

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

VINICIUS ESTEVES ALVES

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO TRIBUNAL DE NUREMBERG

RIO DE JANEIRO

2023

Pública

VINICIUS ESTEVES ALVES

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO TRIBUNAL DE NUREMBERG

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú**

Data da Aprovação: 29/06/2023

Banca Examinadora:

Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Orientador

Ana Lúcia Tavares Ferreira
Membro da Banca

Flavia Sanna Leal de Meirelles
Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2023

Pública

CIP - Catalogação na Publicação

A474p Alves, Vinicius
 O princípio da legalidade no Tribunal de
Nuremberg / Vinicius Alves. -- Rio de Janeiro, 2023.
 76 f.

 Orientador: Carlos Japiassú.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

 1. Princípio da legalidade. 2. Tribunal de
Nuremberg. 3. Direito Internacional Penal. I.
Japiassú, Carlos, orient. II. Título.

Dedico esta conquista para aqueles que se foram, mas permanecem em meu coração:

À Dona Iraci, minha avó, razão e a base de tudo. Aquela que mudou paradigmas e plantou a semente da vida digna em nossa família.

Ao Sr. Renato Carvalho, um segundo pai, um amigo e o homem mais forte que eu já conheci.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Vancleves Alves Martins, meu maior exemplo e o primeiro a acreditar em mim. Por me inspirar a sonhar.

À minha mãe, Ana Paula Alves Esteves, por seu amor e cuidado incondicional. Por seu abraço em todas as lágrimas que já chorei.

À minha irmã, Carolina Alves, pelos amores e memórias compartilhadas a que me apego tanto.

Ao meu irmão Herberth Martins, pela proteção desde que vim ao mundo e a vontade de fazer vitoriosa a nossa família.

Aos meus amigos da Faculdade Nacional de Direito, por todas as risadas na varandinha, baralhos e desabafos. Sem vocês a faculdade não seria tão divertida.

Aos meus amigos Leticia Gama e Nathan Santos pelos dias compartilhados em nosso apartamento e pelas memórias construídas.

À Heloisa Moreira Leitão por seu apoio e companheirismo durante toda instabilidade do fim da graduação.

Ao meu professor e orientador Carlos Eduardo Adriano Japiassú, por me permitir a honra de ser seu monitor e de tê-lo como orientador.

Enquanto te enterravam no cemitério judeu
de São Francisco Xavier
(e o clarão de teu olhar soterrado
resistindo ainda)
o táxi corria comigo à borda da Lagoa
na direção de Botafogo
as pedras e as nuvens e as árvores
no vento
mostravam alegremente
que não dependem de nós.

RESUMO

A presente monografia visa a análise de um dos principais princípios dentro do Direito Penal: o Princípio da Legalidade. Todavia, não visa a mera análise de tal princípio formador da ciência criminal, mas a sua aplicação – ou violação – em um dos episódios mais marcantes na história da humanidade, qual seja, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, destinado ao julgamento das atrocidades e violações aos direitos humanos cometido pelo Estado Alemão nazista e as demais forças do Eixo. A legitimidade de um tribunal *ad hoc* em razão de uma exceção ao episódio de violações jamais vistas dos direitos a humanidade é um ponto explorado dentro do trabalho que traz, entre outras coisas, uma profunda análise daquilo que se compreende como Direito Penal Internacional e Justiça internacional.

Palavras-chaves: Princípio da legalidade; Tribunal de Nuremberg; Tribunal Militar Internacional; Direito Internacional Público; Nazismo; Segunda Guerra Mundial; Direito Penal Internacional.

ABSTRACT

This paper intends to analyze one of the main principles within Criminal Law: the Principle of Legality. However, it does not aim at the mere analysis of such formative principle of criminal science, but its application - or violation - in one of the most remarkable episodes in the history of mankind, namely, the International Military Tribunal of Nuremberg, destined to the trial of atrocities and human rights violations committed by the Nazi German State and other Axis forces. The legitimacy of an ad hoc tribunal due to an exception to the episode of never-seen violations of the rights of humanity is a point explored within the work that brings, among other things, a deep analysis of what is understood as International Criminal Law and International Justice.

Keywords: Second World War. International Military Tribunal. Principle of legality. Public International Law; Nazism; International Criminal Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	12
1.1. A reserva legal no pré-iluminismo.....	12
1.2. A reserva legal pós Iluminismo	16
2. O DIREITO PENAL INTERNACIONAL.....	23
2.1. A formação do Direito Penal Internacional	23
2.2. O princípio da justiça Universal, a Soberania e o Direito Penal Internacional	28
2.3. Direito Penal Internacional x Direito Internacional Penal.....	33
2.4. Fontes do Direito Penal Internacional.....	35
2.5. A relação entre o Direito Penal e o Direito Internacional Público: O paradoxo dos “Costumes”.....	38
3. O FIM DA 2ª GUERRA MUNDIAL E A JUSTIÇA INTERNACIONAL: A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE NUREMBERG	41
3.1 Dos antecedentes do Tribunal de Nuremberg.....	41
3.2. A Segunda Guerra Mundial	44
3.3. Como lidar com os inimigos de guerra: A justiça de transição	46
3.4. O Tribunal de Nuremberg.....	49
3.5. A Defesa dos acusados no Tribunal de Nuremberg.....	55
4. O LEGADO DO TRIBUNAL DE NUREMBERG.....	59
4.1. A mudança na concepção de Soberania e a responsabilidade dos governantes.....	59
4.2. O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente	60
4.3. A Comissão de Direitos Humanos – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966	61
4.4. A convenção de Prevenção ao Crime de Genocídio – 1948.....	62

4.5. O Estatuto de Roma – Tribunal Penal Internacional	63
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

Há justiça em um tribunal de exceção? O grau de facilidade da resposta a esse questionamento possui, inevitavelmente, diversas variáveis e uma delas é, certamente, o âmbito do direito – mais precisamente o “Penal” – em que se situa. No âmbito interno, dentro do direito penal nacional, dificilmente se sustentaria a tese de haver justiça em um tribunal *ad hoc*, sendo, inclusive, vedado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXVII, onde se estabelece que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”¹.

Entretanto, a impreterível crescente importância da comunidade internacional acerca das garantias fundamentais aos direitos humanos, bem como a necessidade de punição diante dos detratores da estabilidade mundial geraram o desenvolvimento de um ramo do direito chamado “Direito Penal Internacional”. Certo é que desde a Antiguidade é possível de se encontrar mecanismos e manifestações do que se compreende como Direito Penal Internacional. Porém, a exemplo do que, dentro do Direito Constitucional, se compreende como Estado e constituições modernas em detrimento das outras formas de organização, o Direito Penal Internacional teve sua efetiva concretização a partir do século XX, em necessidade de resposta as Guerras Mundiais².

De acordo com Japiassú, podemos definir o Direito Penal Internacional como “o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas”³. A partir disso, é possível enxergar o direito penal internacional pela produção legislativa em matéria criminal e os sistemas globais de proibição. Todavia, o que mais chama atenção com desenvolvimento dessa ciência é sua materialização no plano, isso é, o surgimento dos Tribunais Penais Internacionais após a 2ª Guerra Mundial em Nuremberg e Tóquio, justamente pela característica de serem tribunais *ad hoc* e a ausência de normas penais

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXXVII.

² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. 1 ed – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p.13.

³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. 1 ed – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p.16.

anteriores as atrocidades cometidas pelas autoridades nazistas que justificassem a aplicação das penas aos criminosos sobreviventes.

Nesse ponto, portanto, o que se discute é, justamente, a flexibilização do princípio da legalidade nos Tribunais Penais Internacionais de Nuremberg e Tóquio.

Diante da tradição penal democrática existente na contemporaneidade, a ciência criminal se pauta por meio do mandamento *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*⁴, sendo este o princípio mais importante, convertendo-se em uma verdadeira garantia aos direitos humanos. Previsto em todos os sistemas jurídicos existentes no mundo, o princípio da legalidade esteve bem formalizado na *Magna Charta* (1215) inglesa, em seu art. 39, em que se estabelece que “nenhum homem livre será levado ou preso ou retirado ou posto fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira prejudicado, ou nós não iremos ou enviaremos contra ele, exceto em decorrência de um julgamento justo por seus pares ou pela lei da terra”⁵.

No chamado “princípio da legalidade” ou “princípio da reserva legal” há autores que enxergam uma diferença entre as duas terminologias, tal como Bitencourt. Para o autor, pelo princípio da legalidade, a criação de normas incriminadoras seria função exclusiva da lei enquanto o princípio da reserva legal significaria que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal.

“Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Quanto ao princípio de reserva legal, este significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito. Nesse sentido, o art. 22, I, da Constituição brasileira estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal”⁶.

⁴ “Não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁵ HOLT, James Clarke. *Magna Carta*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 460-461

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo. 2020. p.121

No presente trabalho, os termos são utilizados como sinônimos, tendo em vista a corrente minoritária que faz a presente diferenciação terminológica.

Presente além do aspecto político da vida em sociedade – isso é, cláusula capaz de impor coerente limitação ao poder estatal em face da liberdade individual –, o princípio da reserva legal possui um fundamento de ordem jurídico penal quando se compreende a capacidade da ameaça penal em exercer coação psicológica apta a impedir a prática do crime, conforme afirmado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach e a teoria da coação psicológica em que se compreende que a antecedência da lei possui efeito dissuasório⁷.

De fato, no que se refere ao Direito Penal interno, tal princípio é facilmente admitido, incorporado e encontrado nas diversas ordens jurídicas existentes. Todavia, no que diz respeito ao Direito Penal Internacional ainda há discussões doutrinárias acerca do alcance e significado da reserva legal. Nesse aspecto, o Tribunal de Nuremberg tornou-se estalão no âmbito internacional, pois a necessidade de resposta jurídica às atrocidades cometidas pelo nazismo e aos criminosos de guerra provocou uma verdadeira ultrapassagem e enfrentamento à legalidade tão priorizada no âmbito do direito interno e nas garantias fundamentais de 1ª geração.

Logo, este projeto busca entender e problematizar os fundamentos que justificaram a aplicação das penas no tribunal *ad hoc* de Nuremberg passando pelo histórico dos acontecimentos, as bases sistemáticas jurídicas que sustentaram a criação do tribunal, bem como o desenvolvimento da concepção do princípio da legalidade e sua estrutura em referência – ou ausência – com o direito penal internacional.

Dessa forma, dificilmente se chegará a uma resposta certa e concreta ao questionamento que dá início ao projeto, qual seja, se “há justiça em um tribunal de exceção”. Importa que tal questão é motivadora do presente trabalho, pois coloca em xeque a satisfação do fim do nazismo diante da letalidade jurídica das respostas dadas. Num aspecto moral, é a dúvida acerca da aceitação de se responder o “mal” com um outro “mal”, o qual permeia não apenas o direito penal internacional, mas o direito penal como um todo para aqueles que se encontram ao lado do abolicionismo penal.

⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p.138.

Para, então, ser possível se aprofundar na dúvida motivadora deste escrito, será realizada profunda pesquisa doutrinária, em paralelo com relatos históricos e princípios basilares estabelecidos dentro da ciência penal.

1. O DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1.1. A reserva legal no pré-iluminismo

Todos os ramos do direito pretendem regular algo com normas permissivas e proibitivas, sendo esta acompanhada por uma sanção, de forma que o Direito Penal não é diferente, exceto pela gravidade de sua característica sanção: a pena. Nesse aspecto, o primeiro passo a ser dado para dentro do estudo do direito punitivo é a análise do princípio da legalidade, sintetizado no brocardo *nullum crime nulla pena sine lege praevia*, sendo aquele que, dentre os diversos princípios do direito penal, protagoniza como o mais importante, podendo ser encontrado em todos os sistemas jurídicos existentes no mundo, seja em Constituições, seja em Códigos Penais, além de normas internacionais de Direitos Humanos⁸.

Não haveria como ser diferente, tendo em vista a capacidade de delimitar o *jus puniendi* do Estado a fim de garantir os valores basilares da democracia, bem como a liberdade do ser humano. Nesse sentido, a necessidade de defesa da liberdade individual diante do poder estatal, em 1215, no Direito Inglês, já indicava o caminho que a garantia processual da legalidade percorreria até se tornar um direito substantivo. Porém, a concepção moderna do princípio da reserva legal pode ser encontrada nas Constituições dos Estados de Maryland e de Virgínia (1776), na carta constitucional dos Estados Unidos (1787), bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e no Código Penal da Bavária (1813), sendo essa a primeira legislação penal a materializar o princípio⁹.

Ou seja, inevitável a conclusão de que o princípio da legalidade, da forma concebida na contemporaneidade, é fruto da teoria iluminista dos séculos XVII, XVIII e XIX e do contratualismo social em que, por partida, o indivíduo renunciaria parcela de sua liberdade para

⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018, p. 137,

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.20,

que, em contrapartida, o poder estatal fosse capaz de regular e garantir a defesa de suas liberdades¹⁰.

Essa troca realizada por todos os indivíduos, de forma quase sobrenatural e invisível, implica na concreta noção de que a existência do delito não basta para que um cidadão sofra as represálias da reponsabilidade penal, sendo preciso que a norma, em seu preceito secundário, estabeleça uma sanção penal.

Diante disso, podemos nos atentar para a importância do princípio da legalidade pelas palavras do renomado criminalista brasileiro Nelson Hungria, quando este traz à baila a norma penal como fonte única do Direito Penal, isso é, não havendo direito penal fora da lei escrita¹¹. Logo, há de se concluir por umas das consequências do princípio da reserva legal, a *nullum crime, nulla poena sine lege stricta*, em que temos a exclusão do uso da analogia para as normas que definem delitos e sanções, impedindo a extensão da lei penal para situações não expressamente tipificadas¹².

Todavia, a maneira como entendemos o Princípio da Legalidade percorreu um longo caminho até desaguar no conceito consolidado da contemporaneidade. Há, historicamente, a concepção de que no período do Império Romano a ideia de uma reserva legal já poderia ser observada.

Na concepção de Brandão, apesar da origem do direito penal público romano ter sido a Lei Valéria, a maior parte dos atos entendidos como crime foi resultado das ações criativas dos pretores, ou seja, magistrados com títulos concedidos pelo governo da Roma Antiga e não das leis romanas¹³. Por essa razão, renomados penalistas como Hans Wezel, defendem a vertente que a Legalidade não era uma das premissas do Direito Romano, muito devido aos conceitos

¹⁰ FEITOSA, Renato Almeida. A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2013, p. 20.

¹¹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 13.

¹² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018, p. 139.

¹³ BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra. Almedina, 2012. p. 27-28.

amplos que flertavam com a indeterminabilidade, bem como a ausência de distinção no tocante ao *iter criminis*, resultando no vazio da tipicidade¹⁴.

Ademais, de acordo com Roxin, durante o período do Império Romano, mesmo com a figuração à uma ideia de legalidade, era comum a aplicação da sanção com base no direito consuetudinário, prevalecendo o arbítrio judicial¹⁵. Nesse sentido, para elucidação, cabíveis são as palavras de Freitas em que se configura os primeiros passos do direito escrito em face do direito consuetudinário no tocante ao direito material, mas ainda ausente no tocante do direito processual:

“O direito escrito [mas não figurando a legalidade estrita] entalhado na pedra e exposto publicamente surge entre os anos de 650-600 e passa a ocupar progressivamente o lugar do direito consuetudinário. Frise-se, porém, que a forma escrita é exclusiva do direito material, pois o processo penal permanece caracterizado pela oralidade”¹⁶.

Ou seja, o direito pretoriano em Roma acaba por se fundamentar fora do raio da lei escrita.

Nelson Hungria nos ensina que o governo dos pretores somado ao tribunal do povo já previa a existência de diversos crimes, com as devidas prefixações de penas, mas com a margem de discricionariedade do tribunal popular para declarar puníveis condutas não previstas¹⁷. Veja que há diferença no tocante ao tribunal popular – tribunal do júri – aplicado nos dias de hoje em que há uma margem de discricionariedade para o não-condenar, mas jamais para o condenar.

Nesse sentido, Feitosa compreende que o direito das penas no direito romano se fixou diante de enorme discricionariedade dos pretores e, após a reunião dos conceitos estabelecidos jurisprudencialmente e doutrinariamente, construiu-se lastro o suficiente para um princípio de formação das ideias penais, com a consequente diminuição dos arbítrios dos magistrados de Roma¹⁸.

Assim,

“Como tendência natural, mesmo sem a presença do princípio da legalidade, verifica-

¹⁴ WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 26.

¹⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Madrid: Civitas, 1999. p. 141.

¹⁶ FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: Do Direito Penal Mínimo à Maximização da violência punitiva

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 27-28.

