

Organizadores

FAUZI HASSAN CHOUKR
KAI AMBOS

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Colaboradores

KAI AMBOS / HANS-JÖRG BEHRENS /
FRANK JARASCH / HANS-PETER KAUL / CLAUD KREß /
WILLIAM A. SCHABAS / LYAL S. SUNGA / MORTEN BERGSMO /
ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS / SYLVIA HELENA F. STEINER /
FAUZI HASSAN CHOUKR / MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tribunal penal internacional / organizadores Fauzi Hassan Choukr, Kai Ambos. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Vários colaboradores.
ISBN 85-203-1951-3

I. Estatuto de Roma 2. Tribunais penais internacionais I. Choukr, Fauzi Hassan.
II. Ambos, Kai.

00-3935

CDU-341.645:343

Índices para catálogo sistemático: 1. Tribunal Penal Internacional 341.645:343

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

fazia parte dos princípios gerais.²⁰⁷ Uma adição inovadora à lista das garantias processuais poderia se relacionar com os princípios gerais. Ela declara que o acusado tem o direito de “não ver contra si invertido o ônus da prova”.²⁰⁸ Com respeito às defesas, pode-se inferir que ao acusado basta provocar uma dúvida razoável, e não precisa prová-la com provas preponderantes. Muitos sistemas impõe um limite mais alto no caso de algumas defesas, como, por exemplo, a insanidade.

A Parte Geral do Estatuto de Roma representa uma tentativa ambiciosa de codificar princípios gerais do direito penal internacional. Pode-se esperar, por certo, que um documento produzido numa Conferência Diplomática, onde se procurava alcançar o consenso de mais de cento e cinquenta países integrantes e com múltiplas visões, tenha muitas imperfeições. Talvez a questão mais interessante seja a de saber como os juízes da Corte responderão às detalhadas regras de direito penal material, na medida em que podem se sentir rigorosamente limitados pela letra e pelo espírito da Parte 3 do Estatuto de Roma. Eles podem, também – e somente o tempo dirá – encontrar estratégias inteligentes para marginalizar os princípios codificados e fazer o que os juízes fazem de melhor, expor e desenvolver progressivamente os princípios gerais do direito penal, em resposta a problemas concretos, na serenidade de seus gabinetes, um lugar melhor que o escrutínio público de conferências diplomáticas.

VII

A COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DA CORTE INTERNACIONAL CRIMINAL: ARTS. 5 A 10 DO ESTATUTO DE ROMA

LYAL S. SUNGA

SUMÁRIO: 1. Proposta e plano de trabalho – 2. Crimes previstos na competência da Corte: 2.1 Por que apenas genocídio, crimes contra humanidade, crimes de guerra e agressão são incluídos, e não outros previstos na lei internacional?; 2.2 O crime de agressão: uma inclusão controvertida – 3. Genocídio: Art. 6 – 4. Crimes contra a humanidade – art. 7: 4.1 O *caput* do art. 7 (1); 4.2 Atos específicos considerados como crimes contra a humanidade: 4.2.1 Parágrafos (a-f), (h-i) e (k); 4.2.2 Parágrafo (g): sobre crimes de violência sexual; 4.2.3 Parágrafo (j): sobre o *apartheid* – 5. Crimes de guerra: 5.1 O *caput* do art. 8 (1); 5.2 Conflitos armados internacionais: 5.2.1 Graves violações contidas na Convenção de Genebra de 1949; 5.2.2 Outras sérias violações das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados internacionais; 5.3 Conflitos armados não-internacionais: 5.3.1 Violações do art. 3 das quatro Convenções de Genebra de 1949; 5.3.2 Outras sérias violações às leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados não-internacionais – 6. Elementos de crime – 7. A relação entre a definição dos crimes no Estatuto de Roma e o direito internacional penal: art. 10.

1. Proposta e plano de trabalho

Entre os pontos centrais de discussão durante os trabalhos do Comitê Preparatório, em Nova Iorque, ou durante os trabalhos na Conferência de Roma, estavam quais crimes deveriam ser incluídos da jurisdição da Corte Internacional Criminal, como deveriam ser definidos e quais as regras aplicáveis (isto é, cometidos por quem e contra quem?) e como? e onde aplicá-las (i.é, sob quais tipos de circunstâncias?).

²⁰⁷ “Relatório do Comitê Preparatório...” [1996], *supra* nota 8, vol. II, p. 104; United Nations Doc. A/AC.249/1997/L.9/Rev.1, p. 24; United Nations Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.8; United Nations Doc. A/AC.249/1998/L.13, p. 65. Veja também “Projeto de Estatuto para uma Corte criminal Internacional”, *supra* nota 1, art. 40.

²⁰⁸ *Estatuto de Roma...*, *supra* nota 17, art. 67(1)(i).

A proposta do presente texto é indicar até que ponto a lista dos crimes previstos no Estatuto de Roma reflete as normas de direito internacional e, se diferem, como e porquê.

Com o objetivo de avaliar o grau de fidelidade da competência do Estatuto de Roma *ratione materiae* de *lege lata* é necessário rever os arts. 5.º a 10 em confronto com o estabelecido nas leis penais internacionais. Mais ainda: para compreender as razões de certas discrepâncias entre o Estatuto de Roma e as normas internacionais é de ser considerado um certo número específico de pontos, em particular os crimes selecionados para comporem a competência da Corte, a controvérsia sobre o crime de agressão e o sempre discutido escopo da aplicação das normas proibitivas de crimes contra a humanidade e de agressão surgidos durante os trabalhos do Comitê de Redação.

2. Crimes previstos na competência da Corte

2.1 Por que apenas genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão são incluídos, e não outros previstos na lei internacional?

O art. 5 (1) do Estatuto de Roma prevê que genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão devam estar dentro da competência da Corte. De qualquer maneira, deve-se ter em mente que o regime criado pelo Estatuto é mais restrito que o normalmente previsto pelas regras de direito internacional no que tange à responsabilidade criminal individual, em vários sentidos.¹

⁽¹⁾ Em termos de implementação institucional, o Tribunal Penal Internacional seria o único, além do mais importante, dentre um número de mecanismos possível, a efetuar julgamentos sobre a responsabilidade penal individual por crimes internacionais. Por exemplo, a criação dos tribunais *ad hoc*, como os de Nuremberg, Tóquio, Ruanda ou Iugoslávia permaneceriam como importante opção para a comunidade internacional. Cortes domésticas manteriam sua autoridade para efetuar a persecução dos crimes internacionais, embora a prática atual demonstre que o fazem muito raramente. Veja-se Bothe, McAlister-Smith e Kurzidem (eds.), *National implementation of international humanitarian law*, 1990; Cherif Bassiouni e Edward Wise, *Aut dedere aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law*, 1995; e Richard D. Atkins (ed.), *The alleged transnational criminal: the Second Biennial International Criminal Law Seminar*, 1995.

No que tange aos crimes passíveis de persecução, o rol é mais estreito que o normalmente encontrado na lei internacional ou mesmo em relação às discussões havidas ao longo da Comissão de Direito Internacional (CDI),² a qual, desde a adoção pela Assembléia Geral dos “princípios de Nuremberg”³ em 1947, tentou a progressiva codificação do direito internacional penal. Por exemplo, o Estatuto de Roma não impôs responsabilidade individual criminal para os seguintes casos: ameaça de agressão (embora possa ser incluída de alguma forma na disciplina da Corte); intervenção; dominação colonial; recrutamento, uso e financiamento de mercenários; terrorismo internacional; tráfico internacional de drogas. Todos esses “candidatos” à inclusão foram deixados de fora do Estatuto de Roma, embora, em algum estágio, a CDI tenha proposto sua inclusão.⁴

Dentre esses crimes, alguns clamam por relativo amparo junto à comunidade internacional, que tratou de disciplinar as condutas como típicas em tratados ou, em menor escala, mesmo no direito costumeiro internacional.

Uma minoria de Delegações pareceu determinada a estreitar o espectro de crimes no Estatuto tanto quanto possível, já que elas não desejam o estabelecimento da Corte em si e, uma vez percebendo que tal objetivo não seria alcançado, buscaram reduzir o quanto possível a operacionalização do Tribunal Penal Internacional.

Sem embargo, ao final, a vasta maioria das Delegações participantes na Conferência de Roma conseguiu obter a aprovação do tratado em conformidade com propostas mais construtivas. Muitas Delegações desejavam ver os crimes definidos com maior especificidade, coerência e clareza, inserindo-se-lhes os princípios encontrados no direito penal

⁽²⁾ Veja-se Lyal S. Sunga, *The emerging system of international criminal law: developments in codification and implementation*, 1997.

