uma jurisdição penal internacional permanente caso o indivíduo não fosse considerado sujeito de direito frente ao Direito Internacional e se a sociedade internacional não tivesse, por força das circunstâncias históricas em que foram erigidos Nuremberg e Tóquio, compreendido a importância de se eliminar das relações internacionais a razão de Estado como argumento escusatório para o cometimento de crimes internacionais.

Ademais, essas contribuições de Nuremberg e Tóquio ajudam a fazer com que o Direito Penal funcione, no ambiente internacional, de forma condizente com sua natureza de responsabilidade individual e conduzem as ações repressivas da sociedade internacional recaiam sobre atitudes individuais, impedindo, assim, a condenação de todos os cidadãos de uma nação, o que, como mostram as consequências do Tratado de Versalhes, não colabora com a manutenção da fraternidade entre os povos.

Já os princípios da legalidade, do *ne bis in idem* e da irretroatividade são, como deduz-se da análise feita no presente capítulo, legados dos documentos internacionais, da produção doutrinária e da teoria e prática dos Tribunais *ad hoc* da antiga Iugoslávia e de Ruanda. Como sustentam doutrinadores importantes, esses princípios, que se encaixam no rol de princípios gerais de direito, não são observados em Nuremberg e Tóquio, por razões que já foram explicadas.

Portanto, sentindo que os princípios gerais de direito além de garantirem ao acusado seu direito de ampla defesa e contribuem para a credibilidade do Tribunal e do próprio aparato de repressão à crimes internacionais, os redatores do Tribunal Penal Internacional acompanham a tendência de respeito a esses princípios consagrando no Estatuto de Roma o que já havia sido promulgado por documentos como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966).

Por fim, o Tribunal Penal Internacional consagra o princípio da complementaridade e jurisdição universal. Trata-se de um requisito indispensável para a própria existência do Tribunal. Por este julgar crimes internacionais, cometidos nos territórios de um ou mais Estados, natural seria pensar na primazia da jurisdição internacional perante o poder judiciário nacional. Porém, como consagrado pelo Estatuto de Roma, “diferentemente do que ocorrera nos diversos Tribunais *ad hoc*, optou-se [os redatores do referido Estatuto] pela complementariedade, que significa que somente estará legitimado o órgão jurisdicional internacional, em tendo havido inércia dos correspondentes nacionais”.¹⁹⁰

A jurisdição universal está intimamente ligada à opção do Estatuto de Roma pela complementariedade em detrimento da primazia. A complementariedade traz consigo a noção, indispensável à implementação da jurisdição penal internacional. Trata-se da prevenção e repressão aos crimes internacionais próprios (crimes contra a paz, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) que encontra-se como obrigação, pelo que é disposto nos documentos

¹⁹⁰ JAPIASSÚ. *Op cit*, p. 160 e 161.

internacionais e no costume internacional, dando conta de que a transposição de fronteiras não pode impedir a aplicação da norma penal.¹⁹¹

O TPI consagra então, como logicamente não poderia ocorrer com os tribunais internacionais anteriores, a idéia de competência universal, não restrita à um determinado espaço geográfico ou temporal, mas capaz de coibir os eventos criminosos por serem estes um mal universal e atemporal, desvinculado de um Estado ou tempo específico e ligado ao mesmo tempo a todos os seres humanos. Portanto, a complementariedade só poderia ser consagrada em um Corte Internacional permanente.

Resta ainda ressaltar as peculiaridades do desenvolvimento processual do TPI.

A instrução dos casos antes do julgamento nos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio era confiada apenas ao procurador (artigo 8º do Estatuto de Tóquio e 14 e 15 do Estatuto de Nuremberg) que não era obrigado a se dirigir a um juiz da jurisdição para que o ato de acusação fosse confirmado.¹⁹²

Apesar de atribuir bastante agilidade ao processo, a não apreciação do ato de acusação por parte do juiz exclui aquele que, em tese e prática, é o mais capacitado para avaliar a necessidade de privação de liberdade ou de intimação de uma pessoa presumidamente inocente. Esse poder outorgado ao procurador pode ser perigoso caso este não saiba lidar com imparcialidade, o que diante das circunstâncias em que se fizeram os Tribunais do pós-guerra, era algo pouco provável de acontecer.