¹⁸ FEITOSA, Renato Almeida. A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2013. p. 17.

se uma tendência natural de limitação à liberdade de decidir, in casu, com as construções doutrinárias, pretorianas, criando institutos como o dolo, a culpa.”¹⁹.

Há de se trazer à baila também o que Feitosa denomina de fenômeno da mudança do *jus* para o *directum*. Isso é, de acordo com o autor, o *jus* estaria representado pela arte e margem interpretativa do magistrado romano na confecção de uma decisão jurídica enquanto o *directum* buscava uma “direção geral”, servindo de padrão abstrato aos casos que estivessem disciplinados naquelas hipóteses²⁰.

Nesse sentido

“Há de se ressaltar aqui o fenômeno de mudança do *jus* – justiça ou jurisprudência, então utilizado pelos romanos – para o *directum*, no século IV. Mudança que não se atinha meramente à questão terminológica, mas refletia a mutação metodológica do saber jurídico e de sua aplicação no mundo das coisas. O *jus* estava representado pela construção de uma decisão jurídica pela arte de interpretação do pretor – magistrado romano -, buscando dar ao caso concreto uma decisão boa e justa, enquanto o *directum* – caminho reto – buscava dar uma direção geral, servindo de padrão abstrato a todos os casos que estivessem disciplinados nas suas hipóteses. O *directum* não tinha como ser absolvido pela estrutura de direito enquanto o juiz tivesse total liberdade na construção de uma decisão, mas estabelecia os vetores a serem utilizados como parâmetro pelo julgador, enquadrando a sua decisão às hipóteses previamente dispostas. Assim, deixa o Direito de ser uma construção do julgador no caso concreto, passando a constituir suas decisões lastreadas por normas gerais que regulariam as condutas e orientariam as decisões”²¹.

Portanto, o Marco das XII Tábuas no direito romano é um dos exemplos do desenvolvimento do primórdio da reserva legal, mesmo que de forma meramente simbólica. Na concepção de Feitosa, as XII Tábuas emergem de conflitos políticos entre o patriciado e a plebe, com a intenção de proporcionar a esta alguma forma de segurança jurídica e igualdade em relação ao patriciado²².

É possível verificar, tendo em mente o caminho inicial da reserva legal no Direito Romano e até mesmo na citada anteriormente *Magna Charta* (1215), que o princípio da legalidade emerge nos momentos em que as partes mais baixas da pirâmide social temem a discricionariedade daqueles que detenham o poder.

¹⁹ Idem.

²⁰ FEITOSA, Renato Almeida. A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2013. p. 18

²¹ Idem.

²² FEITOSA, Renato Almeida. A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2013. p. 18 - 19

Diante disso, inegável que, ao menos minimamente, o Direito Romano teve alguma influência no percurso percorrido para a concepção de legalidade da contemporaneidade, em sua formação progressiva.

Nesse sentido, temos que o maior avanço e significância do princípio da legalidade surge com o advento do iluminismo e do contrato social, a partir do século XVII até o XIX, conforme se verá a seguir.

1.2. A reserva legal pós Iluminismo

A relação entre os Estados e os cidadãos no medievo Europeu é marcada pelo autoritarismo e excessos daqueles em face destes o que resultou, no fim do século XVII, no surgimento de questionamentos da legitimidade das violências estatais contra aqueles que praticaram crimes.

A *Magna Charta* (1215) já indicava o que só se materializaria após a disseminação da Teoria do Iluminismo e do Contrato Social: Nenhum homem será levado ou preso ou retirado ou posto fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira prejudicado, ou nós não iremos ou enviaremos contra ele, exceto em decorrência de julgamento justo por seus pares ou pela lei da terra²³. Logo, já havia uma tentativa de limitar o poder estatal em face da liberdade individual.

Com o caminhar da história, no Século XVIII as penas ainda não tinham medidas de proporções quando relacionadas à gravidade do delito realizado. Montesquieu, em razão da revolta contra as penas de severo tormento na França, expôs duras críticas à postura imponderada e agressiva dos soberanos:

“A severidade das punições é característica dos governos despóticos, que tem como princípio o terror. [...] Em governos moderados, o amor pelo país, a vergonha e o medo da culpa contêm os motivos capazes de prevenir a multiplicidade de crimes. Aqui a maior punição de uma ação reprovável é a convicção. As civis *laws* têm, portanto, uma forma mais suave de correção e não requerem tanta força e severidade. [...] Em governos despóticos, as pessoas são mais infelizes pelo medo terrível da morte

²³ HOLT, James Clarke. *Magna Carta*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 460-461

que pela perda da vida; conseqüentemente suas punições são mais severas²⁴”.

Destaca-se a existência, ainda, do que já foi visto no tocante ao direito das penas em Roma Antiga, quando Montesquieu destaca que a maior punição de uma ação reprovável se dá pela convicção. No Direito Romano, se dava pela convicção dos pretores enquanto, no medievo, dos Soberanos.

Não obstante, Montesquieu também ressaltar a necessidade de proporcionalidade entre a pena e o delito cometido, quando afirma que:

“É essencial que as penas sejam harmoniosas entre si, pois é essencial que o crime mais grave seja evitado, no lugar de um crime mais leve; que seja evitado o que ataca a sociedade, no lugar de um que não tenha tanta gravidade contra esta. [...] Entre nós, é uma grave doença que a mesma pena seja infligida a um roubo na estrada e àquele que rouba e mata. Para a segurança pública, é evidente que deve haver uma diferença entre as penas²⁵”.

Apesar das cruciais contribuições montesquianas para a reflexão da reserva legal no Direito Penal, a principal obra que cristalizou o princípio da legalidade como um direito humano adveio com Cesare Bonesana Beccaria e seu “Dos Delitos e Das Penas” (1764). Beccaria efunde para as sanções críticas levantadas por pensadores iluministas e destaca que só a lei é capaz de relacionar a pena com o delito praticado, de forma a afastar a possibilidade do juiz em criar o Direito Penal ou a possibilidade do direito consuetudinário como fonte das sanções²⁶.

Sob o viés utilitarista, buscando uma reestruturação do direito penal com exclusão do sistema penal discricionário característico de Estados absolutistas monárquicos, Beccaria idealizou a luta pela legalidade diante dos absurdos praticados arbitrariamente pelos Soberanos da época. Tal qual na Roma Antiga, o Direito Penal na época medieval europeia teve a violência, desproporcionalidade e crueldade em face das pessoas que viviam em extrema insegurança jurídica como principal marca. Com juízes dotados de plenos poderes – justificado

²⁴ MONTESQUIEU. *The Spirit of the Laws*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p.99

²⁵ MONTESQUIEU. *The Spirit of the Laws*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p.91.

²⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal: volume único* / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018, p. 137

pelo incerto direito consuetudinário da época – os quais poderiam aplicar sanções as quais não estavam previstas²⁷.

Na concepção de Brandão, no Direito Penal Medieval, não se falava em garantia ao respeito da integridade física do condenado, sem qualquer limite imposto ao julgador criminal, pois a ideia das sanções era privilegiar a nobreza²⁸. A ausência de preocupação com a dignidade da pessoa humana – revelada também pela ausência de legalidade – como selo da Idade Média se dava em razão de um direito particularizado, em que seu senhor arbitrava a “lei” pelas suas vontades. Nesse sentido, Montesquieu destaca que:

“A ignorância natural da nobreza, sua indolência e desprezo pelo governo civil, requer que fosse investido em um corpo o poder para reviver e executar as leis, as quais deveriam, do contrário ser queimadas no esquecimento. O Conselho do príncipe não é o seu depositário apropriado. Eles são naturalmente os depositários da vontade momentânea do príncipe e não das leis fundamentais²⁹”.

Assim, de acordo com Siqueira, podemos destacar três grandes eixos desse novo pensamento acerca da sistemática penal idealizado por Beccaria e demais iluministas, em fuga do arbítrio e da crueldade: a defesa da legalidade, da proporcionalidade e do utilitarismo³⁰. A defesa da legalidade combate de frente o regime do terror quando mostra a necessidade de a pena ser imposta com base exclusivamente na lei, numa tentativa de substituir o medo pela segurança jurídica.

A proporcionalidade, por sua vez, na visão de Beccaria, dita a régua entre a quantidade de pena e o aumento ou diminuição dessa diante do delito realizado. Isso é, a capacidade do legislador em verificar os pontos principais e destinar penas mais graves para crimes mais graves e penas mais leves para delitos mais leves³¹.

Por sua vez, Bitencourt destaca que a obra de Beccaria “trata-se de uma associação do contratualismo com o utilitarismo” e, nesse sentido, o autor tinha uma visão que se aproximava

²⁷ SIQUEIRA, Martha Maria Guaraná Martins de. A flexibilização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2011. p. 29.

²⁸ BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.24

²⁹ MONTESQUIEU. The Spirit of the Laws. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p.33.

³⁰ SIQUEIRA, Martha Maria Guaraná Martins de. A flexibilização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2011. p. 30.

³¹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: RT, 1999, p.52

da chamada “prevenção geral” da pena, isso é, a noção que a aplicação da sanção hoje servirá como um possível exemplo para o amanhã³².

De acordo com Bitencourt

“Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima de que ‘é melhor prevenir delitos que castigá-los’. Não se subordinava à ideia do útil ao justo, mas, ao contrário, subordinava-se à ideia do justo ao útil. Defendia a proporcionalidade da pena e a sua humanização. O objetivo preventivo geral, segundo Beccaria, não precisava ser obtido através do terror, como tradicionalmente se fazia, mas com a eficácia e certeza da punição. Nunca admitiu a vingança como fundamento do *ius puniendi*.³³”

Adiante, a teoria clássica do Contrato Social, o utilitarismo tem seus fundamentos em três prognoses cruciais segundo Bitencourt:

“1º Postula um consenso entre homens racionais acerca da moralidade e a imutabilidade da atual distribuição de bens. 2º Todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade — produto de um contrato social — é essencialmente patológico e irracional: comportamento típico de pessoas que, por seus defeitos pessoais, não podem celebrar contratos. 3º Os teóricos do contrato social tinham um conhecimento especial dos critérios para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato³⁴”.

Sendo assim, a pressuposição de uma igualdade absoluta entre os indivíduos implica em uma rejeição às arbitrariedades das sanções penais. Em outras palavras, para que haja legitimidade, pela ótica utilitarista, da sistemática penal é preciso que haja igualdade absoluta e previsão no tratamento dado aos delitos dentro de determinada estrutura jurídica.

Para isso, Beccaria dispôs que tão somente as leis seriam capazes de decretar as penas dos delitos e essa autoridade deveria advir do legislador, que, por meio do contrato social, representava a sociedade unida pelo contrato social. Dessa forma, esgota-se a possibilidade de o magistrado decretar segundo as suas vontades penas contra outro indivíduo da mesma sociedade³⁵.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo. 2020. p.207

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo. 2020. p.209

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo. 2020. p.208

³⁵ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p 44

A intenção, portanto, era que o juiz estivesse restrito à moldura normativa pela completude do silogismo do sistema que se iniciara com a existência da lei.

A ideia do princípio da reserva legal, abarcando a previsão do delito e da pena, foi inscrito em declarações políticas, tal como a *Bill of Rights* e nas Constituições das Colônia Inglesas na América do Norte. Na mesma toada, a proibição da aplicação retroativa de uma lei aparece pela primeira vez no 1776, com a Declaração de Direitos da Virgínia e com a Constituição de Maryland, sendo confirmado na Constituição dos Estados Unidos da América (1787) com a vedação de proscricção³⁶.

Assim, a difusão do princípio da legalidade pelo mundo ocidente ocorreu, ao fato, no século XVIII. No continente Europeu, foi incluído no Código Penal Austríaco de 1787, nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão da França revolucionária de 1789, seguido pela Constituição Francesa de 1793 com a enérgica determinação que não somente ninguém seria punido salvo em razão de lei prevista anteriormente ao fato, como repugnou a retroatividade da norma penal em desfavor do réu³⁷.

Por sua vez, Paul Johan Anselm von Feurbach incorporou o princípio no Código Penal da Bavieira (1813) cunhando, ainda, a famosa expressão *nullum crime nulla poena sine lege*³⁸. Considerado o fundador do moderno Direito Penal alemão, Feurbach destrincha o princípio da reserva legal apontado que iria além da sua base política, atendendo uma ordem jurídico-penal. Isso é, a norma penal é capaz de produzir uma coação psicológica que impede a prática de crime. Em outras palavras, o medo da pena coíbe o exercício da prática delitiva. Em seguida, então, a justificativa da punição decorria do fato de que o indivíduo, conhecendo a sanção aplicada à tal conduta, não deixou de realizar o crime³⁹.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico penal brasileiro, o princípio da reserva legal esteve presente em todas as nossas Constituições e Código, estando presente no Código

³⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018, p. 138

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem*

³⁹ *Idem*

Criminal de 1830, em seu art. 1º, em que se estabelecia que não haveria crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique, de forma que o art. 33 seguia com

“nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidos nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir o arbítrio⁴⁰”.

Veja que, apesar do avanço com a inclusão do princípio da legalidade numa sociedade escravagista, ainda havia resquícios pretorianos quando se menciona “salvo o caso em que aos juízes se permitir o arbítrio”.

Na visão de Japiassú, em seu aspecto doutrinário, o princípio da legalidade encontra três fundamentos para sua existência: o liberalismo econômico, a democracia e a divisão de poderes e o princípio da culpabilidade⁴¹. Em relação ao primeiro fundamento

“tem-se que o princípio é consequência direta da formação do Estado contemporâneo, dada a exigência de vinculação entre os Poderes Executivo e Judiciário e as leis em abstrato formuladas pelo Legislativo. Em que pesem as mudanças contemporâneas no Estado, muito da justificativa da legalidade ainda remonta a esse fundamento. Assim, pode-se entender que o fim do princípio da legalidade é a ideia de proteção da confiança e da previsibilidade do Direito Penal, assim como que se evitem decisões decorrentes da emoção. Ademais, a vinculação do poder punitivo estatal a uma lei abstrata, pretende, por si só, proteger a liberdade individual do arbítrio estatal, o que sintetizam as finalidades da proibição da analogia e da indeterminação da norma penal⁴²”.

Por sua vez, a democracia e a divisão dos poderes são importadas da tripartição de poderes, de forma que, em respeito à estrutura do Estado, não cabe ao juiz legislar sobre a criação de um crime e a pena imputada a ele. Nesse sentido,

“O segundo fundamento importa na noção da tripartição de poderes. Sob essa estrutura constitucional, que se expressa por meio da reserva legal, o juiz não deve criar o Direito Penal – atributo do Parlamento – mas, sim, aplicá-lo. Por sua vez, o Poder Executivo não pode ter ingerência quanto à individualização da punição, impedindo-se, portanto, qualquer abuso nesse sentido⁴³”.

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ *Idem*

⁴² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito Penal: volume único / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018, p. 139

⁴³ *Idem*.

No tocante a relação do princípio da culpabilidade com o princípio da legalidade, aquele encontra-se defasado quando este não está presente. Isso é, não se deve falar de agente culpável quando o indivíduo não sabia ou não possuía meios de saber que seu comportamento estava sujeito a reprovação penal. Destaca-se, então, o efeito da coação psicológica levantada por Feurbach, de forma que não há possível falar sobre princípio da culpabilidade se, por meio da legalidade, a coação psicológica não estiver presente.

Nesse aspecto, Japiassú ensina

“Sobre o terceiro, há a ideia de que o princípio da culpabilidade é vulnerado se não houver a reserva legal, pois não se deve falar em agente culpável se o indivíduo não sabia ou não tivera a possibilidade de verificar que o seu comportamento era passível de reprovação penal. Essa constatação tem, pois, que ser feita antes da prática delitiva e, assim, a reprovação pressupõe, necessariamente, a formação anterior da vontade consciente⁴⁴”.

Diante disso, chega-se ao ponto em que se faz necessário a análise dos efeitos que o Princípio da Legalidade terá dentro da nova sistemática penal, costurada com o iluminismo e o contrato social, em busca da desvinculação do direito penal arbitrário tal qual na Roma Antiga.

De acordo com Japiassú, podemos destacar quatro importantes consequências da reserva legal dentro da dogmática penal: a proibição da analogia; a proibição da utilização do costume para fundamentar ou agravar a pena; a proibição da retroatividade da lei penal; e a proibição de incriminações vagas e indeterminadas⁴⁵.