⁽³⁾ Resolução da Assembléia Geral 95 (1), adotada em 11 de dezembro de 1946: “Affirmation of the principles of international law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal”.

⁽⁴⁾ Veja-se Projeto de Código para os crimes contra a paz e segurança da espécie humana: títulos e texto do comitê de redação, UN Doc. A/CN.4/L.459/Add.1, 5 July 1991, at the CDI 43rd session, 29 April 19 July 1991. Versão revisada A/CN.4/L.464/Add.4, 15 July 1991.

internacional e nos princípios fundamentais do direito penal, tais como *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*.⁵

Mais ainda: inúmeras Delegações desejavam direcionar a jurisdição da Corte no sentido de abarcar apenas os crimes mais amplamente reconhecidos pela comunidade internacional, com objetivo de atrair o maior número de signatários possível, em vez de maximizar o princípio da jurisdição universal. Tal entendimento já havia sido lançado em um dos trabalhos da CDI, em 1991, no projeto de Código Criminal contra Paz e Segurança da Humanidade. De fato, respondendo a estes argumentos, a CDI trouxe em 1996 uma versão radicalmente truncada do projeto, que dispunha sobre crimes como genocídio, crimes contra humanidade, crimes de guerra, crimes de agressão, além de outros delitos de menor envergadura.⁶

A hesitação de governos em conferir ao Tribunal Penal Internacional jurisdição para crimes definidos em termos ambíguos explica porque a “ameaça de agressão”, “intervenção”, “dominação colonial” e terrorismo não foram incluídos no art. 5. A excessiva vagueza de definição incrementaria por demais os abusos do Ministério Público.

Mesmo reconhecendo-se que, em alguns casos, o tráfico de drogas pode ser tão sério à independência política de um Estado, alguns governos ainda ponderaram que tal atividade deveria ser vista mais como uma matéria de cooperação inter-estatal, de forma bilateral, ou como uma matéria de cooperação em nível regional, em vez de cooperação geral internacional.⁷ Desfavorecia ainda um tratamento mais global ao assunto as diversidades culturais, tradições e leis dos

⁽⁵⁾ De acordo com esses princípios, não pode haver nem crime nem punição em relação a atos específicos a menos que a lei tenha sido editada antes da prática em questão.

⁽⁶⁾ Veja-se Projeto de Código para os crimes contra a paz e segurança da espécie humana: títulos e texto do Comitê de Redação, adotada pelo Comitê de Redação em segunda leitura nas 47.ª e 48.ª sessões; A/CN.4/L.522 de 31 May 1996; e Relatório da CDI sobre o trabalho da 48.ª Session, A/CN.4/L.527/ Add.10 de 16 de julho de 1996.

Os crimes de terrorismo, tráfico ilícito de drogas e crimes contra o pessoal da ONU permaneceram em discussão para sua inclusão no Estatuto de Roma até a última semana da Conferência de Roma. Veja-se, e.g., texto de discussão emitido pela secretária da Conferência de Roma; A/CONF.183/C.1/L.53 of 6 July 1998.

vários países no que tange à resposta mais adequada ao problema do tráfico internacional de drogas, assim como aos diferentes entendimentos acerca da reabilitação do ofendido.

Tais questões não evitaram, no entanto, que a Conferência de Roma deixasse em aberto a possibilidade de incluir na competência da Corte, no futuro, o tráfico de drogas ou até mesmo outros crimes que a comunidade internacional venha a desejar. O art. 121 do Estatuto de Roma determina que os Estados signatários do Estatuto terão a oportunidade de emendá-lo após a expiração do período de sete anos de entrada em vigor. Mais ainda, o art. 124 obriga a Secretaria Geral das Nações Unidas a uma Convenção de Revisão aberta aos Estados signatários, a fim de considerar emendas, entre outras, ao art. 5.

Certamente um “candidato” muito controvertido a ser incluído no Estatuto continuará sendo o crime de agressão, que embora tenha alguma previsão no art. 5 (1) que disciplina a competência *ratione materiae*, já contava com definição no direito internacional criminal.⁸

2.2 O crime de agressão: uma inclusão controvertida

O art. 5 (2) determina expressamente que a competência para os casos de agressão não será exercitada pela Corte até que se proceda em conformidade com os arts. 121 e 123. O art. 5 (2) determina que as futuras estipulações deverão ser em conformidade com as relevantes especificações da Carta das Nações Unidas.

A decisão das Delegações na Conferência de Roma em incluir na competência da Corte o crime de agressão, de acordo com a definição acima mencionada, é significativa. Demonstra que a maioria dos Estados compartilhava da visão de que, no mundo contemporâneo, instalar um tribunal internacional apenas para julgar casos individuais de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, descurando da punição da beligerância em larga escala, geraria anomalia. A maior parte dos abusos surge durante conflitos armados e a omissão do crime de agressão na competência do Estatuto significaria tratar meros sintomas, ignorando as causas patogênicas do problema.

⁽⁸⁾ Veja-se Ahmed M. Rifaat, *International aggression: a study of the legal concept – its development e definition in international law*, 1979 e Sunga, *supra*, nota 2, p. 31-59.

De qualquer modo, as Delegações não concordaram acerca da definição precisa do crime de agressão e, de fato, esta questão permanece sendo uma questão legal desafiadora. Historicamente, o uso da força no plano internacional tem sido mais a regra do que a exceção. Os últimos cinco séculos demonstram um sem fim de exemplos de guerras deflagradas por razões banais – sucessões políticas, questões territoriais menores e pequenas alianças. Os Estados deflagravam o conflito apoiados no seu direito à soberania, e somente após a Liga das Nações é que a comunidade internacional passou a desenvolver procedimentos legais para disciplinar o problema.”

Um importante passo no sentido de individualizar responsabilidade criminal por agressão foi dado ao final da I Guerra, com a inserção do art. 227 no Tratado de Versailles.¹⁰ De qualquer forma, foi apenas nos tribunais de Nuremberg e Tóquio que as responsabilidades individuais foram verdadeiramente atuadas e punidas por crimes contra a paz, talvez um embrião do crime de agressão, que constituía à época uma novidade penal.¹¹ Largamente, devido à insistência dos representantes

⁽⁹⁾ Veja-se sobretudo o Pacto de Paris (International Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy), também conhecido como Pacto Kellogg-Briand, assinado inicialmente em 27 de agosto de 1928 pelos representantes de quinze Estados, tendo entrado em vigor em 24 de julho de 1929, 94 L.N.T.S. 57, 46 Stat. 2343, T.S. n.º 796, e assinado por 64 Estados da Liga das Nações que obrigava as partes a submeter à Corte o arbitramento de seus conflitos, à decisão judicial ou ao Conselho da Liga. Veja-se posteriores restrições ao uso da força no art. 10.

⁽¹⁰⁾ Art. 227, veja-se a persecução do ex-Kaiser Imperador Wilhelm II diante de tribunal especial em face da “suprema agressão contra a moralidade internacional e tratados sancionados”. Sem embargo foi tido como tendo um papel neutro, o que evitou sua extradição para outro Estado. Embora tal artigo nunca tenha sido implementado, ao menos simbolizava um princípio segundo o qual um chefe de Estado poderia vir a ser alvo de persecução por agressão perante um tribunal internacional.

De fato, na Comissão para crimes de guerra, estabelecida pelos poderes aliados em outubro de 1943, abriu-se caminho para a persecução dos líderes do Eixo. Quando a vitória foi estabelecida houve considerável discordância quanto a saber se indivíduos poderiam ser alvo de persecução apenas por crimes de guerra (uma categoria legal já estabelecida) e crimes contra humanidade (uma nova categoria) – crimes ao menos pensados no antigo *jus in bello* – ou se deveria haver acréscimo de provisões que fizessem indivíduos responsáveis por planejamento, preparação ou iniciação de uma guerra de agressão.

dos EUA na Comissão de Crimes de Guerra, o art. 6 (a) da Carta de Nuremberg, em sua redação final, definia os crimes contra a paz como sendo “nominar, planejamento, preparação, iniciação ou insuflar guerra de agressão ou guerra com violação aos tratados, acordos e garantias internacionais...” e assim veio a ganhar corpo na atuação do Tribunal de Nuremberg.¹² De qualquer forma, o artigo em questão não continha uma definição clara do que constituía precisamente uma guerra de agressão ou como reconhecê-la.