Os TPI's *ad hoc* não outorgam tanta capacidade de decisão ao procurador como nos TMI's. Para que sejam expedidos pelo juiz os mandados úteis para a continuidade do processo, especialmente os mandados de prisão ou intimação, é necessário que o procurador se reporte ao juiz afim de confirmar o ato de acusação. O procurador possui ainda a prerrogativa de interrogar vítimas, suspeitos e testemunhas, podendo empreender um investigação preliminar, agilizando o processo e impedindo indicações indevidas.¹⁹³

No TPI o procurador permanece responsável pelo que os artigos 15 e 53 do Estatuto chamam de "investigação". Também pode interrogar testemunhas, suspeitos e vítimas e quaisquer pessoas envolvidas, e, ainda, solicitar a cooperação dos Estados, mas apenas com autorização da Câmara Preliminar e respeitando os direitos das pessoas tal como disposto no artigo 55.¹⁹⁴

Feitas as investigações preliminares, com a execução do mandado ou o comparecimento da pessoa por notificação, novamente a Câmara Preliminar intervém para que lhe sejam garantidos os direitos do acusado, tais como disposto nos artigos 60 a 67. Caso a Câmara Preliminar entenda ser cabível a abertura do processo, este é enviado para a Câmara de Primeira Instância que pode ainda não confirmar as acusações.

O processo propriamente dito conta com todas as características das quais dispõem os processos dos TPI's *ad hoc*: o processo deve ser imparcial e rápido; a instância deve se

¹⁹¹ JAPIASSÚ. *Op cit.*

¹⁹² BAZELAIRE, *Op cit.*

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ BAZELAIRE, *Op cit.*

desenvolver de acordo com as regras de processo e prova; os direitos dos acusados, presumidamente inocentes até o estabelecimento da culpa, devem ser plenamente garantidos.

195

Diferentemente do que aconteceu em Nuremberg e Tóquio não é permitido aos TPI's o julgamento do acusado ausente. Entretanto, os TPI's *ad hoc* ainda permitem que, caso não tenha sido cumpridos os mandados, o juiz ordene que o ato de acusação seja submetido à apreciação da Câmara de Primeira Instância em audiência pública. Podem ser ouvidas algumas testemunhas, porém não é proferida sentença ao acusado *in absentia*.

No TPI permanente o artigo 63 dispõe expressamente que “o acusado assiste ao processo”, mesmo se o Estatuto preveja casos em que a sentença possa ser pronunciada sem a presença do acusado. “A hipótese visada pelo texto parece referir-se apenas ao acusado que teria fugido, que se recusaria a comparecer ou que teria sido excluído por perturbação persistente causada na audiência. Os tribunais penais internacionais mais recentes vão, portanto, no sentido contrário ao que havia sido *possível* no regime dos dois TMI's de Nuremberg e Tóquio (artigo 12 dos estatutos), que mencionam expressamente a revelia”.¹⁹⁶

A possibilidade de julgamento na ausência do acusado em Nuremberg e Tóquio parece confirmar a idéia de que havia naqueles julgamentos a necessidade de criminalização das atitudes, ainda mais se lembrarmos que o Estatuto do Tribunal de Nuremberg permitia também o indiciamento de pessoas jurídicas. Ambas as peculiaridades encaixam-se no esforço empreendido pelos Aliados ao final da Segunda Grande Guerra para a “desnazificação” da Alemanha.

Era preciso que as instituições nazistas fossem julgadas e que fossem lhes atribuídas atitudes ditas criminosas afim de que fosse mostrada o equivoco de se evocar ideologias perigosas para a paz do mundo.

Contrariamente, ao final do século o inimigo da paz do mundo não é mais facilmente reconhecível, não sendo útil nem seguro que, num ambiente histórico caracterizado pelo terrorismo sem rosto e pela ação de facções religiosas extremistas e lutas tribais, fossem criminalizadas as instituições históricas e religiões apregoadas pelos agressores, já que isso faria insuflar o rancor em meio a seguidores inocentes.

O Tribunal Penal Internacional vem ao encontro a um anseio antigo da humanidade por uma instituição que consiga, em caráter permanente, garantir que o Direito Penal Internacional seja aplicado e desenvolvido por completo, a fim de resguardar as gerações vindouras de ataques à dignidade humana.

Para tanto, é necessário que o Direito Penal Internacional consiga enquadrar as novas formas de violações do Direito Internacional e possibilitar um alcance claro e objetivo das normas penais internacionais a atos de violência contra o ser humano, independente das formas e dos meios utilizados para perpetrar os crimes internacionais.

¹⁹⁵ BAZELAIRE, *Op cit.* p. 106.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 108 e 109.