A proibição da analogia *in malam partem* – *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* – isso é, em desfavor do indivíduo, destaca a impossibilidade de se preencher possíveis lacunas penais com por meio da analogia. Essa advém da ideia de que uma norma não prevê a totalidade das hipóteses fáticas, de forma que em todo ordenamento jurídico há lacunas. Logo, o Direito Penal, por partir do conceito de legalidade em sentido estrito – quando para o Estado é proibido aquilo que não é permitido – deve se manter fiel à hipótese prevista na norma incriminadora, sem que seja possível a tentativa de equiparação de uma conduta não típica com uma conduta típica.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

Por sua vez, a proibição da utilização costume, *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, para fundamentar ou agravar a pena é uma resposta ao sistema jurídico penal pré-iluminista em que a regra de conduta criada espontaneamente pela consciência comum da sociedade era base para aplicação e execução de sanções. Nesse sentido, temos que o costume seria aceitável a favor do indivíduo. Ao exemplo, quando os pais, em um gesto de amor e cuidado, realizam o furo na orelha de suas filhas, friamente o ato pode ser considerado como uma lesão corporal, mas, por força do costume, não há o que se falar em delito.

Nessa toada, a proibição da retroatividade da lei penal, *nullum poena sine lege previa*, implica na necessidade de a norma penal ser prévia, justamente pelo efeito de coação psicológica consequente da incriminação de uma conduta. No mesmo sentido, proibi a retroatividade da lei penal, seja para criação de um delito, seja para majoração dos efeitos gravosos da sanção penal. Assim, a retroatividade da lei penal seria tão somente aceitável se a favor do indivíduo.

Por último, o efeito da proibição de incriminações vagas e indeterminadas, *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, indica que a existência simples de uma lei penal não é o suficiente, de forma que há requisitos que precisam estar presentes para que seja definida, de forma concreta, que uma conduta é compreendida como crime. Assim, repudia-se a incriminação vaga e indeterminada, pois, de certa forma, deixa a identificação do fato punível na margem arbitrária do aplicador.

Portanto, o Iluminismo e as teorias Contratualista implicaram em um princípio da legalidade com normais penais que devem ser estritas, escritas, prévias e certas, não sendo permitidas normas penais que defasem dessas características.

2. O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

2.1. A formação do Direito Penal Internacional

As confecções normativas internacionais dentro do direito penal, apesar de ser possível encontrar algum resquício desde a Antiguidade, se desenvolveram intensamente a partir do século XX, em razão das Guerras Mundiais que assolaram o continente Europeu.

Isso porque, antes do século XX, a guerra era vista como um instrumento de regulação do direito em momento em que Estados entravam em conflitos politicamente, de forma que em uma disputa armada justa e pública, os beligerantes acreditavam estar fundamentados em uma justa causa. Indo além dos conflitos entre Estados, Richard Zouch, magistrado inglês, por meio da fórmula do *inter gentes*, legitimava as guerras coloniais e civis-religiosas, comuns à Inglaterra da Revolução Puritana Inglesa de Oliver Cromwell⁴⁶.

Zaffaroni entende que as origens do direito internacional público europeu residem por meio das tentativas de conter os conflitos entre monarcas e o assentamento de relações pacíficas, na medida do possível, entre eles. Assim, a guerra foi transferida ao direito internacional⁴⁷.

Nesse aspecto, na Europa moderna, apesar da existência da figura dos “Tratados de Paz” para resolução dos conflitos, os Estados, bem como outras instituições vinculadas ao Governo, tal qual a Igreja, abandonavam as obrigações pactuadas. Ao exemplo, a “Paz de Westfália”, também conhecida como Tratados de Münster e Osnabruque, que deu fim a Guerra dos Trinta Anos, um marco das relações diplomáticas, teve cláusulas e artigos tratados como “nulo” pelo Papa da época. De acordo com Vattel, o Papa

“por certo conhecimento seu e pleno poder eclesiástico, declarava certos artigos do tratado nulos, vãos, inválidos, iníquos, injustos, condenados, reprovados, frívolos, sem nenhuma força ou efeito; e que ninguém é obrigado a observá-los ainda que tenham sido garantidos por um juramento e para maior precaução, tanto quanto é necessário, pelos mesmos motivos, conhecimento, deliberação, e plenitude de poder, condenamos reprovamos, cassamos, anulamos, e privamos de toda força e efeito esses artigos’. Esses procedimentos do papa, mui frequentes outrora, eram violações do direito das gentes, e diretamente contribuíram para destruir todos os laços que poderiam unir os povos, para sabotar os fundamentos da paz, ou para constituir o papa o único arbítrio de seus negócios⁴⁸”.

O filósofo Vattel, em análise aos tratados e a justiça internacional em “O Direito das Gentes” dispõe sobre algumas teses do período, tal como o “Direito de defesa” em que qualquer Estado possui para se preservar de um ataque de outro Estado, sendo fundamento da

⁴⁶ SCHMITT, Carl. *The Nomos of the Earth: in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Nova Iorque: Telos Press Publishing, 2003, p.163.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal: Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Ediar, 2011, p 195-196.

⁴⁸ VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p.325-326.

“guerra defensiva”, enquanto a busca pela “justiça” legitimaria o uso da força, se não houvesse outro jeito de obtê-la, e seria o fundamento da “guerra ofensiva”⁴⁹.

Para Mir, as primeiras intenções para criação de um direito penal internacional na concepção contemporânea surgem no Tratado de Versalhes e os anos após o fim da 1ª Guerra Mundial, de forma que já na 2ª Guerra os Aliados indicavam o propósito de sancionar os culpados por crime de guerra:

“ Durante a segunda Guerra Mundial os aliados anunciaram seu propósito de castigar os culpados pelos crimes de guerra (Declarações de Saint Jame’s Palace de 13 de janeiro de 1942 e de Moscou de 1º de novembro de 1943) e em cumprimento do mesmo, uma comissão quadripartida (EUA, Inglaterra, França e Rússia) aprovou o Estatuto de Londres de 8 de agosto 1945, que serviu de base para o processo de Nuremberg contra os grandes criminosos de guerra alemães. [...] Desde o ponto de vista jurídico a experiência foi sumamente criticável, pois o Tribunal de Nuremberg não era um órgão da comunidade internacional e estava integrado unicamente por representantes das quatro principais potências vencedoras”⁵⁰.

Anteriormente é possível encontrar manifestas situações daquilo que se compreende como Direito Penal Internacional como, por exemplo, a cláusula de extradição advinda do Tratado de Paz, 1280 a.c, por Ramsés II, do Egito e Hatussili, rei dos Hititas, bem como na fase anteriores da modernidade e as teorias de autores adeptos ao Direito Natural tal como com Hugo Grotius. Ou seja, a necessidade de regras para resolução de conflitos é inerente à aplicação extraterritorial do direito punitivo interno, de forma a contribuir com a existência de um Direito Penal Internacional⁵¹.

Nesse sentido, o que se entende como uma combinação de princípios do direito penal e do direito internacional, na concepção de Kai Ambos, o Direito Penal Internacional tem como ponto de partida a responsabilidade individual e a culpabilidade macro criminal de uma conduta determinada, o que advém do direito penal para crimes clássicos classificados como direito internacional que estarão sujeitos à jurisdição internacional⁵².

⁴⁹ VATTEL, Emer de. O Direito das Gentes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p 229-230.

⁵⁰ MIR, CERESO. Derecho Penal: Parte General. Montevideo: B de f, 2008, p.257-258

⁵¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p.10 e 11.

⁵² AMBOS, Kai. Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Berlin: Duncker & Humbolt, 2003, p.40-41.

Nesta toada, na concepção de Japiassú, o Direito Penal Internacional seria “o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas”⁵³.

Na contemporaneidade, a evolução do poder bélico e as consequências de seu uso indevido alteraram a relação dos Estados no tocante ao exercício da jurisdição para a persecução penal, de forma que urgiu a necessidade da união dos países e criação de organizações internacionais para defesa da humanidade.

Ao certo, cada Estado possui uma estrutura jurídica sistematizada própria, de forma que a segurança jurídica em âmbito nacional é, de certa forma, mais palpável, considerando a evolução do princípio da legalidade. Todavia, no tocante ao Direito Penal na esfera internacional, a sua concreta evolução e relação com a segurança jurídica ainda está em desenvolvimento, possuindo características políticas em sua formação, como é o caso, por exemplo, do Estatuto de Roma.

Apesar de cada Estado possuir seu sistema jurídico penal interno, o mundo globalizado implica na necessidade de relação Estatal não tão somente de forma econômica, mas, também, juridicamente no tocante as sanções penais. Nesse sentido, Japiassú destaca que

“Modernamente, o Direito Penal Internacional, ao mesmo tempo em que busca a formulação de princípios normativos 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 meio de cooperação Penal Internacional”⁵⁴.

Sendo assim, além dos conceitos de Ambos e Japiassú citados anteriormente, o Direito Penal Internacional vem evoluindo dogmaticamente com discussões acerca da relação de ambas as áreas independentes do direito, quais sejam, o direito penal e o direito internacional. Nesse

⁵³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p.13

⁵⁴ *Idem*

sentido, existem autores, tal como Manzini, que negavam a existência de um Direito Penal Internacional devido à ausência de delitos e penas internacionais⁵⁵.

Todavia, apegando-se aos conceitos que legitimam a existência do Direito Penal Internacional, é possível analisar uma ampla gama de objetos desse ramo do direito, isso pois, lida com crimes transnacionais, com fenômenos de cooperação penal Internacionais, além da extradição, numa tentativa de proteção penal da comunidade internacionais e seus bens jurídicos interligados. Portanto, ao geral, o Direito Penal Internacional visa a existência de justiça ao nível internacional.

No tocante à finalidade do Direito Penal Internacional, essa se confunde com a finalidade do Direito Penal nacional, ou seja, com a finalidade da pena, o marco exclusivo e principal diferencial do direito dos delitos das demais áreas. No entanto, a característica de lidar com a macro criminalidade tem sido, para alguns autores, ponto diferencial da finalidade do Direito Penal Internacional para o interno, bem como outros aspectos que não se referem ao direito doméstico, tais como responsabilidade individual e coletiva, a reconciliação da sociedade e a reconstrução do sistema judicial nacional⁵⁶.

Por sua vez, as fontes do Direito Penal Internacional coincidem com o sistema da *commow law*. Destaca-se a inexistência, até então, de um sistema legal centralizado e horizontalizado, com uma entidade legislativa internacional estrutura hierarquicamente no âmbito internacional. Sendo assim, temos que as regras acabam por serem criadas por meio dos costumes e a evolução da ordem social internacional. Ambos destaca que o direito penal internacional, por ser parte internacional público formal, é capaz de originar-se seja por meio das celebrações de convenções multilaterais pelos Estados interessados, seja pela formação do direito consuetudinário ou princípio gerais do direito como os chamados *Ius Cogens* – normas de direito imperativo que regulam as relações entre os sujeitos no Direito Internacional Público⁵⁷.

⁵⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 15

⁵⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 27.

⁵⁷ AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43/44

Nesse ponto, importa ressaltar um possível conflito entre o Direito Penal Internacional, a sua fonte sendo o Direito Consuetudinário e o Princípio da Legalidade. Em outras palavras, estando o Direito Penal pendente de uma norma escrita, estrita, prévia e certa, tal qual como levantado no capítulo anterior, pode utilizar como fonte o direito consuetudinário em seu âmbito internacional? A fixação jurisprudencial de regras costumeiras provoca um conflito com o princípio da reserva legal?

De fato, há complexidade na resposta para esses questionamentos, mas aceitar que a *Common Law* é contrária ao princípio da legalidade é enxergar que não existe reserva legal em países como o Reino Unido.

Kai Ambos rebate as críticas ao sistema da *Common Law* por meio da afirmação de que alguns delitos são delitos acima de qualquer dúvida. Implicitamente, há fortes indícios de um verdadeiro direito natural transpassado de direito internacional contemporâneo. Nesse sentido,

“os trabalhos da comissão de direito internacional da ONU, a respeito do Projeto do Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade as regras penais, que vão além de qualquer dúvida, diversamente do direito costumeiro, não contrariam ao princípio da legalidade”⁵⁸.

Nesta toada, impreterível é discorrer sobre a noção do princípio da justiça universal, um direito natural clássico discorrido por Grotius, o princípio da soberania e o Direito Penal Internacional.

2.2. O princípio da justiça Universal, a Soberania e o Direito Penal Internacional

Ao fim da modernidade, Grotius discorria sobre a existência de um direito universal, considerando a existência de uma criminalidade comum, correspondente à extraterritorialidade do direito penal, por meio da *aut dedere, aut punire* (extraditar ou julgar). De fato, ao final do século XVII a figura da extradição já existia, mas não sob o fundamento exclusivo da justiça universal.

⁵⁸ AMBOS, Kai. Estudos de Direito Penal e Processo Penal: Aspectos do Direito Alemão comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 55.

Na construção da teoria do direito internacional em *De Iuri belli ac pacis*, Grotius estabelece alguns princípios racionais elementares condutores à sociedade como regras primárias, tal como, a abstenção do alheio; a restituição de bens e vantagens que advém de posse injusta; a obrigação de cumprir promessas; a reparação dos danos causados com culpa; e, ao fim, o merecimento das penas entre os homens⁵⁹.

Ao que nos importa, o direito penal, seja internacional ou nacional, intrinsecamente é construído com base no princípio do merecimento da pena, seja para aqueles que buscam descartá-la, como o abolicionismo penal, seja para aqueles que buscam potencializá-la como o “direito penal do autor”.

Há, aqui, uma nova construção dos direitos das gentes (*ius gentium*), tal qual aquele que era aplicado aos estrangeiros dentro do Estado Romano, como um rol mínimo de direitos universais. Nesse sentido, von Mohl, em vista do sistema autocentrado do Estado e a relação com a doutrina universalista, busca ir além da dimensão da competência penal para crimes cometidos em terras estrangeiras, muito devido ao utilitarismo e a readaptação da teoria do direito universal, de forma que a aplicação do direito no estrangeiro tem como justificativa seu viés utilitarista da competência penal⁶⁰.

Logo, o que se pode analisar é a discussão sobre a extensão do direito penal interno aos casos extraterritoriais e não, propriamente, o surgimento de leis internacionais para aplicação interna ou, até mesmo, na jurisdição internacional. Em outras palavras, ao invés de um Direito Penal Internacional propriamente dito, tem-se a tentativa de construção do Direito Penal extraterritorial.

Princípios como o da soberania, territorial e o princípio da nacionalidade, presente em todos os Estado da história, eram um dos empecilhos para a construção de um direito penal internacional no sentido proposto inicialmente, isso é, da extensão da lei nacional. A consequência é que essa extensão do direito penal interno, sem o alinhamento normativo entre os Estados, implica numa recepção alienígena, a qual pode ser conflituosa.

⁵⁹ GROTIUS. O direito da guerra e da paz (*De jure belli ac pacis*). São Paulo: Travessa, 2005. 2ª ed. Prolegomena, p. 8.

⁶⁰ FEITOSA, Renato Almeida. A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2013. p. 58.

Nesse aspecto, o Direito Penal Internacional aparece frente uma preocupação de limitação da soberania estatal por meio da criação de uma justiça penal universal, tendo em vista a falência do “direito penal extraterritorial” culminada nas Guerras Mundiais do Século XX.

Na concepção de Gouveia, é possível entender o surgimento do atual Direito Penal Internacional em cinco fases:

- *1ª Fase - Afirmação costumeira geral*: a criação consuetudinária de alguns crimes internacionais, com a possibilidade do seu julgamento pelas jurisdições nacionais;
- *2ª Fase - Afirmação circunstancial, substantiva e processual*: a criação dos primeiros tribunais penais internacionais, de Nuremberg e de Tóquio, com a concomitante definição de alguns crimes internacionais pela via convencional;
- *3ª Fase - Afirmação substantiva geral*: a celebração de alguns relevantes tratados internacionais sobre crime internacionais;
- *4ª Fase - Afirmação pontual, substantiva e processual*: a criação dos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e de alguns tribunais estaduais internacionalizados;
- *5ª Fase - Afirmação global, substantiva e processual*: a criação do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma⁶¹.

Com efeito, o desenvolvimento e a discussão sobre os limites do direito penal internacional existentes voltam à tona com o advento da 1ª Guerra Mundial, o aniquilamento parcial da população armênia realizado pelo Império Turco-Otomano e a preocupação com as consequências da guerra. Nessa toada, na Conferência da Paz de 1919, iniciou-se a discussão sobre a formação de um Tribunal Internacional destinado ao julgamento dos delitos cometidos pelos Impérios Centrais, seus civis e militares que participaram da atrocidade.

Assim, surgiu a “Comissão de Responsabilidade para responsabilização dos autores dos crimes de guerra” e a divisão de tal grupo em “Atos que provocaram a Guerra Mundial e acompanharam o seu início” e “Violações das leis e costumes de guerra e das leis de humanidade”⁶².