De fato, os esforços da CDI em criar um código e uma Corte internacional iniciaram-se em 1946, tendo sido interrompidos em 1954 dada a ausência de definição legal do crime de agressão. Em 1974, após anos de negociação, a Assembléia Geral da ONU adotou a Resolução 3314, com a definição reclamada.¹³ Desafortunadamente esta definição não foi especificamente preparada para ser aplicada para os fins de persecução criminal. Isto parcialmente explica porque nem o Estatuto nem os dois tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia tiveram competência para o julgamento do crime de agressão. Sem embargo, aludida resolução transformou-se indubitavelmente numa fonte para os países signatários do Estatuto de Roma alcançar uma definição operacional de agressão com vistas à sua efetiva implementação.

Outra fonte de controvérsia acerca da inclusão desse crime foi – e continua sendo – o papel do Conselho de Segurança da ONU junto ao Tribunal Penal Internacional. O Capítulo VII da Carta da ONU designa o Conselho de Segurança como órgão responsável para responder aos casos de ameaça ou quebra da paz e da segurança internacionais incluindo-se, é claro, guerra de agressão – a mais séria das ofensas desse tipo.

Qualquer papel do Conselho de Segurança da ONU em processos criminais internacionais faz surgir a discussão acerca da independência da Corte perante o Conselho de Segurança, um corpo político no qual os membros permanentes podem exercer o poder de veto. Sem muita surpresa, durante as injunções nas negociações da Conferência de Roma, os membros permanentes do Conselho de Segurança expressaram sua relutância em ceder qualquer de seus poderes especiais ao

⁽¹²⁾ Veja-se *History of the UN War Crimes Commission*, 1948.

⁽¹³⁾ Resolução da Assembléia Geral 3314 (XXIX), GAOR 29.ª Sessão, Supp. n.º 31, adotada sem votação, em 14 de dezembro de 1974.

Tribunal Penal Internacional, à exceção do Reino Unido, credite-se, que parecia ser o menos preocupado a esse respeito.¹⁴

Se a Assembléia dos Estados signatários eventualmente decidir seguir a abordagem continuada na Carta de Nuremberg (ou, talvez, na de Tóquio), a alternativa baseada na Resolução 3314, ou qualquer outra fórmula, isto será, sem dúvida, matéria de grande interesse nos anos que se seguirão.

3. Genocídio: art. 6

Durante as negociações da Conferência de Roma, o crime de genocídio ocasionou a última controvérsia e sua inclusão a última resistência. As categorias legais de "crime de guerra", "crimes contra humanidade" tais como discutidas abaixo, emanam de inúmeras fontes e textos de direito internacional, e englobam um largo espectro de crimes distintos que diferem amplamente em gravidade e escala. Normas legais internacionais proibindo genocídio, em contraste, beneficiam-se do fato de derivarem de um único tratado multilateral, a Convenção de Genocídio de 1948,¹⁵ redigida pela comunidade internacional com considerável zelo e precisão com o objetivo de otimizar persecuções nas justiças nacionais ou numa Corte internacional.

O art. 6 do Estatuto de Roma, repetindo palavra por palavra a definição do art. II da Convenção citada, igualmente encontrada nos arts. 4 e 2 dos Estatutos dos tribunais de Ruanda e da antiga Iugoslávia, determina que: "genocídio" significa qualquer dos atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, uma nação, etnia, raça ou grupo religioso, tais como:

(a) matar membros do grupo;

(b) causar prejuízos à saúde física ou mental dos membros do grupo;

¹⁴ A maioria das Delegações expressou sérias reservas ao papel do Conselho de Segurança de interferir nos trabalhos do Tribunal Penal Internacional. O consenso ficou numa fórmula intermediária: deveria haver a possibilidade do emprego do Capítulo VII da Carta, mas deveria ser atuada de forma mínima e estritamente definida *vis a vis* junto à Corte.

¹⁵ *Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*, adotada unanimemente em 9 de dezembro de 1948, e entrada em vigor em 12 de janeiro de 1951; 78 UNTS 277.

(c) deliberadamente afligir as condições de vida do grupo, de modo calculado, visando a causar sua destruição total ou parcial;

(d) impor medidas tendentes a evitar nascimentos dentro do grupo;

(e) realizar transferência forçada de crianças de um grupo para outro.

Poucas Delegações propuseram que a Conferência pudesse, talvez, realizar outra definição de genocídio. De qualquer forma, a partir da abertura dos trabalhos em Roma, a maior parte das Delegações pareceu compreender a necessidade de evitar-se discussões abertas acerca de temas que já haviam alcançado alto grau de consenso. Por tal razão, as ambigüidades da definição de tal delito contidas no tratado específico foram transportadas para o Estatuto de Roma, a exceção de um ponto.

Em termos de fraqueza e ambigüidade, o art. 6 deixa ainda em aberto a questão perene que é a de saber "quantas pessoas devem ser mortas para que se tipifique o crime como genocídio?" Para alguns, este é o maior defeito por omissão que se pode encontrar na lei penal, que clama sempre por um alto nível de precisão. De qualquer forma, a questão dos números parece ser o ponto de partida de uma premissa incorreta, a de haver pelo menos uma pessoa morta para que o crime de genocídio seja considerado como cometido. Deve-se ter em mente que a definição legal de genocídio não deve ser equiparada àquela de senso comum. O fato de a definição referir-se a *qualquer um* nas condições da definição empregada não significa que alguém deva morrer para que o crime seja caracterizado. Esta interpretação também se aproxima dos propósitos da Convenção do Genocídio, que é a prevenção de sua ocorrência, e não apenas punir os perpetradores depois que os crimes tenham sido praticados. Por outro lado, pode-se imaginar que os juízes do Tribunal Penal Internacional exercitarão com alta dose de cautela seus poderes para definir a ocorrência ou não do delito, dada a gravidade do crime que se trata.

O debate sobre o crime de genocídio também inclui o que vem a constituir "uma nação, etnia, raça ou grupo religioso". Durante a redação do projeto da Convenção de Genocídio, a preocupação era prevenir que se recorresse a políticas de extermínio planejadas e executadas pelo nazismo alemão, que tinham como alvo uma específica comunidade distinguida por atributos relativamente estáveis.

Por esta razão a Convenção não faz referência à proteção de grupos políticos e se não se aplicaria, por exemplo, pela repressão governamental a grupos políticos dissidentes, a menos que questões de raça, religião e etnia estejam envolvidas.¹⁶

Outra questão tormentosa a ser enfrentada é a de saber se existe diferença real entre assassinatos politicamente motivados e praticados por agentes governamentais e aqueles que têm como alvo específicas nacionalidades, etnias, raças ou grupos religiosos, uma vez que em ambos os casos o indivíduo é morto e o grupo igualmente ameaçado. Sem embargo, a comunidade internacional reconhece que o sistemático ataque a esses grupos tende a portar um potencial maciço de violações pela concreta razão de que as vítimas podem ser retiradas do resto da população de forma simples, devido suas particularidades. Tendo em vista a especial vulnerabilidade, é dada a tais grupos a proteção em tela, através da definição do crime de genocídio.

A Conferência de Roma, afortunadamente, não incorporou o conteúdo do art. III da Convenção de Genocídio em seu Estatuto. O art. III trata dos atos puníveis para incluir, em adição ao genocídio, a "conspiração" para seu cometimento, a incitação pública e direta à sua prática, a tentativa de seu cometimento e a cumplicidade. Os termos do art. III, conjugados com o precedente, dariam ao Tribunal Penal Internacional um espectro de atuação demasiadamente amplo, para além dos limites razoáveis. Pela leitura desses textos pode-se chegar à conclusão de que a mera conspiração para causar sofrimento mental em alguns membros de grupo religioso pode ser considerada como genocídio. Isto significa que planificar uma passeata de protesto contra um culto religioso seja identificado como genocídio? Com a omissão do Estatuto de Roma, essas frivolidades foram evitadas, deixando a aplicação do art. 6 de acordo com os consistentes princípios e propósitos da lei internacional penal.

Por outro lado, há casos claros de conspiração para o cometimento de genocídio que deveriam ser julgados pela Corte. O art. 3 da

¹⁶ Veja-se Joseph Kunz, "The United Nations Convention on Genocide", 43 *American Journal of International Law* (1949) 738-746; Lawrence Leblanc, "The Intent to Destroy Groups in the Genocide Convention: Proposed U.S. Understeing", 78 *American Journal of International Law* (1949) 369-385; Nehemiah Robinson, *The genocide convention: a commentary*, 1960; e George J. Andreopoulos, (ed.) *Genocide: conceptual e historical dimensions*, 1994.