CONCLUSÃO

O ser humano empreende, desde o nascimento das cidades-estado na antiga Grécia, principalmente em Atenas, esforços para evitar abusos por parte daqueles que detêm o poder. Somente a partir da baixa idade média, porém, é que as noções de igualdade entre os homens e de luta pela vida e pela liberdade através do direito ganham capacidade de mobilização.

Com o crescimento da ciência e da valorização da razão humana – impulsionadas pelas idéias iluministas e pelas revoluções liberais, por exemplo – o ser humano passou a centralizar as reflexões do mundo – antes preocupado mais com o transcendente do que com o terreno, o que permitiu a construção da idéia de direitos do homem. Com isso, o direito passa a ser compreendido arma para a manutenção da paz e da liberdade do indivíduo, que ganha capacidades impossíveis de serem vislumbradas durante a Antiguidade e a Idade Média.

Como vimos, o devido processo legal reflete a capacidade do homem, construída e reconstruída por ele mesmo, de enxergar a si mesmo como um agente único, cujas particularidades, crenças, vontades ou até mesmo suas manias, devem ser respeitadas, desde que não interfiram no bem-estar de seus concidadãos.

A partir do momento em que o indivíduo não suportava mais abusos das autoridades, favorecimentos e utilização conveniente da máquina do Estado para fins particulares ele se empenhou em construir, através da luta pelo direito, as salvaguardas básicas para que sua família e trabalho fossem respeitados, assim como as instituições da nação: o Homem não era mais parte do rebanho, mas ser capaz de provar sua singularidade através da capacidade mudar a si mesmo e ao mundo que o circunda.

Essa garantia fundamental mostra também a força das reivindicações do homem quando este se sente ultrajado. Quando a sociedade percebeu que não bastavam gritos e esperneadas esparsas para resguardar seus membros das injustiças tão comuns à época, ela se organizou e consagrou o bom senso como regra máxima da conduta do Estado, respaldando todas as partes da organização social na própria sociedade e em suas regras.

A evolução da idéia de limitação do poder estatal infelizmente não é acompanhada pela evolução da cordialidade nas relações entre Estados. A despeito do crescimento da interdependência e do incremento das relações internacionais como um todo, o relacionamento entre atores internacionais não se pautava pelas noções básicas de boa convivência e do bom senso.

Pelo contrário. Os últimos séculos da história humana mostraram que a capacidade de um ser humano subjugar, ofender, humilhar e destruir seus semelhantes é não só aumentada como aprimorada, a fim de que fosse possível impor pela força interesses egoístas e mesquinhos, contribuindo para a construção do ambiente

internacional do século XX, onde não cabe imaginar um mundo em que reine a paz e o respeito ao próximo.

A cega luta de interesses, impulsionada pelo sistema econômico depredador que se instalava à *belle époque*, engendrou uma nova forma de se fazer guerra, inaugurando um tipo de conflito que se mostrava violento demais, aviltante demais, para as ferramentas de prevenção que o Direito Internacional havia previsto no final do século XIX.

A partir da Primeira Grande Guerra, era necessário desenvolver mecanismos de salvaguarda que fossem capazes de assegurar a paz. Porém, a partir do conflito posterior, ficou claro de que se tratava de garantir a sobrevivência da raça humana.

A sociedade internacional compreendeu a gravidade do que ali se apresentava e respondeu com atitudes condizentes com a capacidade racional do Homem, trocando armas por palavras, campos de extermínio e fuzilamentos sumários por julgamentos.

Entretanto, nas relações internacionais também se observam algumas das vicissitudes das relações humanas. Como em toda relação social, no ambiente supranacional evidencia-se o jogo de empurra em que se configura os avanços. Quando a comunidade internacional foi incitada a criminalizar atos internacionais, municiando o Direito Internacional e amparando as gerações futuras, foi também necessário retroceder na consagração de princípios gerais de direito, em especial no âmbito das garantias fundamentais de defesa.

O retrocesso, que por vezes anda de mãos dadas com o progresso, acabou por trazer ao mundo a consciência de que os direitos do homem deveriam ser respeitados acima das diferenças entre os Estados. Para tanto, promulgou-se tais direitos em inúmeros documentos internacionais, a fim de que o progresso da justiça internacional não mais tivesse o retrocesso dos direitos individuais como companhia.

O movimento de internacionalização dos direitos do homem ganhava força jamais vista e conquistava simpatizantes à medida com que o mundo convivia com tipos diferentes de conflitos e com novas humilhações da dignidade humana.

Nos dizeres de Piovesan:

“Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a reconstrução.