Destaca-se que a criação se deu após o fim da Guerra Mundial, numa espécie de comissão *ad hoc* e, apesar disso, autores jusnaturalistas, tal qual Canonne, partiam do princípio da primazia do direito internacional, enxergando a norma positivada internacionalmente tal

⁶¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*. Lisboa: Almedina, 2008, p. 105/106

⁶² FEITOSA, Renato Almeida. *A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional*. Recife: O autor, 2013. p. 59

somente como mero instrumento declaratório do direito natural, já consolidado pelo direito costumeiro e a jurisprudência. Na concepção de Cannone

“O direito é geral e estende-se a todas as relações humanas, mas todos os seus aspectos não são conhecidos; quando um conflito se apresenta, ou ele será resolvido pelo direito positivo, ou a situação é inédita diante as disposições normativas e o problema é resolvido pelo direito natural⁶³”.

Todavia, a concepção da “primazia do direito internacional” e a resolução de problemas por meio do direito natural, por força do princípio da legalidade, sofre resistência. Ao exemplo, em 1945, na Conferência Internacional em Julgamento Militares, o representante da França, André Grós, defendia que uma guerra de agressão não poderia ser considerado um ato condenável, de forma que a França não aceitaria um julgamento e condenação tardia sobre uma ação que não estivesse prevista como fato criminoso, destacando que a única obrigação seria a de reparar danos⁶⁴.

Por um lado, internamente, punir um indivíduo por imputação de um fato que não está previsto como crime é, obviamente, uma aberração, todavia, por outro lado, deixar de punir as atrocidades cometidas pelo regime nazista e as forças do Eixo durante a 2ª Guerra Mundial também transparecer a sensação de impunidade no aspecto mundial. A dificuldade encontrada no Direito Penal Internacional para aplicação de sanções aos atos do Eixo se encontra justamente na ausência de codificação dos tipos penais.

Nesse aspecto, autores como Bazelaire e Cretin destacam dois fatores relevantes para a evolução do direito penal internacional, tal qual o “fortalecimento da ideia da recusa à impunidade e a realidade das atrocidades cometidas pelo mundo e que acreditávamos reservadas ao passado”⁶⁵. Assim, impedir o esquecimento e evitar o sentimento de impunidade eram os objetivos maiores, de forma que a vitória militar não era o suficiente contra os chefes do nazismo.

⁶³ CANONNE, G. *Essai de Droit Pénal International*. Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 87.

⁶⁴ FEITOSA, Renato Almeida. *A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional*. Recife: O autor, 2013. p. 60.

⁶⁵ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Internacional: sua evolução, seu futuro: De Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004, p.42

Destaca-se que “impedir o esquecimento” e “evitar o sentimento de impunidade” são elementos presentes na própria finalidade do direito penal. O primeiro pode ser visto como uma das facetas da chamada “prevenção geral” tão característico da teoria utilitarista, enquanto o segundo com a finalidade retributiva da pena, em que o mal deve ser pago com o mal, para evitar o sentimento de impunidade.

O que na Primeira Guerra Mundial foi concebido como um “direito penal interestatal”, com a submissão dos governos culpados por infrações contra a ordem universal a sanções semelhantes aos indivíduos comuns, ramificou-se em duas correntes. A primeira corrente defendida pelos alemães, e com base no princípio da soberania, em que somente os Estados poderiam ter responsabilidade penal internacional e a segunda corrente defendida pelos ingleses, de que a responsabilização deveria alcançar os indivíduos⁶⁶. Importa a discussão acerca do alcance da responsabilização pois, possivelmente, a quebra do princípio da legalidade e da garantia do juiz natural tenha efeitos diferentes se aplicadas somente ao Estado ou se alcançando os indivíduos.

Nesse ponto, pode-se observar numa mudança à ideia de soberania como algo onipotente e entendendo o Estado como, em realidade, um conjunto de relações entre os indivíduos que o compõe. Glaser defende que por ser um produto social, o direito visa o indivíduo:

“Um axioma, o fato de que o Estado é subordinado ao direito e que a ideia de direito é independente da ideia da Estado que aquela é interior e superior a esta. [...] A comunidade formada por um conjunto de Estados só pode ter exatamente a mesma estrutura humana que a sociedade interna a estes mesmos Estados. Ela é pura e simplesmente composta por indivíduos agrupados em nações. Disso, resulta que o direito internacional possui exatamente o mesmo fundamento que o direito penal interno: ele é igualmente um produto social. Como disse com toda razão Politis: ‘qualquer que seja o meio social em que se aplique, o direito tem sempre o mesmo fundamento por possuir sempre o mesmo fim, ele visa só e somente o homem’⁶⁷”.

Logo, o aspecto mais marcante e importante para a resposta dada pelo direito internacional as atrocidades da Segunda Guerra Mundial foi a percepção do indivíduo como

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Derecho Penal: Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editora Ediar, 2011, p. 196.

⁶⁷ GLASER, Stefan. Introduction a l’Étude du Droit International Penal. Paris: Recueil Sirey, 1959, p. 58

sujeito de direitos e deveres, que ultrapassou o sentido da soberania, muitas vezes utilizada como escapatória.

2.3.Direito Penal Internacional x Direito Internacional Penal

Da relação do Direito Penal com o Direito Internacional, cabe-nos, entender se resultaria em um Direito Penal Internacional ou um Direito Internacional Penal, se é que há diferença entre as terminologias.

Nesse aspecto, na concepção da Japiassú, a discussão histórica levaria ao entendimento de que o Direito Penal Internacional abrange aspectos internacionais do Direito Penal Interno enquanto o Direito Internacional Penal abarca aspectos penais do Direito Internacional⁶⁸.

Logo, historicamente, o “Direito Penal Internacional” se referiria ao conjunto de regras do Direito Penal existentes para resolução de litígios interestaduais de leis, à extradição, expulsão, imunidade de pessoas internacionalmente protegidas, além da fixação de limites da execução de sentenças criminais estrangeiras. Por sua vez o “Direito Internacional Penal” se referiria ao ramo do Direito Internacional Público destinado a estabelecer as responsabilidades penais dos indivíduos por ato ilícito abrangido pelo Direito Internacional⁶⁹.

O “Direito Penal Internacional” estaria relacionado à necessidade da lei penal e suas regras de aplicação quando alcançassem espaço internacionais, de outros Estados. Assim, visaria dirimir conflitos referente a lei penal no espaço e estaria localizado como um ramo do Direito Penal.

Por sua vez, o “Direito Internacional Penal”, estaria relacionado ao interesse da comunidade internacional na punição do delito, sem que seja especificamente um ou outro Estado, de forma que cada Estado renunciaria a parte da soberania para o surgimento dos tipos penais no plano internacional. Na concepção de Japiassú

“o Direito Internacional possui aspectos penais em face da necessidade de prevenir e

⁶⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 18.

⁶⁹ *Idem*

reprimir condutas que, na esfera internacional, são capazes de ameaçar a manutenção da paz e do bom relacionamento entre os homens e a nação⁷⁰”.

Outros autores, como, por exemplo, Renée Koering-Joulin e André Huet, partem do pressuposto que a expressão “Direito Penal Internacional”, em sentido amplo, perfaz a concepção de que o “Direito Penal” abarcaria não somente o direito penal propriamente dito ou substancial, o qual aponta as infrações puníveis, designa as pessoas responsáveis e fixa as penas, mas, também, o processo penal, as competências dos tribunais, a regulação do processo nos tribunais e os efeitos dos julgamentos. Assim, um problema criminal seria “internacional” quando possuir algum elemento através do qual o fato se relacione com uma ordem jurídica estrangeira⁷¹.

Na concepção do internacionalista Celso Albuquerque Melo, seria artificial a tentativa de separar um ramo do Direito em interno ou internacionalista atualmente. Isso porque não existe um ramo do Direito que não seja capaz de ser internacionalizado, motivo pelo qual não há possibilidade de coexistir essa dicotomia⁷².

Dos autores penalista, Japiassú também compreende que

“tal discussão possui mero valor histórico e sentido puramente metodológico, pois como já destacado, sob a denominação de Direito Penal Internacional, é estudado tudo aquilo que, outrora, pertenceu ao objeto daquelas duas disciplinas anteriormente mencionadas⁷³”.

O que podemos observar é que no Direito Penal Internacional atual já não há a preponderância de normas nacionais ou de normas internacionais como influência para a sua denominação. Podemos ter, dentro do Direito Penal Internacional, normas internacionais provenientes de tratados, mas também podemos ter normas de direito interno com abrangência internacional. Ambas as vias podem ser encontradas.

⁷⁰ JAPPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Direito Penal Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 08

⁷¹ *Idem.*

⁷² MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 12. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 110

⁷³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 18

Sendo assim, a visão unificadora, isso é, sem distinção entre o “Direito Penal Internacional” e “Direito Internacional Penal” parece ser a mais utilizada e mais cabível, tendo em vista que o ramo do Direito se aparenta como a somatória daquilo que se entende como um direito penal internacional e um direito internacional penal.

2.4. Fontes do Direito Penal Internacional

Por ser uma junção entre o Direito Penal e o Direito Internacional Público, há uma dualidade entre as fontes do Direito Penal Internacional, além de uma dualidade intrínseca, apontada no capítulo posterior, da relação entre o princípio da legalidade – máxima do Direito Penal – e os princípios do Direito Internacional Público.

Nesse aspecto, cabe-nos trazer à baila as fontes do Direito Internacional Público, tendo em vista que, sendo um dos conceitos fundamentais, as fontes indicam o local de origem das regras aplicáveis.

No âmbito internacional há um sistema jurídico descentralizado e horizontalizado, devido à ausência de um “Poder Legislativo Internacional”, estruturado hierarquicamente, que produza normas internacionais. Ressalte-se que a existência de uma entidade legislativa internacional enfrentaria barreiras, até mesmo, pelo princípio da Soberania dos Estados.

Nessa toada, as normas internacionais acabam por ser produtos de uma evolução da comunidade internacional, sendo criadas de forma lenta. Ou seja, as normas no Direito Internacional Público são frutos dos costumes e dos “Princípios Gerais do Direito”.

Na concepção de Godinho, no Direito Internacional Público, podemos ter “fontes formais” e “fontes materiais”. As fontes formais seriam “as técnicas do desenvolvimento do direito, técnicas que permitem produzir o direito positivo, modos pelos quais se estabelece ou constata uma regra jurídica aplicável a um caso concreto”⁷⁴. Ao exemplo, podemos entender os costumes, os tratados e os acordos como fontes formais do Direito Internacional Público.

⁷⁴ GODINHO, Thiago José Zanini. Elementos de Direito Internacional Público e Privado. 2010. São Paulo: Atlas. p. 20.

Além disso, importa destacar a inexistência de hierarquia entre os elementos das fontes, por exemplo, não há hierarquia entre os próprios tratados, entre os próprios costumes e nem dos costumes e tratados, com exceção das *jus cogens* – norma imperativa do Direito Internacional com *status* maior de imperatividade – e da Carta da Organização das Nações Unidas, a qual prevê, no artigo 103, a sua hierarquia.

“ARTIGO 103 - No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta⁷⁵”.

Ainda, a ausência de hierarquia entre as fontes formais do Direito Internacional Público não implica na ausência de hierarquia entre as normas jurídicas no Direito Internacional Público. Assim, eventuais antinomias dentro do Direito Internacional Público não impedem que o conflito seja resolvido, não pela hierarquia da fonte normativa, mas por outras características tais como grau de generalidade (*lex generalis*) ou ordem cronológica de sua edição (*lex posterior*).

Por sua vez, as “fontes materiais”, tais como as resoluções não obrigatórias da Assembleia Geral da ONU, são “as causas da formação das regras jurídicas. Resultam de elementos políticos, sociológicos, morais etc. O seu estudo pode ser decisivo para determinar a emergência do direito positivo, mesmo quando não cria, diretamente, normas obrigatórias”⁷⁶.

Nesse ponto, mister se faz a exposição do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Isso porque todos os membros das Nações Unidas também são signatários da Corte:

“Art. 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
d) sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a

⁷⁵ Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/> - Acesso em 22/04/2023.

⁷⁶ GODINHO, Thiago José Zanini. Elementos de Direito Internacional Público e Privado. 2010. São Paulo: Atlas. p. 21

determinação das regras de direito⁷⁷”

Assim, podemos entender como as fontes do Direito Internacional Público as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de direito, bem como as jurisprudências e doutrinas. Nesse sentido, temos, como fontes principais, os tratados – que são fontes escritas – e o costume e, como fontes subsidiárias, os princípios gerais de direito, a jurisprudência internacional e a doutrina⁷⁸.

Os Tratados, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, são acordos (confluência de vontades) internacionais, públicos, concluídos por escrito e registrados no Secretariado Geral da ONU:

“1. Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica⁷⁹”.

Já os “princípios gerais do direito internacional”, utilizado para preencher lacunas normativas, previsto no artigo 38 do Estatuto da Corte, são acompanhados pela expressão “reconhecidas pelas nações civilizadas”, expondo um triste legado do colonialismo, de forma que, atualmente, deve ser interpretado como aspectos jurídicos reconhecidos na generalidade dos sistemas jurídicos. Nesse aspecto, Godinho expõe que a existência de princípios de natureza “convencional” e de natureza “costumeira”:

“Há princípios de natureza convencional, por incluir normas adotadas em algum tratado em vigor, como é o caso da Declaração de princípios de direito internacional relacionados às relações amiais e à cooperação entre os Estado, de 1970, que incorpora elementos expressos da Carta da ONU. Princípio de natureza costumeira correspondem a uma prática bem estabelecida, como o caso da Declaração sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais, de 1962. (...) Por outro lado, há princípios que se encontram positivados na esfera internacional, como o caso da Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados⁸⁰”.

⁷⁷ Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/> - Acesso em 22/04/2023

⁷⁸ GODINHO, Thiago José Zanini. Elementos de Direito Internacional Público e Privado. 2010. São Paulo: Atlas. p. 21

⁷⁹ Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados. 1969.

⁸⁰ GODINHO, Thiago José Zanini. Elementos de Direito Internacional Público e Privado. 2010. São Paulo: Atlas. p. 31.

Por sua vez, a “doutrina” e a “jurisprudência internacional”, meios auxiliares para solução de litígios internacionais, não são fontes originadoras de “direito”, mas são indicativos para resolução de conflitos:

“(…) a doutrina internacional tem papel crítico, e não construtor ou criador de normas internacionais. Sua função é, assim, a de favorecer a elaboração de síntese prévia, organização de ideias ou clarificação do conteúdo das normas. O papel de codificador do Direito Internacional Público foi primordial na época de Grotius ou Vattel, que não mais ocorre, pois, grande parte do direito não escrito encontra-se hoje já codificado. No que concerne à jurisprudência internacional, se falarmos em autoridade da coisa julgada, ela é válida apenas para as partes em litígio, traduzindo-se, portanto, em uma ausência clara de autoridade de precedentes em decisões ulteriores de uma mesma Corte. Porém, não se pode imaginar que tais precedentes são desnudados de valor, sobretudo no que concerne aos acórdãos da Corte Internacional de Justiça, uma vez que este órgão demonstra enorme continuidade jurisprudencial. A prática de se referir a suas decisões anteriores foi indicada, por Lauterpacht, como um dos traços marcantes do Tribunal de Haia”⁸¹.

2.5. A relação entre o Direito Penal e o Direito Internacional Público: O paradoxo dos ‘Costumes’.

Nesse ponto, importa tecer algumas ideias sobre o “Costume Internacional”, previsto no Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Conforme levantado no capítulo anterior, a trajetória do Direito Penal dentro da humanidade, em razão dos perigos das vontades arbitrárias do Estado, visa o crescimento da segurança jurídica, culminando em um princípio da legalidade que busca a vedação do uso do costume para aplicação de sanções. Dessa forma, podemos entender que “Direito Consuetudinário” não é uma fonte confiável dentro do direito penal.

Todavia, em relação ao Direito Internacional Público, conforme explicitado anteriormente, a situação é diferente, tendo em vista que o “Costume” é considerado como uma fonte formal do Direito Internacional Público. Assim, o “costume internacional” surge como uma das fontes principais, sendo uma fonte “não-escrita”.

⁸¹ GODINHO, Thiago José Zanini. Elementos de Direito Internacional Público e Privado. 2010. São Paulo: Atlas. p. 32

Nesse sentido, o Direito Internacional Público permite que, por meio da “prática geral e consistente dos Estados” – costume internacional – se possa reconhecer como válida e juridicamente exigível determinada obrigação⁸².