Convenção de Genocídio deveria ser aplicado segundo das duas formas a seguir, sem embargo da inexistência de previsão expressa a respeito no art. 5. Primeiro, esse conceito pode ser inserido no art. 9 do Estatuto de Roma, dentro da definição de crime, se assim decidir a Assembléia dos Estados signatários. Alternativamente, a Corte poderia aplicar o art. 21 (1) (b) de forma mais ampla, de modo a trazê-lo para os casos adjudicados.

4. Crimes contra a humanidade: art. 7

Embora considerado como um dos crimes centrais, a definição e o escopo da categoria legal "crimes contra a humanidade" tornaram-se consideráveis temas de debate na Conferência de Roma. Diferentemente do genocídio, definido de modo relativamente claro num tratado multilateral, os crimes contra a humanidade tiveram inúmeros problemas quando da sua estatuição na Carta de Nuremberg, um dos quais seu atrelamento forçado ao seu irmão siamês, os "crimes de guerra".¹⁷ Ironicamente, de qualquer forma, a demora na maturação legal das normas proibindo os crimes contra a humanidade fizeram com que a comunidade internacional clareasse e os definisse melhor, de acordo com as contemporâneas normas de direito internacional.

Na Conferência de Roma, as Delegações expressaram seus diferentes pontos de vista, como, por exemplo, se as normas referentes aos crimes contra a humanidade seriam aplicadas aos conflitos internacionais armados, ou se ao contrário, apenas às situações de conflitos internacionais não-armados, ou até mesmo a situações acontecidas no período qualificado como de "paz".

Diferentes posições foram tomadas também no que concerne ao limite – se devesse haver algum – da competência da Corte para os casos de crimes contra a humanidade. Um limite acanhado viria a significar que a Corte apenas reagiria a casos isolados e sem grandes ameaças à paz internacional. Por outro lado, a ampliação dos limites poderia significar a atuação da Corte em violações de massa, para as

¹⁷ Para uma visão geral, da evolução da categoria "crimes contra a humanidade" e sua relação com crimes de guerra, como incorporada na Carta de Nuremberg, veja-se Lyal S. Sunga, *Individual responsibility in international law for serious human rights violations*, 1992, Chapter II (4) e (5). Veja-se adiante Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity in international criminal law*, 1992.

quais outras jurisdições seriam atuantes. Ao final, as Delegações ainda discutiram acerca de quais tipos de atos deveriam figurar dentro do tipo crimes contra a humanidade e como deveriam eles serem definidos.

O art. 7 (1) do Estatuto de Roma lista alguns atos que podem ser inseridos dentro do aludido tipo, e o art. 7 (2) estabelece definições de palavras-chave para guiar a Corte na apreciação de quaisquer crimes contra a humanidade. O escopo geral de aplicação e o tópico referente aos limites de atuação da Corte foram deixados para o *caput* do art. 7 (1).

4.1 O *caput* do art. 7 (1)

O art. 7 (1) determina que: para os propósitos deste Estatuto, crimes contra a humanidade significa qualquer dos atos a seguir que, cometidos como parte de um ataque amplo e sistemático direcionado contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque e, então lista: assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada de população, aprisionamento ou outras severas privações da liberdade física com violação das regras fundamentais de direito internacional, tortura, estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de comparável gravidade; perseguições contra um identificável grupo ou coletividade política, racial, nacionalidade, etnia, cultura, religião, gênero tal como definido no § 3, ou outros graus universalmente reconhecidos como não permitidos pela lei internacional, em conexão com qualquer ato referido neste parágrafo abarcados pela jurisdição da Corte; desaparecimento forçada de pessoas; crime de *apartheid*; outros atos inumanos de caráter similar que intencionalmente causem dor ou grande sofrimento ou sérias ofensas à integridade física ou mental.

A frase “para os propósitos deste Estatuto” desconecta ou ao menos não associa a definição de crimes contra a humanidade nele contida a outras definições empregadas no passado, ou em uso corrente, ou que possam ser desenvolvidas no futuro num contexto não diretamente ligado ao Tribunal Penal Internacional. Isto significa que a Corte poderá aplicar o termo “crimes contra a humanidade” de maneira mais condizente com os entendimentos esposados na Conferência de Roma do que com a confusa e pouco clara definição contida na Carta de Nuremberg ou na pouco razoável construção elaborada pelo Conselho

de Segurança das Nações Unidas no Estatuto do tribunal internacional para a antiga Iugoslávia.¹⁸

Na Conferência de Roma muitas Delegações expressaram seu desejo de reservar a autoridade da Corte apenas para os casos mais sérios. De outro lado, crimes contra a humanidade tinham de ter uma definição suficientemente estreita para que a competência da Corte abarcasse os casos de verdadeira ameaça à paz e segurança internacionais, em vez de casos menores não atuados pela jurisdição nacional. Ainda por outro turno, a definição de crimes contra a humanidade deveria ser ampla o bastante para cobrir os crimes cometidos por agentes estatais contra seus próprios nacionais e crimes cometidos fora da situação de conflitos armados que não fossem previstos nos crimes de guerra. De fato, esta foi a maior razão pela qual, em 1945, os países aliados, reconheceram em separado uma nova categoria de crimes contra a humanidade para abarcar os atos cometidos pelo governo nazista contra seus nacionais.

Conforme constava no projeto, o *caput* do art. 7 (1) omite qualquer referência a “conflito armado”. Algumas Delegações argumentaram de forma consistente que a Corte não deveria ser revestida de qualquer poder em casos envolvendo conflitos armados não-internacionais. Sem embargo, a maioria reconheceu que a restrição para agir com respeito apenas a conflitos armados internacionais não apenas preveniria um grande número de guerras civis, as quais em décadas recentes se tornaram mais freqüentes que as guerras internacionais mas, também, em situações de *status mixtus*, i.é., qualquer conflito armado que manifestasse aspectos internos ou internacionais. Mais que isso: a Corte deveria ter a indeclinável missão de decidir acerca de usar jurisdição própria de acordo com a distinção básica entre conflitos armados internacionais/nacionais que determina a aplicação do direito internacional humanitário, mas não é por ele definido. Assim, o *caput* do art. 7 (1) sabiamente evitou qualquer referência específica a “conflito armado”, o que deixa o conceito de crimes contra a humanidade amplo o suficiente para ser aplicado a conflitos armados, situações acontecidas no período de paz e, de fato, em qualquer outra situação entre ou além dessas, além de outras condições limitadoras contidas nesse dispositivo.

O art. 7 (1) em seu *caput* limita a aplicação de crimes contra a humanidade de três formas.

¹⁸ Veja-se ainda Sunga, *supra*, nota 2, p. 159-163.

Primeiro, crimes contra a humanidade não serão considerados como de competência para o Tribunal Penal Internacional a menos que seja cometido como “parte de um amplo ou sistemático ataque”. Em outras palavras, um caso de homicídio, para exemplificar, não será qualificado como sendo crimes contra a humanidade a menos que perpetrado em contexto de ataque “amplo”, isto é, envolvendo um certo número de pessoas ou acontecido sobre um amplo território. Alternativamente, crimes contra a humanidade poderão ser caracterizados se integrar um ataque “sistemático”, isto é, envolvendo planejamento e organização.

Em segundo lugar, o ataque não será considerado como crimes contra a humanidade a menos que, em adição, o ato seja praticado contra população civil. O art. 7 (2) determina que: “ataque contra população civil” significa conduta envolvendo o múltiplo cometimento de atos contra qualquer população civil, de conformidade com a política de um Estado ou de uma organização em cometer esses atos para promover política.

A frase derradeira indica que atores não-governamentais estão expostos à responsabilidade individual sempre que os atos tenham sido cometidos associados ou a uma política estatal ou organizacional (estatal ou não). Esta fórmula tem o considerável mérito de manter de fora todas as situações caracterizadas por um sério nível de violência organizada que envolva esporádicos ou espontâneos distúrbios. Ao mesmo tempo, como discutido acima, a ausência de qualquer referência a conflitos armados afasta a Corte de envolver-se em altas – e potencialmente conflituosas – indagações.

Em terceiro lugar, os atos devem ser cometidos com “conhecimento do ataque”. Disto emergem dois pontos subsidiários: qual o nível de conhecimento do ataque deve o perpetrador ter tido antes de realizá-lo? E, como matéria de prova, deve o Ministério Público provar atual conhecimento do alegado ofensor de que o ataque aconteceu, estava acontecendo ou estava planejado para acontecer ou algo menos?