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim

como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional".¹⁹⁷

Como Flávia Piovesan bem destaca, os direitos do homem não são nada estáticos e possuem, como toda ciência humana, possibilidades tão infinitas como as possibilidades do próprio ser humano de reinventar a realidade.

O fenômeno inaugurado em Nuremberg é extremamente relevante para a realidade social doméstica e internacional, uma vez que trata o ser humano à maneira semelhante com que Kant o faz, entendendo sermos um corpo quase único, cujas reivindicações se aproximam tanto quanto nossa natureza e cujos direitos nos são dados no momento do nascimento, sem discriminações quaisquer.

As relações internacionais, no entanto, entravam em um momento de estagnação da evolução jurídica que se inspirava nos novos parâmetros estabelecidos pelos Tribunais Internacionais do pós-II Guerra. O hiato imposto pela Guerra Fria impediu que novas manifestações do Direito Penal Internacional obstaculizassem as violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos perpetradas ao redor do mundo.

Somente quando se dirimiam as possibilidades de uma catástrofe nuclear que a comunidade internacional, com o respaldo de sua principal instituição, a Organização das Nações Unidas, pôde intervir novamente e livrar, através da justiça, nações inteiras de humilhações e sofrimentos em conflitos como os da antiga Iugoslávia.

Com os Tribunais do fim do século e principalmente com o Tribunal Penal Internacional permanente, criam-se instituições internacionais capazes de impor o cumprimento das regras da boa convivência entre os povos.

Finalmente, portanto, é possível que os anseios de nossos antepassados por justiça e por liberdade sejam perseguidos com base nas leis do Homem. O que se tem a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma são possibilidades reais de construir um mundo onde o bom senso e a consciência de mundo de qualquer pessoa seja valorizada em detrimento de quaisquer outras atitudes que por ventura tragam mais frutos materiais sem se levar em conta valores humanos.

Esse entendimento, manifestado antes e durante a Segunda Grande Guerra e pelo Tribunal de Nuremberg, implica dizer que qualquer humilhação a um ser humano é uma ofensa aos homens como um todo e não somente a um grupo étnico ou religioso.

A partir disso, todos têm direito de expressarem suas visões, de se fazerem representados em todos os níveis da vida social. Trata-se, portanto, de valorar o que nos faz únicos e nos distancia dos demais animais: a diferença.

A construção de instituições fortes como o Tribunal Penal Internacional, amparadas nas regras internacionais e respeitando os direitos individuais, é condição *sine qua non* para a consolidação dos Direitos Humanos e das demais frentes do Direito

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118 e 119.

Internacional. Ademais, essa consolidação municia todo e qualquer ser humano contra arbitrariedades dos mais fortes e abusos de poder também no ambiente internacional. A internacionalização dos direitos do homem ampara a pessoa pelo simples fato de sua condição humana, promulgando a capacidade do ser humano de busca por justiça, equidade e liberdade dentro ou fora de qualquer Estado.

A justiça penal internacional, cujo marco encontra-se o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, é não só parte importante desse movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, é, outrossim, elemento principal, na medida em que possibilita a responsabilização de indivíduos por atos que ferem a dignidade humana.

Por fim, a incessante necessidade do Homem de busca de possibilidades infinitas de mudança, de criação e produção, consegue um importante aliado: um Direito Internacional forte e atuante nos permite pensar em um mundo menos truculento do que aquele que o século da catástrofe nos proporcionou.

Referências Bibliográficas:

- AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional – Bases para uma elaboração dogmática* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- BAZELAIRE, Jean-Paul. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* / Jean-Paul Bazelaire, Thierry Cretin – Barueri, SP: Manole, 2004
- BORGES, Leonardo Estrela. *Coleção para entender: O direito internacional humanitário* - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos* - São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg* – Rio de Janeiro: Mandamentos, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle (org.). *Devido processo legal na administração pública* - São Paulo: Max Limonad, 2001.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional* – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos* – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal* – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- JUDT, Tony. *Pós-Guerra: Uma História da Europa desde 1945* – São Paulo: Objetiva, 2008.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* – São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador* – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Coleção para entender: O Tribunal Penal Internacional* – Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de Direito Internacional* – São Paulo: RT, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XX* -. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados* – Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos direitos humanos: Código anotado* - São Paulo: DPJ Editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* - São Paulo: Saraiva, 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar* - São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal – Due process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Direito internacional humanitário* - Curitiba: Juruá, 2008.

WRIGHT, Quincy. *A Guerra* – Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1988