Na concepção de Godinho, podemos ter a concepção subjetivista, isso é, que funda a força obrigatória dos costumes na existência de um acordo tácito, mas também a concepção objetivista, enxergando o costume como um fenômeno sociológico:

“A concepção subjetivista, dita voluntarista, funda sua força obrigatória na existência de um acordo tácito. Não pode haver costume além da vontade do Estado, de forma tácita. Esta concepção, já citada, é caso isolado na jurisprudência internacional. (...) Essa concepção não leva em conta a realidade internacional hodierna. Supõe-se que, para que haja costume universal, cada Estado deveria exprimir seu acordo, individualmente, exigência, obviamente, irrealizável. Ela não considera, também, o fato de que o costume se impõe a todos os Estados, e que uma oposição ao costume já formado é impossível. O direito costumeiro supõe uma prática geral, nunca unânime! Ele é o veículo de uma ideia da proteção geral. Para a visão objetivista, o costume é fenômeno sociológico. Ele decorre de uma necessidade social. George Scelle e Charles de Visscher insistem no caráter espontâneo do costume, que não exige acordo unânime, mas repousaria em uma prática geral. Esta, aliás, é a posição consagrada na decisão da Corte Internacional de Justiça no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1969⁸³”

Diante disso, é possível observar, ao menos, dois aspectos do “costume internacional”, sendo o primeiro um aspecto material, isso é, a prática do ato reiteradas vezes uniformemente no decorrer do tempo e o segundo aspecto o psicológico/subjetivo, sendo a crença de que tal ato é um ato jurídico. Ou seja, a convicção jurídica é essencial para que o costume seja efetivamente uma norma internacional, sendo uma prova de uma prática geral aceite como direito.

Todavia, para o Direito Penal, o fato de o Direito Internacional Público ter como uma de suas fontes principais o pressuposto consuetudinário, prenuncia as dificuldades de desenvolvimento do Direito Penal Internacional. Para Feitosa, esse inerente paradoxo da relação do Direito Penal e do Direito Internacional Público com o “costume”, expõe a necessidade de criação de um Código Penal mundial, com anterior evolução do trabalho doutrinário no Direito Penal Internacional, para se elucidar os institutos existentes⁸⁴.

⁸² *Idem*

⁸³ *Idem*, p. 25-26.

⁸⁴ FEITOSA, Renato Almeida. A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2013. p. 67.

Roxin, em mesmo sentido, prevê que, em longo prazo, o Tribunal Penal Internacional será insuficiente, tendo em vista os poucos e vagos tipos elaborados no Estatuto de Roma, correndo risco de termos um segundo “Tribunal de Nuremberg” sob a justificativa dos costumes internacionais. De acordo com o autor, os tipos penais previstos no Estatuto de Roma são:

“são elásticos e imprecisos e não resistem às exigências de certeza que foram internacionalmente reconhecidas desde o antigo direito penal interestatal. Eles podem ser desviados a um abuso político e, em tal caso, criar mais conflitos internacionais. Por isso se explica a atual reserva de alguns países frente a tal tribunal competente para todo o mundo. Esta desconfiança somente poderá superar-se através da elaboração de uma obra regulamentária exata e capaz de consenso no direito penal internacional. Para a ciência jurídico-penal que vai cooperar neste campo com o direito internacional público, abre-se, aqui, um campo de trabalho completamente novo. Os tipos delitivos não são os mesmos que no direito penal interestatal e, em grande parte, têm que ser criados ou devem ser dados contornos a eles. Também, para o aspecto do procedimento de tal Tribunal Internacional, deverá ser criada uma codificação.⁸⁵”.

Diante disso, é possível enxergar as dificuldades proporcionadas entre a junção do Direito Internacional Público e o Direito Penal, encontrando-se afetado pela dicotomia de ambos os ramos jurídicos e, nesse sentido Bassiouni entende que

“São as divergências doutrinárias entre o direito internacional e o direito penal que determinaram que o direito penal internacional se configura como uma ‘personalidade dividida’, característica que dificultou o seu desenvolvimento. A esse respeito, basta constatar que o direito internacional é um sistema jurídico construído sob a presunção de consenso e submissão voluntária de seus principais sujeitos (os Estados), cujas relações se estabelecem em pé de igualdade, sem que nenhuma autoridade superior aplique os mandatos do sistema e que, por outro lado, o Direito Penal, em todos os direitos internos, supõe processos de tomada de decisão de maneira vertical, apoiados sobre meios coercitivos em ordem à aplicação dos mandatos do sistema. As diferenças entre os sistemas já são bem conhecidas. Se diferenciam em seus fins, enfoques, métodos e resultados. Isso explica, em grande medida, a falta de coesão e sentido de direção tão manifesta em todo o desenvolvimento do direito penal internacional⁸⁶”.

Portanto, a relação entre o Direito Penal e o Direito Internacional Público, a qual se mostrava inevitável desde os primórdios e mais necessária em um mundo globalizado, pressupõe, também, complexos aspectos devido à natureza de seus ramos jurídicos. Ao mesmo tempo que se faz preciso a evolução da ciência do Direito Penal Internacional, temos empecilhos fundamentados nas bases de cada uma das áreas.

⁸⁵ ROXIN, Claus. La Teoría del delito en la discusión actual. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijey, 2007, p.31.

⁸⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. Derecho Penal Internacional: Proyecto de código penal internacional. Madrid: Tecnos. 1984, p.77

3. O FIM DA 2ª GUERRA MUNDIAL E A JUSTIÇA INTERNACIONAL: A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE NUREMBERG

3.1 Dos antecedentes do Tribunal de Nuremberg

Das principais características do século XX, a destruição dos mecanismos sociais é um dos fenômenos mais soturnos, desde a eclosão da Primeira Guerra Mundial até fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Entre o primeiro evento e o último, há a principal tragédia registrada na sociedade contemporânea: a ascensão do nazismo e a Segunda Guerra Mundial.

Conforme bem sintetizado pelo escritor italiano Primo Levi

“Nós, que sobrevivemos aos Campos, não somos verdadeiras testemunhas. Esta é uma ideia incômoda que passei aos poucos a aceitar, ao ler o que outros sobreviventes escreveram – inclusive eu mesmo, quando releio meus textos após alguns anos. Nós, sobreviventes, somos uma minoria não só minúscula, como também anômala. Somos aqueles que, por prevaricação, habilitada ou sorte, jamais tocaram o fundo. Os que tocaram, e que viram a face das Górgonas, não voltaram, ou voltaram sem palavras”⁸⁷.

Ademais, o século XX é, principalmente, marcado pela existência das guerras mundiais. Por mais que os conflitos entre Estados, povos ou nações sempre estivessem presentes na história da humanidade, a escala mundial do conflito foi fato inovador advindo em 1914, com a Primeira Guerra Mundial, envolvendo as grandes potências e Estados do continente Europeu, estando de fora tão somente a Espanha, os Países Baixos, os países da Escandinávia e a Suíça⁸⁸.

Por sua vez, a Segunda Guerra Mundial, em sua escala global, marcou-se na história pela participação de praticamente todos os Estados independentes existentes, envolvendo-se independente de sua vontade, e com a participação, em tese, nominal dos países da América Latina⁸⁹.

⁸⁷ HOBBSAWM, Eric J. Era dos extremos: o breve século xx: 1914 – 1991. 2ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 11.

⁸⁸ HOBBSAWM, Eric J. Era dos extremos: o breve século xx: 1914 – 1991. 2ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 26.

⁸⁹ *Idem*

Logo, a mudança do alcance dos conflitos resulta na mudança do alcance das respostas dadas aos crimes e atrocidades cometidas e a criação de um Tribunal Penal Internacional com toda influência e barreiras encontradas a partir do sacrossanto princípio da soberania.

Historicamente, é possível elencar o julgamento de Peter von Hagenbach, 1474, na Alemanha, como um dos primeiros precedentes de um Tribunal Penal Internacional, quando o réu, à época Governador de Breisach, reinou com terror e temor, sendo derrotado em batalha por uma aliança formada pela França e Áustria, sendo Hagenbach julgado e condenado por um tribunal formado por 27 juízes alemães, suíços e austríacos – pertencentes, à época, ao Sacro Império Romano Germânico – sob o fundamento de violação as “leis Divinas e Humanas”⁹⁰.

Após, há de se mencionar novamente a Paz de Vestfália, no tocante a justiça internacional penal, vez que buscou estabelecer a paz na Europa, após a Guerra dos Trinta Anos (1618 – 1648), realizado pelos países participantes do conflito, com alterações territoriais, igualdade jurídica entre os Estados e combate ao poder até então supremo da Igreja⁹¹.

Ou seja, ressalte-se que a Paz de Vestfália configura como um Tratado, que possui como objeto uma perspectiva de “Justiça”, sendo um importante instrumento de diplomacia entre Estados, mas que se reconhece a soberania territorial de cada um dos consignatários.

Talvez por ser um Tratado que visou a reafirmação do sacrossanto princípio da soberania e, também, pelo fato do tribunal referente a von Hagenbach ser mais “confederado” do que “internacional”, tais acontecimentos não resultaram no surgimento de uma corte permanente, sendo certo que, apenas em 1872, Gustav Moynier, em razão das atrocidades da Guerra Franco-Prussiana, propôs a ideia de um Tribunal Penal Internacional⁹².

Todavia, a ideia toma força tão somente com o massacre de armênios pelo Império Turco-Otomano, em 1915, quando Inglaterra, França e Rússia afirmaram que os responsáveis pelas 600.000,00 mortes de armênios na Turquia necessitariam de uma resposta jurídico-penal

⁹⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 182.

⁹¹ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Direito Internacional Penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

⁹² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 182

com julgamento e punição pessoal dos responsáveis, além das trágicas consequências da Primeira Guerra Mundial.

Assim, em 1919, com o fim da Primeira Guerra Mundial, os Estados vencedores deram origem à “Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e da Execução das penas pela violação das leis e costumes de guerra”, com o intuito de investigação referente ao massacre armênio, com recomendação para julgamento dos militares turcos para responsabilização do que se considerava um protótipo de crimes contra a humanidade. Havia, no Tratado de Sèvres, além das destituições das possessões territoriais do Império Otomano, o julgamento dos responsáveis pelos massacres cometidos durante a guerra por um tribunal especial criado pela Sociedade das Nações ou pelos próprios aliados⁹³.

Ressalte-se que o Tratado de Sèvres jamais foi ratificado, de forma que foi substituído pelo Tratado de Lausanne, de 1924, o qual anistiou os possíveis responsáveis, bem como entendeu que inexistia, na ordem internacional, a concepção de “crime contra a humanidade”.

Além disso, o Tratado de Versailles previa, em seu artigo 227, a criação de um Tribunal *ad hoc* para julgamento do Kaiser Guilherme II, além dos militares responsáveis por violar a lei e costumes de guerra, em seus artigos 228 e 229. Todavia, não houve a criação do proposto Tribunal, de forma que, ao máximo, uma lei alemã concedeu à Corte Suprema Alemã, a excepcional competência de julgar⁹⁴.

Ou seja, a lacuna presente no Direito Penal Internacional implica em medidas, na busca por justiça, que possibilitem, até mesmo, a violação do princípio da legalidade no direito penal interno.

Todavia, ao fim da Primeira Guerra, o resultado foi de apenas 13 condenados, a pena máxima de três anos, dos 21.000 acusados⁹⁵. Logo, houve uma possível violação ao princípio da reserva legal, numa falsa busca por justiça, em que o resultado esteve longe do satisfatório e esperado.

⁹³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 183

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Idem.*

3.2. A Segunda Guerra Mundial

“As luzes se apagam em toda a Europa. Não as tornaremos a ver em nossas vidas.”⁹⁶. Essa foi a frase dita por Edward Grey, secretário das Relações Exteriores da Grã-Bretanha, na noite em que a Inglaterra e Alemanha se encaminhavam à guerra, de forma que a guerra mundial era vista como o fim do mundo.

Apesar de não ter sido o fim da humanidade, a Segunda Guerra Mundial alternou o curso da humanidade, seja pela acentuação daquilo que o Direito Penal Internacional compreende como “Genocídio”, seja pela porta de entrada de uso de armas capazes de exterminarem toda a humanidade. Na concepção de Hobsbawm, “a humanidade sobreviveu. Contudo, o grande edifício da civilização do século XX desmoronou nas chamas da guerra mundial, quando suas colunas ruíram”⁹⁷.

A ideia de que o Tratado de Versalhes era injusto e inaceitável se tornou fator comum aos partidos políticos da Alemanha, seja dos comunistas na extrema esquerda aos nacional-socialistas de Adolf Hitler na extrema direita⁹⁸. As cláusulas previstas no Tratado atingiram duramente a Alemanha já descapitada após a Primeira Guerra Mundial, provocando mais revoltas e insatisfações, agravando toda a perspectiva e ocasionando uma nova guerra.

As previsões de Versalhes, com imposição por parte dos Estados vencedores para o reconhecimento da independência da Áustria, a restituição de territórios de Alsácia-Lorena, a saída da Polônia ocupada, o controle por parte da Bélgica de duas cidades alemãs, bem como a necessidade de pagamento por indenização aos países vencedores, foram questões que acirraram os ânimos e ódios dos alemães.

Nesse cenário houve a ascensão do nacional-socialismo, com um regime autoritário que visava a perseguição, terror e temor contra judeus e comunistas. Um Estado velho, com falhas

⁹⁶ HOBBSAWM, Eric J. Era dos extremos: o breve século xx: 1914 – 1991. 2ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 24

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ HOBBSAWM, Eric J. Era dos extremos: o breve século xx: 1914 – 1991. 2ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 35.

em seus mecanismos dirigentes, uma massa de cidadãos desencantados, desorientados e descontentes e uma inclinação ao ressentimento nacionalista contra os Tratados de paz do fim da Primeira Guerra eram as condições ideais para o triunfo da ultradireita⁹⁹.

Nesse sentido, a grande novidade do fascismo era sua recusa em jogar, em todos os sentidos, com as regras do velho jogo político, com a busca da eliminação por completa de todos os rivais, sem limites políticos quando o guardião da Constituição se tornou um supremo líder populista¹⁰⁰.

Então, com o desmantelamento gradual dos inimigos, antes do início da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha já autoritária, em 1935, publicou as Leis de Nuremberg, com seu conteúdo racista e segregacionista:

“Desde 15 de Setembro de 1935, quando foram decretadas a Lei de Cidadania do Reich, a Lei de Proteção do Sangue e da Honra Alemãs e o Primeiro Regulamento para a Lei de Cidadania Reich – este em 14 de novembro de 1935 (o conjunto dos três ficou conhecido como as Leis de Nuremberg), a condição judaica foi transformada numa subcondição humana na Alemanha e os judeus foram desprovidos de quaisquer vestígios de direitos civis. A definição de ‘judeu’ consta do Primeiro Regulamento, Artigo V:

1. Um judeu é um indivíduo que descende de pelo menos três avós que eram judeus racialmente puros. O Artigo II, alínea 2 será aplicado. (Art. II, alínea 2: um indivíduo de sangue misto judeu é aquele que descende de um ou dois avós que eram judeus racialmente puros, mesmo que não seja um judeu de acordo com a seção 2 do artigo V. Avós com cem por cento de sangue judeu são aqueles que pertenciam a comunidade religiosa judaica).

2. Um judeu é também um indivíduo que descende de dois avós puramente judeus: (a) se era membro de uma comunidade religiosa judaica quando esta lei foi editada, ou se integrou a uma, após a edição desta: (b) quando a lei foi editada, era casado com uma pessoa judia ou foi subsequentemente casada com um indivíduo judeu; (c) é descendente de um casamento no qual um dos cônjuges é judeu, no sentido da seção 1, contraído após a entrada em vigor da Lei para Proteção do Sangue e da Honra Alemã, de 15 de Setembro de 1935; (d) é descendente de uma relação extraconjugal que envolveu um judeu, de acordo com a Seção 1, e nasceu ou é filho ilegítimo nascido depois de 31 de Julho de 1936”¹⁰¹.

Assim, em 1938 ocorre a Noite dos Cristais, evento em que 7500 vitrinas de lojas judaicas foram quebradas, todas as sinagogas na Alemanha foram incendiadas e 20 mil judeus

⁹⁹ HOBBSAWM, Eric J. Era dos extremos: o breve século xx: 1914 – 1991. 2ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 104.

¹⁰⁰ *Idem*

¹⁰¹ 3 GALINDO, Cleusy A. “Nazismo alemão e as leis de Nuremberg: sentimento de poder ou ódio?”. Universidade de Buenos Aires. Buenos Aires, 2014. p. 2. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170531142039.pdf>. Acesso em 24/04/2023.

foram capturados e levados para campos de concentração¹⁰². Inicialmente houve a expulsão dos judeus e posteriormente a deportação para campos de concentração. A “Solução Final”, o Holocausto, e a máquina produzida pelo nazismo para criação de técnicas capazes de resultarem em morte em massa vieram logo a seguir. O extermínio era o passo necessário para livrar-se dos indesejáveis, mas também a caricatura de uma humanidade falida.