Pode-se imaginar casos nos quais o alegado ofensor estivesse intimamente envolvido com o planejamento ou execução de um ataque e, como tal, devesse ser trazido diante do Tribunal Penal Internacional. Tais casos são relativamente pouco problemáticos.¹⁹

¹⁹ Planos por militares ou paramilitares de levar a cabo amplo ou sistemático ataque requer extensa coordenação, freqüentemente envolvendo o uso de mapas, ordem de batalha (ou ataque), apoio logístico, detalhes de munição e suprimento e mensagens telecomunicadas. Tudo isso é suscetível de interceptação, podendo ser carreado como prova.

Por outro lado, suponha-se uma pessoa, acusado do grupo “a”, que mata um civil do grupo “b”, talvez como revide de hostilidades nas quais a milícia do primeiro grupo estivesse atacando o segundo. Suponha-se que o acusado tenha cometido o crime mais por motivos pessoais (como ciúmes ou vingança) do que políticos. Deve ser o acusado processado no Tribunal Penal Internacional? O objetivo do Tribunal Penal Internacional é julgar responsabilidades criminais individuais pela comissão de crimes particularmente graves, não para substituir as Cortes locais em casos de homicídios ordinários. Assim, se o crime foi cometido por razões completamente desconectadas com as hostilidades em curso, o caso deverá ser submetido às Cortes nacionais.

Seja como for, a determinação dos motivos e do conhecimento do ataque é matéria que cabe ao Ministério Público provar. Se casos de homicídios ordinários não são processados pelo Tribunal Penal Internacional, então o acusado terá um grande incentivo, dependendo dos fatos, para alegar que o crime foi cometido por razões pessoais e não em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização em cometer esses atos para promover política.

A redação do *caput* não parece desejar que a Corte vá ao “interior da mente” do acusado. O “conhecimento do ataque” deve ser interpretado como uma diretiva para a Corte, a fim de determinar que o perpetrador “soubesse ou devesse saber”, de acordo com os parâmetros de uma “pessoa razoável” a ocorrência de um ataque. Parece ser uma missão altamente difícil ao Ministério Público impor-lhe a prova de que o acusado realmente sabia que o ato estava sendo cometido de conformidade com a política de um Estado ou de uma organização em cometer esses atos para promover política. Por outro lado, o art. 7 (1) deve ser interpretado com o sentido de “que cometido sabidamente como parte de um amplo e sistemático ataque”.

4.2 *Atos específicos considerados como crimes contra a humanidade*

4.2.1 *Parágrafos (a-f), (h-i) e (k)*

Os parágrafos (a-f), (h-i) e (k) do art. 7 (1) podem ser convenientemente tratados juntos uma vez que seguem de perto o contido no art. 6 (c) da Carta de Nuremberg, de 1945, a qual, pela primeira vez, previu uma definição de crimes contra a humanidade.

Referido dispositivo lista assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outras formas de atos inumanos cometidos contra a população civil antes ou depois de uma guerra ou perseguições com bases políticas, raciais ou religiosas. Os arts. 5 e 3 dos Estatutos para os tribunais da antiga Iugoslávia e Ruanda, respectivamente, repetiam os textos de Nuremberg e Tóquio, elencou assassinato, extermínio, escravidão mas apartou-se da fórmula de Nuremberg no que tange a perseguições com bases políticas, raciais e religiosas, fazendo incidir aí a necessidade da ocorrência dos três fundamentos, tornando-se assim num texto mais estreito que o geralmente encontrado no direito internacional, e consistindo num retrocesso.

O Estatuto de Roma seguiu as Cartas de Nuremberg e Tóquio e dos dois tribunais *ad hoc* no que tange à enumeração dos crimes, acrescentou no parágrafo (d) deportação ou transferência forçada de população. Isto constitui um importante refinamento da lei, desde que a deportação possa ser interpretada para casos individuais desde que obedecido o texto do *caput*. De qualquer forma, a expressão “transferência forçada de população” deixa amplamente claro que a recolocação forçada de um grupo de pessoas, ainda que dentro do território de um mesmo Estado, qualifica a conduta como crimes contra a humanidade a ser julgada pelo Tribunal Penal Internacional.

De forma similar, o parágrafo (h) do Estatuto de Roma expõe o escopo da perseguição para além do afirmado nas Cartas de Nuremberg e Tóquio e limitado pelos Estatutos dos tribunais de Ruanda e Iugoslávia: “perseguições contra um identificável grupo ou coletividade política, racial, nacionalidade, etnia, cultura, religião, gênero tal como definido no parágrafo 3, ou outros graus universalmente reconhecidos como não permitidos pela lei internacional, em conexão com qualquer ato referido neste parágrafo abarcados pela jurisdição da Corte”.

O parágrafo (h) é, provavelmente, o mais fraco elemento no Estatuto de Roma no que tange à definição de crimes contra a humanidade do ponto de vista dos princípios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, por três razões. Primeiro, pela amplitude da fórmula *identificável grupo ou coletividade*, muito mais amplos de que os empregados no art. 6 do Estatuto de Roma, por exemplo. Segundo, tal norma não é exaustiva, referindo-se a *outros graus universalmente reconhecidos como não permitidos pela lei internacional*. Nessa redação, mesmo a expressão “não permitidos” tem uma conotação mais

fatural, descritiva, significando o que é ou não permitido fazer. Teria sido melhor empregar o termo “proibido”, mais usual para indicar a vedação à prática de determinado ato. Em terceiro lugar, o emprego de “perseguição” como um elemento substantivo de crimes contra a humanidade parece um pouco ilógico, *em conexão com qualquer ato referido neste parágrafo*, parecendo ser auto-referencial e, nesse contexto, mesmo tautológico. Afortunadamente, as palavras “ou qualquer crime abarcado na competência da Corte” direciona a interpretação para os crimes elencados nos arts. 6,7 ou 8 do Estatuto de Roma.

O problema do emprego da palavra “perseguição” deve-se à ambigüidade da sua definição legal. Se for entendida como o *modo* pelo qual as violações são perpetradas (face procedimental) e menos como um independente e discreto crime de acordo com a lei internacional (norma substantiva), então o rótulo de um grupo identificável deve simplesmente ser incorporado como parte do *caput* da definição dos crimes contra a humanidade e, talvez, dos crimes de guerra, não como um elemento substantivo em separado. Incidentalmente, esta mesma inconsistência aparece também no art. 21 da redação do projeto da CDI de 1991 para os crimes contra a paz e segurança da espécie humana.

O parágrafo (f) lista a tortura como um crime contra a humanidade, seguindo os exemplos do Estatuto para os tribunais da antiga Iugoslávia e Ruanda, referindo-se simplesmente à tortura. Em contraste, nem a Carta de Nuremberg ou de Tóquio a mencionam, mas referem-se a “tratamento cruel” nas previsões dos crimes de guerra e outros atos inumanos nos crimes contra a humanidade.

De acordo com art. 7 (2) (e) do Estatuto de Roma, tortura significa: a infligência intencional de dor severa ou sofrimento, físico ou mental, a uma pessoa sob custódia ou sob controle do acusado, não abarca a dor ou sofrimento inerente ou incidente a sanções legalmente previstas.

Esta definição de tortura deve ser preferida àquela contida no art. 1 da Convenção das Nações Unidas de 1984,²⁰ porque esta se aplica apenas nos casos “em que tal dor ou sofrimento é infligido por um ato de instigação ou com a aquiescência de um agente público ou outra

²⁰ Adotada por consenso pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, aberta para assinatura em 4 de fevereiro de 1985, entrada em vigor em 26 de junho de 1987.

pessoa atuando nessa qualidade”, ao passo que o Estatuto de Roma faz referência apenas a situações relativas a “pessoas sob custódia ou sob controle do acusado, uma provisão mais ampla em termos de competência *ratione personae* que deixa à Corte estabelecer em casos particulares se o acusado estava atuando como agente público ou nessa qualidade”.

Infelizmente, no entanto, o Estatuto de Roma, ao definir o crime de tortura, trouxe consigo a exceção contida na Convenção sobre Tortura de acordo com a qual a tortura não engloba qualquer “dor ou sofrimento advindo inerente ou incidentalmente da aplicação de sanções legais”, deixando aos Estados um amplo espectro para definir tortura, levando-se em conta que suas leis internas podem autorizar sanções de caráter cruel ou inumano.

Uma das formas de escapar dessa situação seria a determinação pela Corte do que vem a ser “legalidade das sanções”, não apenas levando-se em conta os critérios estabelecidos pela lei interna do Estado em questão, mas, igualmente, levando-se em conta os parâmetros costumeiros dos direitos humanos internacionais.