Diante dessa devastação até então não vista pela humanidade, a responsabilização, não somente do Estado, mas dos indivíduos que operavam as máquinas, tornou-se prioridade absoluta ao fim da Guerra. Todorov comenta sobre o fim do conflito, os crimes expostos e a ideologia nazista denunciada, bem como a necessidade de justiça que pairou o fim:

“A questão nunca foi ‘devem os líderes nazistas ser punidos ou devem ser libertados?’. A pergunta era ‘devem ser executados sem julgamento ou devem ser julgados?’. Stalin se inclinava para a primeira solução, e oferecia seus serviços para eliminar 50 ou 100 mil alemães, já que gozava de ampla experiência nisso. O secretário do Tesouro americano, Henry Morgenthau Jr., cruelmente propôs deportar vários milhões de alemães para outra parte do globo. Churchill e Roosevelt chegaram a cogitar a possibilidade de castrar a população masculina da Alemanha. Apenas o legalismo teimoso de Henry Stimson, Secretário de Guerra dos Estados Unidos, permitiu que a decisão final acabasse sendo o Tribunal de Nuremberg, onde os acusados podiam contar com um advogado, era necessário que testemunhas depusessem, e um réu poderia até mesmo ser absolvido”¹⁰³.

Ao certo, a responsabilização por atos políticos é uma característica a partir das eras das revoluções do século XVIII no continente Europeu. Todavia, há uma diferença que sutilmente apareceu no pós Primeira Guerra Mundial e se afluou ao fim da 2ª Guerra, que foi a responsabilização individual por “atos do Estado”.

3.3. Como lidar com os inimigos de guerra: A justiça de transição

A busca da responsabilização pelos crimes cometidos em guerra, a reparação das vítimas e a garantia do direito à memória e à verdade implicam no que se chama de “Justiça de Transição”. Na Antiguidade, o termo “anistia” já era consagrado como um princípio político e uma prática rotineira ao final dos conflitos bélicos. Afinal, em razão do intocável princípio da

¹⁰² ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 51

¹⁰³ BACHVAROVA, Elitza. *O Tribunal de Nuremberg como um Ícone da Justiça de Transição: Aspectos Históricos da Responsabilização Política do Quadro Ideológico dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/view/19830>. Acesso em 25/04/2023.

soberania, os atos de um Estado eram presumidamente válidos, de forma que não havia o que responsabilizar os indivíduos por estarem exercendo o poder da nação.

Nesse sentido, a anistia aparecia como um consagrado princípio nos acordos de paz, o que faz sentido quando se analisa que a prioridade é o fim do conflito. Todavia, isso mudou, na esfera internacional, com o Tratado de Versalhes, de forma que a anistia foi substituída pelas sanções contra os derrotados, com suas cláusulas de culpa e reparações punitivas¹⁰⁴.

Como a guerra, na jurisprudência internacional, não é lida como um “crime”, o adversário de guerra não é, necessariamente, um criminoso. Nesse sentido, a anistia tem como pressuposto o reconhecimento mútuo de igualdade entre os envolvidos, de forma que, mesmo após a derrota, o oponente permanece sendo um “inimigo justo” detentor de respeito.

A anistia, na esfera internacional, deixou, então, de ser aplicada de forma cega no Tratado de Versalhes. O clamor por vingança e por justiça no pós Primeira Guerra Mundial implicaram nos primeiros passos para a atribuição da culpa individual pelos atos do Estado de forma que, sem a criação de um Tribunal Internacional, a ideia era que os crimes de guerra fossem julgados nos tribunais comuns das nações, como, por exemplo, no Tribunal de Leipzig.

Entretanto, o Tribunal de Leipzig, momento em que a Alemanha propôs o julgamento dos indivíduos pelos delitos de guerra perante o Supremo Tribunal do Reich em Leipzig, terminou, como já explicitado, com 13 condenados – a pena máxima de três anos – dos 21.000 acusados¹⁰⁵.

Dessa forma, ao fim da Primeira Guerra, a lição foi que dificilmente os vencidos julgariam, de forma honesta, seus cidadãos que, em tese, estavam somente seguindo as ordens do Governo vigente.

Nessa toada, a Justiça de Transição surge junto com a reconstrução de um Estado após conflitos ou regimes de exceção marcado por violações de direitos fundamentais, com um

¹⁰⁴ *idem*

¹⁰⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 183

confronto ao passado e as injustiças, bem como a reparação das estruturas que possibilitaram a sua existência. Mazzouli entende “justiça de transição” como um conjunto de mecanismo, judiciais ou não, que tem por objetivo responsabilizar os detratadores e as reparações às vítimas¹⁰⁶.

Ademais, Ramos estabelece quatro dimensões acerca da Justiça de Transição: o direito à verdade e à memória; o direito à reparação das vítimas; o dever de responsabilizar os perpetradores das violações aos direitos humanos; e a formatação democrática das instituições protagonistas do regime¹⁰⁷.

Logo, a transição, a qual pressupõe uma linha do tempo, vai de um regime político de terror a caminho de um regime político, em tese, razoavelmente estabilizado. Desse modo, de acordo com Centro Internacional para Justiça de Transição

“a justiça de transição não é uma forma especial de justiça, mas a justiça adaptada a sociedades em transformação após um período de profundos abusos contra os direitos humanos. Em alguns casos, essas transformações acontecem repentinamente; em outras, elas podem ocorrer ao longe de muitas décadas”¹⁰⁸.

Ou seja, a Justiça de Transição é uma justiça adaptada para sociedades que atravessaram situações extremas de violência e conflitos ao nível de prejudicar a estabilidade política e a coesão social.

O Tribunal de Nuremberg se encaixa no contexto em que os vencedores das Guerras se depararam com uma omissão dos Estados derrotados em julgar seus concidadãos e, como se a ausência de responsabilização não fosse o suficiente, provocaram novas guerras em níveis trágicos superiores à primeira.

Portanto, a criminalização dos perdedores e a destacada responsabilidade dos chefes de Estados vencidos ganham uma importância ainda não vista ao final da Segunda Guerra Mundial.

¹⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 595.

¹⁰⁷ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 93

¹⁰⁸ INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (ICTJ). Disponível em: <http://www.ictj.org/en/tj>. Acesso em 26/04/2023.

3.4. O Tribunal de Nuremberg

3.4.1. O Estatuto do Tribunal de Nuremberg

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a revelação das crueldades cometidas pelo Eixo, tais como o Holocausto judeu e a brutalidade japonesa frente à China, os Chefes de Estado dos países vencedores da Aliança, em particular, Churchill e Roosevelt, ansiavam pela responsabilização e penalização dos alemães e japoneses.

Nesse primeiro momento, aterrorizado pela realidade da Guerra, em outubro de 1943, na Conferência de Moscou, foi formada a Comissão das Nações Unidas para os Crimes de Guerra, na mesma intenção da Comissão de Responsabilização dos Autores de Guerra e Execução das Penalidades por violação das Leis e Costumes, de 1919. A priori, a declaração que previa o direcionamento da competência dos Estados agredidos para julgar, com seu direito penal interno, os Estados agressores, ressalvando à jurisdição internacional os fatos que tivessem repercussão grave transnacional¹⁰⁹.

Ao fim da Guerra, em 1945, a responsabilização por crimes de guerra dos líderes da Alemanha nazista e do Japão tornou-se prioridade absoluta. Sendo assim, após a derrocada do nazismo, em 8 de agosto de 1945, em meio a Conferência de Londres, o Estados Unidos, o Reino Unido, a França e a União Soviética celebraram o acordo para estabelecer o regramento a ser observado no julgamento e condenação dos criminosos de Guerra dos Estados do Eixo.

Surgiu, dessa maneira, o Acordo de Londres que, em seu anexo, trazia o Estatuto do Tribunal Internacional Militar, mais conhecido como o “Tribunal de Nuremberg”¹¹⁰.

Ressalta-se que a criação do Tribunal de Nuremberg não foi pacífica. Isso porque para Churchill, as penas deveriam ser executadas sumariamente, sem julgamento, dos principais dirigentes do III Reich. Já na concepção do secretário de Guerra Norte Americano Henry Stimson, deveria ser feito um julgamento. Esta concepção prevaleceu sobre aquela.

¹⁰⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. P. 187

¹¹⁰ *Idem.*

Desde a Conferência de Moscou, a discussão sobre a competência era organizada no sentido de que haveria uma competência territorial relacionada com os delitos cometidos pelos alemães no território de um país ocupado, bem como uma competência internacional sobre os crimes sem localização geográfica precisa¹¹¹.

Os Artigos 1º, 3º e 4º do Acordo de Londres previam:

“Artigo 1 - Deve ser estabelecido, após consulta ao Conselho de Controle da Alemanha, um Tribunal Militar Internacional para o julgamento dos criminosos de guerra cujos delitos não tenham localização geográfica específica, sejam eles acusados individualmente, na sua qualidade de membros de organizações ou grupos, ou em ambas as possibilidades.

Artigo 3 - Cada signatário deve tomar as medidas necessárias para trazer a julgamento os grandes criminosos de guerra detidos por eles a serem julgados pelo Tribunal Militar Internacional. Os signatários devem também empreender seus melhores esforços para trazer a julgamento perante o Tribunal Militar Internacional os grandes criminosos de guerra que não estejam no território de qualquer dos signatários.

Artigo 4 - O presente Acordo não prejudica as disposições estabelecidas pela Declaração de Moscou sobre a deportação de criminosos de guerra para os países onde cometeram os seus crimes”¹¹².

Delineando os critérios objetivos para a caracterização dos grandes criminosos de guerra, os artigos mencionados do Acordo indicam o que já surgia na Conferência de Moscou em 1943, ainda mais no tocante à diferenciação entre os procedimentos adotados para os grandes criminosos de guerra e os demais.

Já no Estatuto do Tribunal Militar, anexo à Carta de Londres, o primeiro artigo estabelece a constituição da corte pelos países que, à época, compunham o órgão provisório que governava o território alemão, o Conselho de Controle da Alemanha

“Artigo 1 – Em conformidade com o Acordo assinado em 08 de agosto de 1945 pelo Governo dos Estados Unidos da América, o Governo Provisório da República Francesa, o Governo da Grã-Bretanha e o Governo da União das Repúblicas Soviética Socialista, será estabelecido um Tribunal Militar Internacional (doravante denominado “o Tribunal”) para julgamento e punições justas e imediatas dos principais criminosos de guerra do Eixo Europeu”¹¹³.

¹¹¹ *Idem.* p. 188.

¹¹² Acordo de Londres, de 1945 - INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf. Acesso em 28/04/2023.

¹¹³ *Idem.*

Em todos os demais vinte e nove artigos do Estatuto, são dispostas normas materiais e processuais a serem observadas no tribunal.

O Artigo 4º estabelecia que cada signatário deveria indicar os membros do Tribunal. Geoffrey Lawrence, que foi escolhido como presidente do Tribunal, foi escolhido pelo Reino Unido, sendo Norman Birkett o seu suplente. Pelos Estados Unidos, Francis Biddler foi nomeado e John Parker como seu suplente enquanto a França indicará Henri Donnedieu e Robert Falco. Por fim, a União Soviética nomeou o Major-General Iona T. Nikitchenko e o Tenente-Coronel Alexander F. Volchkov.

Interessante ressaltar que foi criado também um órgão de acusação, uma espécie de Ministério Público do Tribunal de Nuremberg, composto por um acusador de cada um dos Signatários. Robert H. Jackson nomeado pelos Estados Unidos, Auguste Champetir de Ribes e François de Menthon pela França, enquanto Hartley Shawcross e David Maxwell-Fyfe pelo Reino Unido e o General Roman A. Rudenk pela União Soviética¹¹⁴.

Nesse ponto, importante ressaltar que todos os juízes e promotores, exceto os soviéticos, eram civis e notáveis juristas em seus países. Logo, a denominação “militar” do Tribunal surge da necessidade dos Estados Unidos em burlarem o “princípio da legalidade” previsto no Direito Penal interno e inexistente em seu Direito Penal Militar¹¹⁵.

Vale a atenção o Artigo 6, em que há três tipificações apontadas no Estatuto, tais como: os Crimes Contra a Paz, os Crimes de Guerra e os Crimes Contra a Humanidade. Além disso, aos acusados, fora imputada a prática do ilícito penal de plano comum ou conspiração.

A conspiração, segundo Japiassú, “não encontrava paralelo perfeito no direito continental europeu, por se tratar de uma construção jurídica tipicamente anglo-americana”¹¹⁶. Tratava-se, em verdade, de um acordo de vontades a favor de um plano delituoso já concebido, tal qual se imagina quando se pensa na hipótese de concurso de pessoas em que se necessita da

¹¹⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 187

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem*

efetivação do crime. Todavia, no Tribunal de Nuremberg, o entendimento que prevaleceu foi que a conspiração poderia existir criminalmente por si só¹¹⁷.

3.4.2. Crimes Contra a Paz

No tocante aos Crimes Contra a Paz, previsto na alínea ‘a’ do Artigo 6º do Estatuto, significavam

“a direção, a preparação e o desencadeamento ou o prosseguimento de uma guerra de agressão ou de uma guerra com violação de tratados, garantias ou acordos internacionais ou a participação num plano concentrado ou num conluio para a execução de qualquer um dos atos precedentes”¹¹⁸.

Apesar da curta descrição para um complexo conceito, Gonçalves entende que “a Guerra de Agressão” é o elemento do tipo constitutivo do crime contra a paz, o qual é objeto próprio da acusação e do julgamento¹¹⁹.

Nesse sentido, os fatos apontados como crimes contra paz eram: a invasão da Polônia em 01 de setembro de 1939; a Guerra contra o Reino Unido e a França em 3 de setembro de 1939; contra a Dinamarca e a Noruega em 9 de abril de 1940; contra a Iugoslávia e a Grécia em 6 de abril de 1941; contra a União Soviética em 22 de junho de 1941; e contra os Estados Unidos, de 11 de dezembro de 1941¹²⁰.

O arcabouço jurídico da acusação de Crimes Contra a Paz se baseou em Tratados Internacionais e pactos de não-agressão em que a Alemanha era signatária, principalmente o Pacto de Briand-Kellog, em que o Estado germânico renunciou à guerra como instrumento de política nacional.

3.4.3. Crimes de Guerra

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg - INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf. Acesso em 28/04/2023. “Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing”

¹¹⁹ GONÇALVES, Joannisval Britto. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional. 2ª Edição. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹²⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 190.

Já os Crimes de Guerra, a acusação possivelmente menos controverso presente no Tribunal de Nuremberg, indicados na alínea “b” do Artigo 6º do Estatuto, constituíam

“violações às leis e costumes de guerra. Essas violações compreendem, sem serem limitadas nas leis e costumes, o homicídio, maus tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim das populações civis dos territórios ocupados, homicídio ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivo de cidades e aldeias, ou devastações que não se justifiquem por exigências militares”¹²¹.

Na esfera internacional – e talvez por este motivo exista menos controvérsias acerca da acusação – já havia diversas práticas que eram entendidas como inaceitáveis, proibidas internacionalmente, previstas em tratados e convenções como as de Haia de 1899 e 1907, bem como o Protocolo de Genebra de 1925 e 1929, sem, todavia, que fossem previstas penas.

Nesse sentido, as condutas listadas como típicas fundamentavam-se no Regulamento de Haia de 1907 sobre as regras a serem seguidas em relação aos prisioneiros de guerra e exércitos ocupantes em territórios ocupados, tais como pilhagem (saque) realizada pelo exército “conquistador”; obrigar habitantes a jurar lealdade ao ocupante ou a fornecer informações sobre o exército inimigo; o tratamento humanitário de prisioneiros de guerra com repatriação ao fim do conflito; e remuneração no caso de prisioneiros forçados a trabalhar pela nação captora¹²².

Destaca-se que tais condutas referem-se a prática da “guerra total”, que pressupunha métodos de combate e ocupação militar em oposição às leis e costumes de guerra¹²³.

3.4.4. Crimes contra a humanidade

¹²¹ Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg - INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf. Acesso em 28/04/2023. “(b) War Crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity”

¹²² RAMOS, Luiz Felipe Gondin. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: Análise histórica e legado jurídico. ed. O autor. Florianópolis: 2009. p. 42.

¹²³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 191.

Talvez o maior legado de Nuremberg, o conceito de “Crimes Contra a Humanidade” aparece na alínea “c” do Artigo 6º do Estatuto, sendo aqueles como

“homicídio, extermínio, redução à escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra populações civis, antes e durante a guerra; ou então, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência de qualquer crime que entre na competência do tribunal ou conexão com esse crime”¹²⁴.

Não foi a primeira vez que se mencionou “crime contra a humanidade”, sendo certo que, em 1915, o termo foi citado quando da declaração dos governos da França, Inglaterra e Rússia no tocante ao massacre turco na Armênia, sem que, todavia, houvesse qualquer definição legal a respeito, embora as condutas mencionadas estejam presentes no direito interno como atentados contra a vida e a integridade física¹²⁵.

O conceito de crimes contra a humanidade acaba por não ser tão definido quanto, por exemplo, o conceito de genocídio¹²⁶, muito em razão do próprio Tribunal de Nuremberg e a ausência de definição uniforme em documentos internacionais.

Assim, em Nuremberg, nas descrições das acusações, o Ministério Público destaca

“os réus adotaram uma política de perseguição, repressão e extermínio de todos os civis na Alemanha que eram, ou acreditava-se serem, ou mesmo que se acreditava que viriam a ser, hostis ao governo nazista. Para a aplicação desta política, teriam aprisionado pessoas sem qualquer processo judicial, em campos de concentração, onde elas estariam sujeitas a atos degradantes, como escravidão, tortura e assassinato. Neste sentido, também, estabeleceram cortes especiais, onde inexistia o processo legal e imperava a vontade do governo”¹²⁷.

¹²⁴ Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg - INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf. Acesso em 28/04/2023. “ (c) Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”

¹²⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 191

¹²⁶ “Genocídio pode ser entendido, genericamente, como a morte, a destruição ou extermínio de grupos humanos ou de membros de um grupo e define uma séria de condutas que podem ser cometidas com a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, racial, étnico ou religioso”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p.125.

¹²⁷ RAMOS, Luiz Felipe Gondin. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: Análise histórica e legado jurídico. ed. O autor. Florianópolis: 2009. p. 42.

O diferencial da Segunda Guerra Mundial foi, justamente, o fato de termos bem mais que simples Crimes de Guerra. As atrocidades realizadas implicaram na tipificação dos Crimes Contra a Humanidade, a inovação jurídica do Acordo de Londres, em que foram levadas em consideração as perseguições políticas, racial e religiosa aos judeus e a realização de uma conspiração com a doutrina antissemita.

3.5. A Defesa dos acusados no Tribunal de Nuremberg

3.5.1. Da legitimidade do Tribunal e da Corte

Diante de um sistema que mesclava a tradição jurídica anglo-saxônica com a franco-germânica, com primazia daquele, os advogados de defesa dos acusados, principalmente alemães, se depararam com obstáculos.

A primeira objeção a ser fazer em defesa era o argumento da ilegitimidade do Tribunal. Isso porque tratava-se de um “Tribunal dos Vencedores” e não porque tinha a participação dos “vencedores”, mas, sim, porque era exclusivamente feito pelos “vencedores”, sem a participação dos derrotados até mesmo na confecção.

Além disso, há, também, de se levantar o questionamento do porquê, quatro países, terem o poder de criar um Tribunal autodenominado “Internacional”. Para tal ponto, considera-se duas teses principais, sendo que a primeira defende que as jurisdições desses tribunais seriam “nacionais ou, ao menos, interaliadas por faltar, para serem internacionais, o caráter de estabelecimento por meio de um tratado com a participação dos países derrotados”¹²⁸. Seria a reflexão acerca do *Pacta Tertis Nec Nocent Nec Prossunt* do Direito Internacional Público, em que tratado de terceiros não prejudica e nem beneficia.

A segunda tese defende que “as jurisdições destes tribunais seriam internacionais, tendo como ponto de partida a capitulação internacional do país vencido”¹²⁹, isso porque, em tese, o

¹²⁸ RAMOS, Luiz Felipe Gondin. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: Análise histórica e legado jurídico. ed. O autor. Florianópolis: 2009. p.49

¹²⁹ *Idem.*

Tribunal teria sido instituído por um tratado em que os vencedores criaram na qualidade de Estados soberanos, mas também de representante dos Estados vencidos.

Além disso, há de se questionar a própria imparcialidade dos juízes e suplentes escolhidos para compor a corte. Como exposto anteriormente, todos os juízes, exceto o soviético, possuíam notório saber jurídico e importante carreira jurídica. Todavia, a própria composição é feita tão somente por representantes dos países vencedores, o que nos faz refletir se, caso fossem escolhidos juízes de países neutros, haveria menos injustiça no Tribunal.

3.5.2. O princípio do Líder – o argumento de “ordens superiores”

Um outro argumento utilizado pela defesa dos acusados no Tribunal Militar Internacional foi o de estarem, tão somente, obedecendo ordens superiores, numa tentativa de exclusão do elemento de culpabilidade do crime, tendo em vista a inexigibilidade de conduta diversa.

Todavia, a promotoria rebateu tal defesa com a diretriz do código militar alemão em que se estabelecia que “nenhum soldado deve obedecer a uma ordem manifestamente ilegal”,¹³⁰.

Tal entendimento ficou conhecido como “O Princípio de Nuremberg”, tendo se tornado argumento comum no Direito Internacional, de forma que a atuação delituosa em pretexto de ordens superiores não é escusa de crimes internacionais, levando-se em consideração o mínimo de possibilidade de escolha como viável.

3.5.3. *Tu Quoque* – Os delitos foram cometidos por ambos os lados

Os bombardeamentos atômicos as cidades de Hiroshima e Nagasaki, ocorrido em 6 de agosto de 1945, não foram alvos do Tribunal de Nuremberg. Todavia, é inegável que, assim como outras ações, o ato norte-americano de demonstração de força foi um delito de guerra.

¹³⁰ EHRENFREUND, Norbert. *The Nuremberg Legacy: How the Nazi War Crimes Trial Changed the Course of History*. 1ª Edição. ed. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2007. p. 49.

Nesse sentido, indubitavelmente, ambos os lados da guerra cometeram violações internacionais de guerra, sem que houvesse qualquer possibilidade de julgamento dos representantes dos países vencedores. Isso é, não se imaginou, no Tribunal de Nuremberg, a acusação de Churchill, Stalin ou Truman.

Por essa razão, o primeiro artigo do Estatuto do Tribunal era específico em determinar a competência da corte para julgamento e punição dos Grandes Criminosos de Guerra dos países do Eixo Europeu¹³¹, deixando claro que os vencedores não estavam em julgamento, sem que fosse possível a inclusão destes como acusados.

Sendo assim, pode-se concluir que os próprios Aliados reconheciam a existência de excessos cometidos, mas que estes foram consequências das ações do Eixo. Então, por mais que tenha sido um argumento levantado pela acusação, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg já previa a impossibilidade de ser reconhecido para absolvição em julgamento.

3.5.4. Da violação do princípio da legalidade – Um tribunal de exceção

O argumento da violação ao princípio da legalidade pela defesa foi, de fato, um dos principais levantados. A legalidade do ato de se criar um tribunal *ad hoc* é o ponto mais discutido em relação ao Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Isso porque, conforme anteriormente explicado, o Direito Penal, no tocante a seu âmbito interno, caminhou no sentido a evolução do princípio da legalidade, na tentativa de frear a violência e arbitrariedade estatal.

Assim, além de um princípio, a legalidade é uma garantia individual perante o poder do Estado, de formar a existir justamente para que as pessoas tenham ciência do que pode é uma conduta delituosa.

¹³¹ Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg - INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Disponível em: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_en.pdf. Acesso em 06/05/2023. “Article 1. In pursuance of the Agreement signed on the 8th day of August 1945 by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, there shall be established na International Military Tribunal (hereinafter called "the Tribunal") for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis.”

Entretanto, no âmbito internacional, muito por força dos “costumes” e seu especial significado no Direito Internacional Público, o princípio da legalidade acabou por ser flexibilizado nos tribunais *ad hoc* do Século XX. Há de se levantar, ainda, a possibilidade de a legalidade ser entendida como um direito internacional essencialmente consuetudinário, tendo em vista ser uma prática comum de todos os ordenamentos jurídicos existentes. Nessa concepção, a “legalidade” como costume também teria sido violada.

À exceção dos *Crimes de Guerra*, o qual o Estatuto entende que estavam pré-definidos na Convenção de Haia de 1907, em seus artigos 46, 50 e 56, os delitos julgados no Tribunal de Nuremberg não estavam prévios, certos, escritos e em seu sentido estrito. Na concepção dos julgadores, também não houve violação ao princípio da *nullum crimen, nulla poena* em relação aos crimes contra a paz, pois entendeu-se que o princípio da legalidade não estaria limitado à soberania dos Estados¹³².

Todavia, na concepção de Japiassú, a questão da irretroatividade da lei penal foi violada no Tribunal de Nuremberg:

“A questão de irretroatividade da lei penal, no entanto, foi violada em Nuremberg. O direito penal internacional, embora seja uma disciplina autônoma, não pode abrir mão das garantias fundamentais asseguradas pelo direito penal”¹³³.

O direito penal internacional existente antes do Estatuto de Nuremberg já continha a proibição dos crimes de guerra e guerras de agressão, de forma que os próprios aliados, posteriormente vencedores, já denunciavam, durante a Segunda Guerra Mundial, os delitos e aberrações praticados pelo Eixo. Entretanto, não havia um documento escrito – marca da legalidade – que previsse a lesa humanidade como tipo penal, bem como acompanhado de um preceito secundário da norma penal – cominação de pena – sendo criado, tão somente, pelo Estatuto¹³⁴. Ou seja, após o cometimento do delito.

Nesse aspecto, o Tribunal de Nuremberg fundamentou a “inexistência de violação ao princípio da legalidade” no aspecto do Direito Internacional Público do Direito Penal Internacional. Isso é, a existência de um direito superior ao direito positivo e aos Estados, quase

¹³² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal Internacional*. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 192

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Idem.*

que meta-legais, pré-jurídicas e pré-estatais, de forma que correspondiam a normas de cultura próprias da civilização ocidental, preponderando sobre as normas positivas¹³⁵.

Portanto, compreende-se que, de fato, o Tribunal de Nuremberg violou o princípio da legalidade. Porém, em outro aspecto, reconhecer a violação do princípio não implica, do ponto de vista da moral, da equidade e da consciência universal, a necessidade de punição das atrocidades cometidas pelo Eixo.

No eterno conflito entre Direito e Moral, há momentos em que este prepondera sobre aquele. Além disso, destaca-se a aproximação com o princípio da justiça, em que soaria injusto que os criminosos do Eixo saíssem impune, levando a máxima de Cícero *summum jus summa injuria*, em que o máximo do direito acaba no máximo da injustiça.

4. O LEGADO DO TRIBUNAL DE NUREMBERG

As, até então, jamais vista atrocidades cometidas no Segunda Guerra Mundial provocaram uma resposta, também, jamais vista: O Tribunal de Nuremberg. Logo, a criação de um tribunal pelos vencedores, os aspectos parciais da Corte prevista no Estatuto e a flexibilização do princípio da legalidade implicariam, logicamente, em um importante legado para o Direito Penal Internacional.

Podemos citar o novo sentido dado ao princípio da soberania do Estados e a relação com a responsabilização dos governantes, os julgamentos realizados após o Tribunal de Nuremberg, o próprio Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente em Tóquio, as Comissões de Direitos Humanos e Prevenção ao Crime de Genocídio de 1948 e, ao fim, a criação do Tribunal Penal Internacional como principais legados.

4.1. A mudança na concepção de Soberania e a responsabilidade dos governantes.

Conforme levantado no capítulo 2.2., o Princípio da Soberania do Estado era lido de maneira onipotente. Sendo assim, havia uma barreira à responsabilização dos indivíduos aos

¹³⁵ *Idem.*

delitos cometidos pelo Estado porque, em tese, estavam dentro do próprio Direito montado por um Estado soberano.

Isso é, a Soberania Nacional era entendida como um poder absoluto, perpétuo e supremo a qualquer lei, justamente por ser um dos fundamentos da criação de um Estado. É impossível pensar em um Estado sem que esse possua Soberania. São ideias indissociáveis.

Todavia, na consciência universal, os expoentes das atrocidades humanas cometidas pelo Eixo afetam um senso comum de moralidade, trazendo à baila o questionamento se, de fato, um Estado, devido a sua “soberania”, pode cometer qualquer ato, bastando a condição que esteja dentro de seu próprio Direito.

Nesse sentido, o Tribunal de Nuremberg caminha com a relativização do conceito de soberania, sendo ultrapassada a barreira do “Estado” para a responsabilização dos indivíduos que governem. Passou-se, então, a reconhecer a culpa dos indivíduos pelas infrações internacionais.

De acordo com Gonçalves, o Tribunal de Nuremberg foi o primeiro que houve “a apresentação de indivíduos perante o Direito Internacional como agentes passivos de direitos e deveres”¹³⁶.

É curioso de se pensar quando lembramos que, dentro do Direito Internacional Público, no estudo da teoria deste ramo do Direito, temos que os sujeitos são os Estados.

Logo, o Direito Penal Internacional vai além quando mescla os sujeitos do Direito Internacional Público com o Direito Penal, havendo penalização dos Estados, mas também de indivíduos na esfera internacional.

4.2. O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

¹³⁶ GONÇALVES, Joanisval Brito. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional. 2ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, p. 176)

Em 1º de Dezembro de 1943, foram lançados os fundamentos da criação de um Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, por meio da conferência de Cairo, com a participação da China, Grã-Bretanha e Estados Unidos em razão das violências cometidas pelo Estado japonês. Seis meses após o início do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, em 03 de maio de 1946, foram iniciadas, em Tóquio, as ações do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, o qual foi presidido pelo australiano William Webb, com indicação de procuradores por cada uma das nações aliadas¹³⁷.

O Estatuto dos Tribunal de Tóquio possuía 17 artigos semelhantes com os 30 do Estatuto de Nuremberg, com a competência de julgar os crimes contra a paz, convenções de guerra e contra a humanidade, mas sem a menção ao tipo penal da conspiração, encerrando a atividade em 12 de novembro de 1948 com a acusação de 28 pessoas entre civis e militares de carreira, sem nenhuma absolvição¹³⁸.

Curiosamente, diferente do Tribunal de Nuremberg, o governante do império japonês, o Imperador Hirohito, não foi indiciado e julgado pelo Tribunal. Na concepção de Japiassú, os homens de negócios e industriais do Japão que eram prisioneiros de guerra foram libertados e retornaram ao cenário empresarial, político e, até mesmo, da máfia japonesa. Isso pois, com o avanço da guerra civil chinesa e a ameaça comunista, os prisioneiros japoneses eram anticomunistas, tal qual o imperador Hirohito, de forma que era interesse americano que este permanecesse como representante do Japão¹³⁹.

Ao fim, o Tribunal do Extremo Oriente foi, tal qual o Tribunal de Nuremberg, um tribunal de vencedores, porém com muito mais influência norte-americana em razão da aproximação da Guerra-Fria.

4.3. A Comissão de Direitos Humanos – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966

¹³⁷ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. A Justiça Penal Internacional: Sua Evolução, seu Futuro: de Nuremberg a Haia. 1ª Edição. Tradução: Luciana Pinto Vernâncio. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 27-29

¹³⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 194

¹³⁹ *Idem.*

Após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, houve, em 1966, a redação do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, entrando em vigência em 1976 sob a influência de Nuremberg.

A intenção do pacto era dar materialidade à Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituindo a Carta Internacional de Direitos Humanos.

Destaca-se, do Pacto, o artigo sétimo que proíbe a submissão de pessoas a experiências médicas ou científicas, em razão das exposições do terror cometido pelo Estado Alemão na Segunda Guerra Mundial e uso de judeus, de forma forçada, nas pesquisas da ciência nazista.

“Artigo 7: Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas¹⁴⁰”.

4.4. A convenção de Prevenção ao Crime de Genocídio – 1948

Em 9 de dezembro de 1948, foi aprovada a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de forma que o tipo penal “genocídio” era entendido como:

“Artigo 2º: Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo¹⁴¹”.

O conceito de genocídio, originalmente cunhado por Lemkin, era definido como a destruição de uma nação ou de um grupo étnico, significando um plano coordenado que pretendesse a destruição das fundações essenciais na vida de uma nação, com o objetivo de aniquilar os grupos¹⁴².

¹⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. 1966. Disponível em <https://www.oas.org/>. <Acesso em 07/05/2023>

¹⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Resolução 96 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948. Entrada em Vigor em 12 de janeiro de 1951.

¹⁴² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 101.