É interessante que o parágrafo (k), referindo-se a “outros atos de similar caráter que intencionalmente causem grande dor ou sofrimento, sérias ofensas à integridade física, mental ou psíquica”, não esteja conectado à “tortura” no parágrafo (f). Particularmente, como o parágrafo (k) vem ao final do artigo, antes que uma parte dele, ou mesmo seguindo-se imediatamente ao parágrafo (f) que trata da tortura, isto indica a intenção dos redatores em introduzir no parágrafo (k) um aspecto não exaustivo do art. 7 (1).

Desaparecimento forçado de pessoas contido no parágrafo (i) representa um bem-vindo reconhecimento da severidade desse fenômeno. De fato, desde 1992, a Assembléia Geral das Nações Unidas estatuiu que o desaparecimento forçado de pessoas representa uma das mais graves violações à lei, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, e a prática sistemática de tais atos significa a própria essência dos crimes contra a humanidade de acordo com o preâmbulo da Declaração de Proteção à Pessoa contra o Desaparecimento Forçado.²¹ O fenômeno específico aventado não estava inserido na categoria crimes contra a humanidade nas Cartas de Nuremberg e Tóquio e dos Estatutos dos tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, ou mesmo na codificação da CDI.

²¹ Resolução da Assembléia Geral 47/133, adotada em 18 de dezembro de 1992.

4.2.2 Parágrafo (g): sobre crimes de violência sexual

Para a maioria, a lei internacional tem sido por demais silente quanto à violência sexual. O parágrafo (g) do Estatuto de Roma percorreu um longo caminho para retificar essa visão. Os arts. 5 (g) e 3 (g) dos Estatutos dos Tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, respectivamente, incluíam estupro como crime contra a humanidade, mas ameaçavam restringir seu âmbito de aplicação, subsumindo-a a outras previsões no *caput* dos respectivos artigos. Deve ser recordado que o Estatuto do Tribunal para a antiga Iugoslávia ligava os crimes contra a humanidade a conflitos armados, uma conexão que não aparecia mesmo no CCL 10 de 20 dezembro 1945, no projeto de Código de 1954 da CDI, ou nas definições de genocídio e *apartheid* na Convenção de Genocídio de 1948, ou na Convenção do *Apartheid*, de 1973,²² respectivamente, as quais expressam a definição de crimes contra humanidade.

De forma significativa, o parágrafo (g) não está limitado ao estupro, mas abarca outros crimes, como escravidão sexual e prostituição forçada, além da gravidez forçada, esta largamente perpetrada, por exemplo, pelas forças japonesas de ocupação durante a II Guerra Mundial e, mais recentemente, nos conflitos armados que tiveram lugar na antiga Iugoslávia e em Ruanda, podendo-se mencionar outros inúmeros teatros de guerra. Pela expressão “qualquer outra forma de violência sexual de comparável gravidade”, o parágrafo (g) mantém sua flexibilidade, sem deixar a porta completamente aberta, em virtude das palavras “de comparável gravidade”, que dá à Corte a possibilidade de empregar a analogia de forma razoável para verificar a ocorrência da tipificação.

4.2.3 Parágrafo (j): sobre o apartheid

O crime de *apartheid* não aparecia nas Cartas de Nuremberg e Tóquio dentro dos crimes contra a humanidade e em qualquer outro instrumento de estatuição de tribunais criminais, na medida em que se destinavam a outros tipos de crimes. Sem embargo, o *apartheid* recebeu

Pela Resolução 3068 (XXVIII) adotada pela Resolução da Assembléia Geral em 30 de novembro de 1973, aberta para assinatura, como “Convenção Internacional para Supressão e Punição do Crime de *Apartheid*”.

um alto nível de reconhecimento internacional como crimes contra a humanidade, refletido na Convenção de 1973. A definição de tal crime aparece no art. 7 (2) (j) do Estatuto de Roma e constitui a maior modificação sobre o art. 1.º da supramencionada Convenção e, também, sobre o texto da CDI de 1991 que, em seu art. 20 (2) foi extremamente preciso. A definição do Estatuto de Roma aponta para “um regime de sistemática e institucionalizada opressão e dominação por um grupo racial contra outro e cometido com a intenção de manutenção do regime” no contexto de qualquer dos crimes apontados no art. 7 (1) como crimes contra a humanidade, omitindo-se a longa e vasta lista contida na Convenção de 1973.

5. Crimes de guerra

5.1 O caput do art. 8 (1)

O art. 8 (1) delimita totalmente a aplicação do art. 8, de forma muito semelhante ao que foi feito nos arts. 6 e 7, estabelecendo critérios-limite à atuação da Corte. O art. 8 (1) determina que a Corte será acionada no que atine aos crimes de guerra em particular, cometidos como parte de uma estratégia ou política ou como parte de cometimento em larga escala desses crimes.

A frase “em particular, cometidos como parte de uma estratégia ou política” implica que a Corte deve assumir a jurisdição apenas nos casos envolvendo um certo nível de organização e responsabilidade de cometimento de fato (não necessariamente relativa a um Estado). Por outro lado, atos que poderiam qualificar crimes de guerra de acordo com a lei humanitária internacional podem não ser inseridos na definição estatutária se cometidos apenas em bases isoladas, sem a aprovação de uma alta autoridade em comando. Enquanto poucas Delegações e algumas ONGs de direitos humanos expressaram sua preocupação para que a Corte tivesse atuação em todos os casos de crimes de guerra, cometidos ou não como parte de uma estratégia ou política, tal seria dificultoso dada a profusão de casos acontecidos em muitos países, conflitos e contextos, em vários pontos quase que ao mesmo tempo. Seria melhor reservar as energias da Corte para aqueles casos que efetivamente constituíssem uma quebra ou ameaça à paz e segurança internacionais, onde a Corte poderia exercer um papel mais construtivo ao invés de tratar de assuntos menores, que tivessem

interesse apenas em âmbito nacional. De fato, o requisito de conexão do ato a uma estratégia ou política já era conhecida no direito internacional humanitário, em particular no art. 1 (1) do Protocolo II, com a seguida redação: “que tenha lugar no território de um dos altos Estados convenientes, entre suas Forças Armadas e Forças Armadas dissidentes ou outro grupo organizado o qual, sob comando responsável, exerce controle sobre parte de seu território de modo a sustentar e atuar em operações militares e implementar este protocolo”.

A referência ao art. 8 (1) ao cometimento em larga escala de tais crimes é disjuntiva, de tal modo que mesmo que os atos em questão não tenham sido cometidos como parte de uma estratégia ou política, eles ainda podem ser considerados dentro da competência da Corte, desde que acontecidos em escala considerável.

O art. 8 (2) divide os atos que se encontram abarcados pela definição do Estatuto de Roma em quatro categorias. Com respeito aos conflitos armados internacionais, o art. 8 (2) abarca, primeiro, as graves violações contidas na Convenção de Genebra e, depois, outras graves violações. No que tange aos conflitos armados não-internacionais inclui as sérias violações contidas no art. 3 da mencionada Convenção e, depois, outras sérias violações.

5.2 Conflitos armados internacionais

5.2.1 Graves violações contidas na Convenção de Genebra de 1949

O art. 8 (2) elenca graves violações contidas na mencionada convenção como crimes de guerra, tendo sido os atos cometidos contra pessoas ou propriedades protegidas de acordo com a Convenção: mortes intencionais, torturas ou tratamentos desumanos, incluindo-se experimentos biológicos, atos intencionais causadores de grande sofrimento ou sérias ofensas à integridade física ou à saúde; extensivas destruições ou apropriações de propriedade não justificadas por necessidade militar e levadas a efeito com dolo ou intencionalmente; compelir-se prisioneiro de guerra ou outra pessoa protegida a servir nas forças armadas de um poder hostil; privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa protegida ao direito de um julgamento justo; deportações ilegais ou transferências ilegais ou confinamento ilegais e a tomada de reféns. Tal enunciado provém do

art. 50 da Convenção I, 51 da Convenção II, 130 da Convenção III e 147 da Convenção IV.

A aplicação de tais dispositivos somente a situações de conflitos armados internacionais, foi aventada na Câmara de Apelação do tribunal para a antiga Iugoslávia no caso Tadic, e foi assim considerada, asseverando-se, por maioria, que o conflito armado em questão deveria ter um ingrediente internacional para que a regra pudesse ser aplicada.²³

5.2.2 Outras sérias violações das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados internacionais

O art. 8 (2) traz para a competência da Corte certos tipos de atos cometidos no contexto dos conflitos armados internacionais não previstos pelo art. 8 (2) (a) derivados do texto da Convenção de Genebra de 1949.

Do ponto de vista dos redatores, parecia preferível que a Conferência de Roma tivesse uma consolidada previsão de crimes de guerra de modo a trazer grande coerência à matéria ao invés de seguir o texto de *lege lata*. O art. 8, tal como estruturado, incorpora crimes previstos nas Convenções de Genebra e de outras fontes.