De acordo com Japiassú, o

“genocídio pode ser entendido, genericamente, como a morte, a destruição ou o extermínio de grupos humanos ou de membros de um grupo e define série de condutas que podem ser cometidas com a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, racial, étnico ou religioso”¹⁴³.

Sendo assim, a Convenção para Repressão do Crime de Genocídio de 1948 e os conceitos de Lemkin e Japiassú dão um passo à mais ao Estatuto do Tribunal de Nuremberg – que inseriu o “genocídio” como mera espécie de crime contra a humanidade – quando não vinculam a ocorrência do ato criminoso de genocídio ao estado de guerra.

Portanto, o Tribunal de Nuremberg inicia a definição do genocídio como espécie de crime contra a humanidade e, a partir disso, o conceito é aprofundado e bem delimitado, gerando, ainda, discussões acerca da limitação dos sujeitos passivos do tipo penal – os grupos protegidos.

4.5. O Estatuto de Roma – Tribunal Penal Internacional

A mudança paradigmática proposta pelo Tribunal de Nuremberg com a possibilidade de responsabilização dos indivíduos pelas atrocidades e a flexibilização do princípio da soberania, foi ponto chave para o surgimento de outros tribunais.

Além do Tribunal de Tóquio, outros tribunais internacionais surgiram, tal qual o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em 1993 e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, em 1994, ambos, também, em caráter *ad hoc* e visando punir os crimes de genocídio e contra a humanidade.

Compreende-se que o Tribunal de Nuremberg foi um passo necessário, apesar de controverso, para a internacionalização do direito penal, até resultar em um Tribunal Penal Internacional permanente pelo Estatuto de Roma.

¹⁴³ *Idem.* p. 125.

O Estatuto de Roma, composto por 128 artigos, é o instrumento legal que dispõe a competência e o funcionamento do Tribunal Penal Internacional estabelecendo os princípios, a composição, a administração, os procedimentos, julgamentos, penas, recursos, execução de pena e financiamento. O Estatuto, em muitos aspectos, se utiliza dos legados do Tribunal de Nuremberg, seja no que diz respeito às tipificações e objetivos, seja quanto a experiência.

Assim, diferente dos demais tribunais internacionais, o Tribunal Penal Internacional surge de forma “legítima”, isso é, não sendo criado para situações de exceções, mas sim para ser permanente, como são criados os tribunais internos. Vem, então, para romper com a tradição, até então, dos Tribunais internacionais de infringirem o princípio da legalidade.

Como citado anteriormente, a ideia da criação de um Tribunal Penal na esfera internacional com caráter permanente era ventilada desde a Primeira Guerra Mundial, tendo sido esquecida após a Segunda Guerra Mundial em razão do Tribunal de Nuremberg. Todavia, ao fim da Guerra Fria, devido a imensa carga ideológica, as tendências nacionalistas dos países criados com o fim da Iugoslávia e o risco de surgimento de conflitos discriminatórios, trouxe de volta a discussão da criação de um tribunal permanente frente ao perigo de nova perturbação a paz mundial.

Logo, em 1998, foi submetido à Conferência Diplomática de Roma o projeto do Estatuto para a criação de uma corte penal internacional permanente¹⁴⁴.

O preâmbulo do Estatuto de Roma já se observa a ligeira preocupação em relação a multiplicidade de povos e nações existentes, mas, de forma destacada, marcando que todos “estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham”¹⁴⁵.

Outro aspecto é que o Estatuto de Roma prevê o caráter da “complementariedade”, isso é, estará legitimada a atuação do Tribunal Penal Internacional quando houver inércia dos

¹⁴⁴ SIQUEIRA, Martha Maria Guaraná Martins de. A flexibilização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2011. p. 92.

¹⁴⁵ ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Preâmbulo. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. <Acesso em 07/05/2023>

correspondentes nacionais, de forma que não se exclui a responsabilidade das jurisdições internas¹⁴⁶.

Após garantir que o Tribunal possui personalidade jurídica internacional, o Artigo 5º à 8º do Estatuto estabelece os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional permanente, sendo eles o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.

“Artigo 5º. Crimes de Competência do Tribunal.

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) o crime de genocídio;
- b) crimes contra a humanidade;
- c) crimes de guerra;
- d) crime de agressão”¹⁴⁷.

Sendo assim, o Estatuto traz normas de direito material e processual, além das regras de funcionamento interno do organismo.

Em regra, a condição prévia para o exercício da competência da Corte Penal Internacional é o crime ter sido realizado em espaço territorial de um dos Estados Partes ou um de seus nacionais.

Todavia, importa ressaltar a competência *ratione temporis*, prevista no Artigo 11 do Estatuto, que estabelece que, em regra, o Tribunal terá competência para os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto. Assim, para aquelas situações em que o crime foi cometido antes do Estado ser signatário do Estatuto do Roma, o Tribunal só poderá exercer sua competência sobre o crime cometido se houver a declaração prevista no artigo 12, parágrafo 3:

“Artigo 12. Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceitado

¹⁴⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 223.

¹⁴⁷ ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. <Acesso em 07/05/2023>

a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX”¹⁴⁸.

Vale a pena trazer à baila o caráter preventivo do Tribunal Penal Internacional. Isso é, além do caráter retributivo ao dar resposta a um delito internacional realizado, o Tribunal surge para rememorar à possíveis infratores que não há mais possibilidade de se esconder atrás do princípio da soberania e que o crime será julgado. Isso se manifesta no artigo 29 do Estatuto, o qual prevê a imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal.

Por fim, importar também tecer comentários acerca das penas listadas no Estatuto, no Artigo 77. No Tribunal as penas aplicáveis correspondem a a) pena de prisão por um número determinado de anos, até o limite máximo de 30 anos; ou b) pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. Além disso, são previstas multas e perdas de produtos, bens e haveres provenientes, de forma direta ou indireta, do delito¹⁴⁹.

Nesse ponto, relembremos que o Brasil é signatário do Estatuto de Roma e, ao mesmo tempo, a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, XLVII, b, veda a aplicação de penas de caráter perpétuo, de forma que há, nesse sentido, uma aparente antinomia. Todavia, na concepção de Japiassú, não há conflito entre as normas devido alguns argumentos:

“O primeiro deles, e talvez o de maior peso, foi o de que o elenco de direitos e garantias previsto pela Carta Constitucional brasileira é aplicado nas relações entre o Estado e o indivíduo em seu território. Sendo assim, a disposição de que veda a pena de prisão perpétua, presente no Artigo 5º, XLVII, b, da Constituição Federal, encontra-se direcionada ao legislador interno, tendo em vista os crimes domésticos, não cabendo restrições aos *legisladores* do direito internacional e, por essa razão, não sendo aplicável aos crimes cometidos contra este ramo do direito e reprimidos pelo Tribunal Penal Internacional. (...)”

Em outro argumento, sustentou-se a ideia da prevalência dos princípios em relação às regras constitucionais. Neste contexto, apontou-se que a Constituição Federal, em seu Artigo 1º, III, estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Ademais, o Artigo 4º, II, da Carta Constitucional prevê que a República Federativa Brasileira reger-se-á, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos. Ainda, no Ato das Disposições Constitucionais

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Idem.* “1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem, 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar: a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual; b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.”

Transitória (ADCT), consta a norma do Artigo 7º, de acordo com a qual o Brasil propugnará pela criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Considerando que os objetivos do TPI traduzem a prevalência da proteção de tais direitos, afirma-se haver convergência entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma, no que diz respeito aos princípios relativos aos direitos humanos”¹⁵⁰.

Superada tal questão, ao fim, importa analisar o Princípio da Legalidade e sua relação com o Tribunal Penal Internacional permanente. No primeiro momento, em comparação aos Tribunais internacionais vistos até então, o Tribunal Penal Internacional inicia em vantagem por não ser um tribunal de exceção, aparentando respeitar a legalidade.

4.5.1. O princípio da legalidade e o Tribunal Penal Internacional Permanente

Em comparação ao direito brasileiro, o princípio da legalidade estabelece a inexistência de crime sem lei anterior que o defina, bem como inexistência de pena sem prévia cominação legal, no Artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988. Além disso, o inciso XLVI do mesmo dispositivo constitucional prevê a necessidade de individualização das penas.

Entretanto, em comparação ao Estatuto de Roma, há uma incompatibilidade. Isso é, uma violação dos princípios da legalidade e da individualização da pena no âmbito internacional.

O artigo 21 do Estatuto de Roma prevê o direito aplicável ao Tribunal, de forma que, na alínea “b” do parágrafo 1º, prevê que o Tribunal aplicará, em segundo lugar, os tratados e princípios e normas de direito internacional aplicáveis¹⁵¹.

Conforme ressaltado anteriormente, uma das fontes do Direito Internacional são, justamente, os costumes, sendo que esses são contrários ao princípio da legalidade, havendo uma aparente contradição.

¹⁵⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 226.

¹⁵¹ ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. <Acesso em 07/05/2023>. “Artigo 21 Direito Aplicável. 1. O Tribunal aplicará: a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual; b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados”

Sendo assim, inutilizado é o artigo 22 e 23 do Estatuto o qual preveem, como princípios gerais do Direito Penal, o *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine lege*, quando permitem que, em um julgamento pelo Tribunal, o costume seja utilizado como fonte.

Além disso, no artigo 28 do Estatuto, a existência da figura de responsabilidade objetiva confronta o princípio da culpabilidade, intimamente relacionado com o princípio da legalidade. De acordo com o Estatuto

“Artigo 28. Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos. Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes de competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

- i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
- ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

- a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
- b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos;
- c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.”¹⁵²

É possível analisar no texto do artigo a ausência de determinação material do elemento da tipicidade quando, por exemplo, traz os trechos “não tenha adotado todas as medidas necessárias” ou “não levou em consideração” e, também, a expressão “deveria saber”. Demonstra uma incerteza que viola um dos efeitos do princípio da legalidade que é a lei penal certa.

¹⁵² ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. <Acesso em 07/05/2023>.

Sendo assim, apesar do avanço em relação à legalidade, o Tribunal Penal Internacional Permanente ainda – talvez pelo caráter internacionalista do Direito Penal Internacional – demonstra conflitos com a reserva legal.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, devido ao viés garantista em relação ao Direito Penal e, em comparação ao Direito Penal Internacional, mais penalista do que internacionalista, o princípio da legalidade foi apresentado como um dos principais elementos na evolução do direito dos delitos, da democracia por si só e da defesa do indivíduo.

Nesse sentido, a análise que se iniciou no aspecto interno, da evolução do princípio da legalidade na relação entre cidadãos e Estado, por meio da análise histórica com o progresso, encontra, no iluminismo, o seu auge e autores como Beccaria. A evolução da democracia e dos direitos humanos, no aspecto jurídico criminal, passa pela histórica evolução da Reserva Legal.

Portanto, o que se pode concluir é que, no direito interno, a legalidade surge como um princípio quase que intocável nas sociedades democráticas. Há um esforço histórico na defesa do indivíduo em face da arbitrariedade Estatal, no poder do uso da força, em razão do contratualismo, para que a legalidade seja sempre respeitada. E isso envolve a necessidade de lei prévia, certa, estrita e escrita, com ambos os preceitos da norma penal bem delimitados, mas, também, sem a possibilidade da criação de um tribunal de exceção.

Entretanto, apesar de estar bem consolidado no direito nacional, o princípio da legalidade sofre algumas flexibilizações quando se analisa o Direito Penal Internacional. Conforme explicado, o Direito Internacional Público tem como uma de suas principais fontes o “costume” que, por sua vez, é heterogêneo ao princípio da legalidade.

Por ser um ramo que envolve dois outros ramos do Direito – o Direito penal e o Direito internacional público –, o Direito Penal Internacional já nasce com uma contradição intrínseca. E aí cabe a reflexão do quanto uma contradição inerente pode ser capaz de imobilizar a justiça internacional.

Em um exercício de suposição, possivelmente a sociedade e as organizações internacionais chegariam, mais cedo ou mais tarde, na criação de um Tribunal Penal Internacional sem que houvesse as duas grandes guerras do Século XX. Todavia, o que importa é que as Guerras, de fato, aconteceram com níveis de atrocidades não vistos anteriormente.

A linha de pensamento de que medidas atípicas necessitam de respostas atípicas, por si só, é questionável quando se pensa na aplicação de penas. A questão é que o Tribunal de Nuremberg vai além disso quando se cria um Tribunal com os vencedores da guerra.

Inegável que os responsáveis pelas atrocidades nazistas urgiam de responsabilização e aplicação de pena e, por não existirem, a nível internacional, tipos penais dos atos cometidos haveria, inevitavelmente, a violação ao princípio da legalidade. Mas, era necessário que fosse, ao menos, mitigado a flexibilização da Reserva Legal.

Ocorre que tal mitigação não ocorreu, tendo em vista que o Tribunal poderia ser composto por países neutros – mesmo que se questione a neutralidade de qualquer país frente aos atos do nazismo –, mas, ao menos, países que não estivessem diretamente incluídos nos conflitos.

Poderia ser mitigado, também, pela análise dos atos dos vencedores da Guerra, tendo em vista que a explosão por bomba atômica de um país rendido também configura, ao mínimo, um delito contra a humanidade.

Portanto, não se discute, em todo o trabalho, a necessidade de julgamento do Eixo, mas, sim, a forma em que foi realizado. Não há como fazer, também, um revisionismo do que foi realizado, porque, em 2023, apesar de ainda ser revoltante o holocausto judeu, ao fim da guerra e com a exposição dos atos, o sentimento de necessidade de justiça era bem mais latente.

O que se pode pontuar é a necessidade de evolução do Direito Penal Internacional, que já ocorreu com a criação do Tribunal Penal Internacional permanente, um dos legados de Nuremberg.

Ao fim, há de se ter em mente que o estágio atual não é o esgotamento do ramo do Direito Penal Internacional, havendo, ainda, necessidade de evoluções tendo em vista os movimentos nacionalistas no século XXI e, também, a internacionalização das demandas com os avanços tecnológicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMBOS, Kai. Estudos de Direito Penal e Processo Penal: Aspectos do Direito Alemão comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

ARENDRT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BACHVAROVA, Elitza. O Tribunal de Nuremberg como um Ícone da Justiça de Transição: Aspectos Históricos da Responsabilização Política do Quadro Ideológico dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro. 2013.

BASSIOUNI, M. Cherif. Derecho Penal Internacional: Proyecto de código penal internacional. Madrid: Tecnos. 1984.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. A Justiça Penal Internacional: Sua Evolução, seu Futuro: de Nuremberg a Haia. 1ª Edição. Tradução: Luciana Pinto Vernâncio. Barueri, SP: Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Claudio. Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra. Almedina, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XXXVII.

CANONNE, G. Essai de Droit Pénal International. Paris: Recueil Sirey, 1929.

EHRENFREUND, Norbert. The Nuremberg Legacy: How the Nazi War Crimes Trial Changed the Course of History. 1ª Edição. ed. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2007.

FEITOSA, Renato Almeida. A relativização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional. Recife: O autor, 2013.

GALINDO, Cleusy A. “Nazismo alemão e as leis de Nuremberg: sentimento de poder ou ódio?”. Universidade de Buenos Aires. Buenos Aires, 2014.

GLASER, Stefan. Introduction a l'Étude du Droit International Penal. Paris: Recueil Sirey, 1959.

GODINHO, Thiago José Zanini. Elementos de Direito Internacional Público e Privado. 2010. São Paulo: Atlas.

GONÇALVES, Joanisval Brito. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional. 2ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Renovar.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica. Lisboa: Almedina, 2008.

GROTIUS. O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis). São Paulo: Travessa, 2005. 2ª ed. Prolegomena.

HOBBSBAWM, Eric J. Era dos extremos: o breve século xx: 1914 – 1991. 2ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLT, James Clarke. Magna Carta. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Direito Internacional Penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito Penal Internacional. Carlos Eduardo Adriano Japiassú – 1.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 12. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIR, CERESO. Derecho Penal: Parte General. Montevideo: B de f, 2008.

MONTESQUIEU. The Spirit of the Laws. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Luiz Felipe Gondin. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: Análise histórica e legado jurídico. ed. O autor. Florianópolis: 2009.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Madrid: Civitas, 1999.

ROXIN, Claus. La Teoría del delito en la discusión actual. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijey, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SCHMITT, Carl. *The Nomos of the Earth: in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Nova Iorque: Telos Press Publishing, 2003.

SIQUEIRA, Martha Maria Guaraná Martins de. *A flexibilização do princípio da legalidade no tribunal penal internacional*. Recife: O autor, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal: volume único / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú*. São Paulo: Atlas, 2018.

VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal: Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Editora Ediar, 2011.