Isto faz das previsões de crimes de guerra em conflitos armados internacionais do Estatuto de Roma um texto assaz extenso, com 34 subparágrafos, e aumenta o risco de uma desnecessária sobreposição, na medida em que uma ação pode ser sancionada em vários tipos. Por exemplo, se um artefato militar aéreo for lançado de um Estado contra uma vila desprotegida no território de outro Estado portando o

Apesar da lacuna a qualquer referência a conflito armado internacional no art. 2 do Estatuto para o tribunal da antiga Iugoslávia, e a crescente tendência ao reconhecimento de que violações à Convenção de Genebra nos casos de conflitos armados internacionais ou não, a maioria da Câmara de Apelo entenderam que não. A maioria decidiu que era necessária a existência de conflito armado, servindo este como uma limitação à luz da quebra à soberania estatal que a atuação da jurisdição universal representa. Os Estados signatários da Convenção de Genebra não desejavam que tal jurisdição atuasse em seus conflitos internos – ao menos em casos como o que se julgava. Veja-se *The Prosecutor of the Tribunal v. Dusko Tadic, Decision of the Appeals Chamber on the Defense Motion of the Interlocutory Appeal Concerning Jurisdiction* at 73 (Case n.º IT-94-I-D) of 2 October 1995 par. 80. Mas veja-se também o voto divergente do Juiz Abi-Saab sobre este ponto.

denominado “agente laranja”, isto pode constituir violação aos subparágrafos (i), (ii), (iv), (v) e (xvii) do art. 8 (2) (b), assim como os subparágrafos (iii) e (iv) do art. 8 (2) (a). Embora múltiplas incidências penais não sejam incomuns, a experiência dos dois tribunais *ad hoc* indicam que o Ministério Público deve imputar o máximo de tipos possíveis, mesmo aqueles remotamente conexos, na expectativa de ver o reconhecimento de algum deles. Tal tática diminui a capacidade do acusado em formular uma defesa efetiva e confundir interpretações. Em segundo lugar, formulações menos econômicas são frequentemente menos compreensíveis a superiores e soldados, uma idéia que tem a adesão da maior parte dos Estados signatários do Estatuto.

Por outro lado, as previsões do Estatuto de Roma para os crimes de guerra eram as mais sensíveis para os governos, particularmente para os Ministérios de Defesa na medida em que existem normas sobre genocídio ou crimes contra a humanidade desde que certos atos tenham sido cometidos por membros das Forças Armadas. Como de hábito, as Delegações asseguraram-se que tais disposições não se perdessem além de boas intenções de *lege lata*. Mais ainda, ao acrescentar outras sérias violações de direito internacional e costumes aplicáveis aos conflitos armados internacionais, as previsões de crime de guerra do Estatuto de Roma significaram uma significativa atualização dos Protocolos I e II que suplementava o texto da Convenção de Genebra.

Retornando à específica norma do art. 8 (2) (b), é útil lembrar que as regulamentações de 1897 e 1907 e as Convenções de Haia foram adotadas para alterar as leis e costumes de guerra com o propósito de modificar suas severidades o quanto possível. Mais ainda, o Protocolo I não apenas suplementa as quatro Convenções de Genebra de 1949 como, de forma mais significativa, faz uma convergência entre a lei de Genebra e a de Haia, isto é, entre o direito internacional humanitário e as leis e costumes de guerra. Assim, emergindo imediatamente das provisões contidas no Protocolo I, art. 8 (2) (b) abarca muito mais casos que as leis clássicas ou costumes de guerra e, ainda, seu *caput* se refere a outras sérias violações a leis e costumes aplicadas a conflitos armados internacionais.

Os subparágrafos (i), (ii), (v) e (vi) derivam das provisões do art. 85 (3) do Protocolo I; o subparágrafo (iii) da Convenção da Segurança dos Funcionários da ONU e associados, 1995;²⁴ o subparágrafo (iv), dos

²⁴ Convention on the Safety of United Nations e Associated Personnel, adotada unanimemente, em 17 February 1995; A/RES/49/59.

arts. 35 (3) e 55 do Protocolo I; o subparágrafo (vii), do art. 38 (2) do Protocolo I; os subparágrafos (viii-ix) do art. 85 (4) do Protocolo I;²⁵ o subparágrafo (x), dos arts. 11 (1) e 11 (2) do Protocolo I; o subparágrafo (xi) do art. 23 (b) da Regulação 4 da Convenção de Haia; o subparágrafo (xii), do art. 40 do Protocolo I e art. 23 (d) da Regulação 4 da Convenção de Haia; o subparágrafo (xiii), do art. 53 da Convenção de Genebra e arts. 23 (g) e 46 da Regulação 4 da Convenção de Haia; o subparágrafo (xiv), do art. 23 (h) da Regulação n. 4 da Convenção de Haia; o subparágrafo (xv) do art. 51 da Convenção de Genebra; o subparágrafo (xvi) do art. 33 da Convenção de Genebra e arts. 28 e 47 da Regulação 4 da Convenção de Haia; o subparágrafo (xvii), do art. 23 (a) da Regulação 4 da Convenção de Haia; o subparágrafo (xviii), do Protocolo de Proibição do emprego em guerra de asfixiantes, venenos ou outros gases e métodos bacteriológicos²⁶; o subparágrafo (xix) da Declaração do emprego de balas;²⁷ o subparágrafo (xx), do art. 35 (2) do Protocolo I e art. 23 (e) da Regulação 4 da Convenção de Haia; o subparágrafo (xxi), do art. 75 (2) (b) do Protocolo I; o subparágrafo (xxii), do artigo 76 (1) do Protocolo I; o subparágrafo (xxiii), do art. 51 (7) do Protocolo I; o subparágrafo (xxiv) do art. 12 (1) do Protocolo I; o subparágrafo (xxv) do art. 54 (1) do Protocolo I e o subparágrafo (xxvi) do art. 77 (2) do Protocolo I.

O art. 8 (2) (b) deixa de fora alguns elementos do Protocolo I. Por exemplo, o art. 85 (4) (b) do Protocolo I, que diz respeito à injustificada demora na repatriação de prisioneiros de guerra ou de civis, afirma que tal dispositivo não se enquadra como crime de guerra para os fins do Estatuto de Roma. A previsão do art. 85 (4) (c) do Protocolo I concernente ao *apartheid* ou a outras práticas inumanas ou degradantes envolvendo degradação da pessoa humana com base na discriminação racial não está refletida em qualquer parte do art. 8, mas figura no art. 7 (2) (h) como crime contra a humanidade. O Protocolo I garante no art. 85 (4) (e) o julgamento justo, que não figura no parágrafo 8 (2) (b), mas já se encontra abarcado no art. 8 (a) (vi). As normas constantes nos arts. I, II e III da Convenção, que proíbe o uso

²⁵ Subparágrafo (ix) também redigido sobre a "Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", adotada em Haia, em 14 de maio de 1954.

²⁶ Adotada em Genebra, em 17 de junho de 1925.

²⁷ Adotada em Haia, em 29 de julho de 1899.

militar ou hostil de modificações técnicas ambientais,²⁸ não foi refletida no Estatuto de Roma, a não ser, talvez, de forma indireta, nos arts. 8 (2) (b) (iv).

No que atine às armas proibidas, é considerável que a Conferência de Roma tenha incluído na definição de crimes de guerra o uso de venenos, armas envenenadas, asfixiantes ou gases venenosos, assim como o emprego de balas nessas condições, mas não tenha chegado a um consenso quanto à inclusão de armas nucleares,²⁹ não detectáveis fragmentações de armas,³⁰ minas,³¹ armas incendiárias,³² ou armas a laser.³³ O subparágrafo (xx) é, no entanto, redigido de forma geral, referindo-se ao emprego de:

Armas, projéteis e materiais e métodos de guerra os quais, pela sua natureza, causam ofensas ou sofrimentos físicos desnecessários ou

²⁸ Adotada por Resolução da Assembléia Geral da ONU 31/72 de 10 de dezembro de 1976.

²⁹ Veja-se "Legality of the threat or use of nuclear weapons", General List n.º 95 (ICJ Advisory Opinion) de 8 de julho de 1996, na qual a maioria determinou que a ameaça do uso de armas nucleares é proibida pela lei internacional, exceto em casos extremos de auto-defesa nos quais a própria sobrevivência do Estado está em jogo.

³⁰ Veja-se Protocolo sobre fragmentos não-detectáveis adotada em Genebra, em 10 de outubro de 1980.

³¹ Veja-se Protocolo sobre "Prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps e other devices" (Protocolo II da Convenção de Genebra sobre "Prohibitions or restrictions on the use of certain conventional weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects"), adotada em Genebra, 10 de outubro de 1980; e "Convention on the prohibition of the use, production, transfer e stockpiling of anti-personnel mines e on their destruction", adotada em Oslo, 18 de setembro de 1997.

³² Veja-se "Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (Protocol III to the Geneva Convention on prohibitions or restrictions on the use of certain conventional weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects)", adotada em Genebra, 10 de outubro de 1980.

³³ Em 13 de outubro de 1995, a Conferência de Revisão em Viena dos Estados signatários da "Convention on prohibitions or restrictions on the use of certain conventional weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects" adotada de acordo com art. 8.3 (b) da Convention an additional Protocol entitled "Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV)".

que são de forma inerente proibidos pela lei internacional de conflitos armados são incluídos no anexo deste Estatuto, em complemento às normas contidas nos arts. 121 e 123, deixando em aberto a possibilidade da Assembléia dos Estados signatários rever o conteúdo do texto.

A maioria das Delegações foi firmemente contra a inserção da proibição do uso de armas nucleares, mas com igual energia firmaram sua oposição ao emprego dos poderes nucleares pelos Estados, o que não pode ser ignorado.³⁴

5.3 Conflitos armados não-internacionais

5.3.1 Violações do art. 3 das quatro Convenções de Genebra de 1949

O art. 8 (2) (c) incorpora o texto do art. 3 acima mencionado com algumas mudanças menores. Primeiro, aplica-se apenas a sérias violações, dando à Corte a discricionariedade de não efetuar processos sobre meras infrações. Segundo, o *caput* do art. 8 (2) (c) emprega a redação sem qualquer distinção fundada em cor, raça, religião, fé, sexo, origem ou saúde ou qualquer outro critério que, graças à cláusula proposta pela Delegação canadense durante as sessões finais do Comitê Preparatório em março-abril de 1998, pode ser invocada, já que adotada pelo art. 21 (3) do Estatuto de Roma.³⁵ Em continuidade ao art. 3, a proibição à tomada de reféns segue diretamente à violência contra a vida e a pessoa e a tortura, seguindo-se outras afrontas à dignidade pessoal, em particular tratamento humilhante ou degradante. O Estatuto inverte a ordem dos parágrafos (b) e (c) como aparecem no art. 3 para melhor coerência. O Estatuto ainda incorpora, palavra por palavra, o conteúdo do subparágrafo (d) do art. 3 (1), mas retira a frase “por pessoas civilizadas”, um resíduo

³⁴ A Índia, apesar dos testes nucleares realizados por seu governo em 11 e 13 de maio de 1998 e suas declarações oficiais para ser considerada como membro do clube nuclear, foi fortemente a favor da inclusão do uso de armas nucleares no art. 8 do Estatuto. Houve muita especulação por parte de delegados e observadores quanto a essa posição paradoxal.

O art. 21 (3) assim redigido: “a interpretação da lei de acordo com este artigo deve ser coerente com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos e não deve haver distinção fundada no texto do art. 7, parágrafo 3, idade, raça, cor, língua, religião ou crença, opinião política ou de qualquer outra natureza, nacionalidade, etnia ou origem social, saúde, nascimento ou outro *status*.”

de velhas atitudes colonialistas. Outras disposições foram retiradas uma vez que não mantinham relação com os propósitos do Tribunal Penal Internacional. Finalmente, o art. 8 (2) (d) do Estatuto de Roma incorpora o art. 1 (2) do Protocolo II, que excepciona da competência da Corte situações de distúrbios e tensões internos, como esporádicos atos de violência ou outros de similar natureza.

5.3.2 Outras sérias violações às leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados não-internacionais

Os subparágrafos 8 (2) (e) (i-vii) correspondem ao art. 8 (2) (b); e os subparágrafos (i), (xxiv), (iii), (ix), (xvi), (xxii) e (xxvi), respectivamente. Sem embargo, o parágrafo (e) acrescenta ao parágrafo (viii) a ordem de deslocamento de população civil por razões relativas ao conflito, a menos que a segurança dos civis envolvidos ou imperativas razões militares o exijam. Os subparágrafos 8 (2) (e) (ix-xii) correspondem ao art. 8 (2) (b), e aos subparágrafos (xi), (xii), (x) e (xiii), respectivamente. Os subparágrafos (ii), (iv), (v), (vi), (vii), (viii), (xiv), (xv), (xvii), (xviii), (xix), (xx), (xxi), (xxiii), (xxiv) e (xxv) do art. 8 (2) (b) não foram incorporados no art. 8 (2) (e). O art. 8 (2) (f) emprega as condições limitadoras contidas no art. 1 (2) do Protocolo II.

O art. 8 (3) determina que nada nos parágrafos 2 (c) e (d) afetará a responsabilidade do governo em manter ou estabelecer a lei e a ordem dentro do Estado e defender a unidade e integridade territorial por meios legítimos.

A presença de tais normas no Estatuto representa o desejo da ampla maioria dos Estados em reconhecer a responsabilidade criminal por certos atos mesmo nos casos de situações de conflitos armados ocorridos dentro da soberania de um Estado. Lida em conjunto com o art. 8 (3) para que as Delegações alcancem um fino equilíbrio ao reafirmar a responsabilidade e, de fato, o direito dos governos em exercerem a força doméstica nos interesses da segurança nacional, independência política e integridade territorial.

6. Elementos de crime

Um certo número de Delegações, particularmente as de origem da *common law*, incluindo-se a Grã-Bretanha, propuseram que deveria haver no Estatuto uma norma aclarando os elementos integrantes dos

vários crimes de competência da Corte, na medida em que a liberdade dada à Corte os deixava receosos quanto a possíveis violações dos princípios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Como discutido acima, pontos difíceis surgiram, tais como se a pessoa acusada de ter cometido crimes contra a humanidade deveria saber o conteúdo do ato praticado ou se ele/ela fazia parte de um ataque ou se tratava de mera operação. Ainda assim o Estatuto é silente quanto ao nível de conhecimento que cerca tais eventos ou mesmo quanto à intencionalidade da conduta. Similarmente, o crime de genocídio dá especial ênfase a *mens rea* do acusado, estendendo-se até mesmo ao ponto da possibilidade ou não de que uma simples pessoa tenha sido morta antes do ato de genocídio ter tido lugar, como já argumentado.

Na Conferência de Roma, muitas Delegações expressaram dúvidas como da norma estatutária que retirava os elementos específicos de crime. De forma geral, sentia-se que os crimes de guerra estavam suficientemente previstos e tal provisão poderia acarretar a demora da entrada em vigor do Estatuto. Sem embargo, deliberou-se que a Assembléia dos Estados signatários poderia, por maioria de dois terços, adotar normas atinentes à matéria.

7. A relação entre a definição dos crimes no Estatuto de Roma e o direito internacional penal: art. 10

O art. 10 do Estatuto de Roma define que: “nenhuma parte deverá ser interpretada de forma a limitar ou prejudicar outras normas estabelecidas ou em desenvolvimento no direito internacional para os propósitos desse Estatuto”. Tal norma procura assegurar que a legislação internacional permanece intocada pelo Estatuto, deixando aos tribunais *ad hoc*, criados ou por criar, a liberdade de não se considerar limitados pelas disposições de Roma. Sem embargo, se e quando o Estatuto entrar em vigor, o Tribunal Penal internacional se constituirá na principal instituição para a atuação do direito internacional penal. Assim, a mera existência de um rol de crimes, no qual alguns atos tenham sido deixados de fora, se não atuados por outros mecanismos, poderão cair em desconsideração.

A Conferência de Roma não foi um mero fórum no qual Estados tomaram posições e votaram um documento para a criação de um Estatuto de um Tribunal Internacional Penal. Foi um processo no qual

representantes de governos de quase todo o mundo concentraram suas energias e esforços individuais para superar as divergências do direito internacional penal e a promessa de uma permanente Corte internacional. De forma mais significativa, a Conferência de Roma foi um processo no qual os Estados puderam expor e compartilhar quais seus entendimentos acerca do que constitui como ameaça penal internacional e como, através da cooperação internacional e boa-fé, poderiam ser encontradas soluções comuns. Graças a essa visão e à vontade política da grande maioria das Delegações, a Conferência de Roma foi exitosa na criação de uma plataforma sólida sobre a qual será erguida a base para um justo e efetivo sistema de direito internacional criminal: o Tribunal Penal Internacional.