



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

VINÍCIUS CARDOSO SANTOS

**A ATIVAÇÃO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)
SOBRE CRIMES DE AGRESSÃO: HISTÓRICO E DESAFIOS**

BRASÍLIA
2019

VINÍCIUS CARDOSO SANTOS

**A ATIVAÇÃO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)
SOBRE CRIMES DE AGRESSÃO: HISTÓRICO E DESAFIOS**

BRASÍLIA
2019

VINÍCIUS CARDOSO SANTOS

**A ATIVAÇÃO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)
SOBRE CRIMES DE AGRESSÃO: HISTÓRICO E DESAFIOS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB) como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Brasília, 27 de junho de 2019.

Banca examinadora

Professor Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão (Orientador)

Professor Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues

Professor Dr. George Bandeira Galindo

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todo o Seu amor, graça e misericórdia.

Aos meus pais, Odantes e Marinalda, por seu amor infinito, por encherem a minha vida de alegria e por terem me dado o dom da vida. Não existem palavras capazes de demonstrar a gratidão que sinto pelo privilégio de tê-los como pais.

À minha irmã, Lúcia, pelo companheirismo e amor.

À companheira e amiga que a vida me deu, Laís Freitas, pelo amor e empatia diários.

Às minhas tias e aos meus tios por todo apoio e suporte, em especial minhas tias Iêda, Fátima e Heleni e meus tios Jamil e Harold.

Aos meus avós, por todo apoio e carinho, em especial ao meu avô Pedro, por suas palavras de incentivo.

Aos amigos da Universidade de Brasília, pelas experiências compartilhadas ao longo desses anos de graduação, em especial, Thaliny Castro, Helena Rosal, Jennyffer Layla, Renata Teixeira, Maria Léo Araruna, Iago Tannus, Carlos Roberto e Lucas Lino.

Ao meu orientador, Professor Eugênio Aragão, pela paciência e competência dedicadas à elaboração deste trabalho, além da inspiração por sua atuação que ultrapassa os “muros” da Universidade de Brasília.

Aos Professores Paulo Villela e George Galindo, pela disponibilidade na participação da Banca de Monografia e pelo estímulo gerado por suas produções acadêmicas.

À Universidade de Brasília, sua Faculdade de Direito, seus docentes e servidores.

Por fim, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização desse sonho.

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”

(Ingo Sarlet)

RESUMO

Desde o dia 17 de julho de 2018, o Tribunal Penal Internacional (TPI) pode julgar não somente crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, mas também crimes de agressão. O presente trabalho analisa o significado, para o direito internacional penal, da ativação da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão. Nesse sentido, estudou-se o histórico dos esforços dos Estados no sentido de limitar, formalmente, o direito do uso da força – desde as Convenções de Haia das Leis e dos Costumes da Guerra em Terra até a tipificação do crime de agressão, em 2010, na Conferência de Revisão de Kampala. Ademais, demonstrou-se os desafios postos à frente a fim de que a ativação da jurisdição do TPI sobre crimes de agressão permita, de fato, um avanço para a paz e a segurança internacionais. O método empregado para a confecção deste trabalho foi uma revisão bibliográfica sobre a atuação desse Tribunal, em especial no que se relaciona à tipificação do crime de agressão e ao exercício da jurisdição do Tribunal sobre esse crime, bem como uma análise da legislação conexa ao tema.

Palavras-chave: direito internacional penal; Tribunal Penal Internacional; crime de agressão.

ABSTRACT

Since July 17, 2018, the International Criminal Court (ICC) has been able to judge not only crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes, but also crimes of aggression. This paper analyzes the meaning, for international criminal law, of the activation of the jurisdiction of the ICC on the crime of aggression. In this sense, the history of the efforts of the States to formally limit the use of force –from the Hague Conventions on the Laws and Customs of War on Land to the criminalization of the crime of aggression in 2010 at the Kampala Review Conference– have been studied. In addition, the challenges ahead have been demonstrated so that the activation of the ICC's jurisdiction over crimes of aggression will in fact allow a step forward for international peace and security. The method used for the preparation of this work was a bibliographical review of the ICC's performance, especially in relation to the classification of the crime of aggression and the exercise of the jurisdiction of the Court on this crime, as well as an analysis of legislation related to the subject.

Key-words: international criminal law; International Criminal Court; crime of aggression.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

Carta – Carta das Nações Unidas

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CSNU, Conselho – Conselho de Segurança das Nações Unidas

Estatuto – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

IMTFE, Tribunal de Tóquio – Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

ONU – Organização das Nações Unidas

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte

OTSC – Organização do Tratado de Segurança Coletiva

TPI, Tribunal, ICC, Court – Tribunal Penal Internacional

TPII – Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O HISTÓRICO DA DEFINIÇÃO DO CRIME DE AGRESSÃO	13
1.1. As Convenções de Haia das Leis e dos Costumes da Guerra em Terra	13
1.2. A Primeira Guerra Mundial.....	14
1.3. A Conferência de Paz de Paris	14
1.4. O Tratado de Versalhes	15
1.5. As Convenções da Liga das Nações	16
1.6. O Tratado de Kellogg-Briand.....	19
1.7. O Significado dos Esforços Pós-Primeira Guerra Mundial.....	19
1.8. A Carta das Nações Unidas	22
2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	23
2.1. Normas e Instituições Internacionais.....	23
2.2. O Tribunal de Nuremberg.....	24
2.3. O Tribunal de Tóquio	26
2.4. Os Tribunais <i>ad hoc</i> de Iugoslávia e de Ruanda	27
2.5. O Estatuto de Roma.....	28
2.6. Os Crimes	29
2.6.1. O Crime de Genocídio.....	30
2.6.2. Os Crimes Contra a Humanidade	31
2.6.3. Os Crimes de Guerra	32
2.6.4. Os Crimes de Agressão.....	35
2.6.4.1. A Conferência de Revisão em Kampala.....	35
2.6.4.2. A Definição do Crime de Agressão.....	36
2.6.4.3. O Planejamento, a Preparação, a Iniciação e a Execução do Crime de Agressão.....	39
2.6.4.4. A Responsabilidade Criminal Individual	41
2.6.4.5. Os Atos de Agressão.....	43
2.6.4.6. O Conselho de Segurança das Nações Unidas	45
3. OS DESAFIOS À FRENTE.....	49
3.1. A Sociedade Internacional.....	49
3.2. As Limitações na Jurisdição do TPI sobre o Crime de Agressão.....	50
3.3. O Conselho de Segurança das Nações Unidas	51

3.4. Os Estados Unidos da América e o TPI	53
3.5. Seletividade no Sistema Penal Internacional.....	54
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O dia 17 de julho de 2018 marcou o aniversário de 20 anos da criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) e a extensão do seu paradigma: a partir daquela data, crimes de agressão também se encontram sob a jurisdição do Tribunal. É o fechamento de um ciclo que começou em Nuremberg, na tentativa de que aqueles que promovam a guerra e o extermínio não escapem impunes. Trata-se, portanto, de tema atual e, por estar diretamente relacionado à consecução da paz e da segurança mundiais, capaz de fascinar até os mais céticos estudantes de Direito de Internacional.

A pergunta principal que aqui se faz é: qual o significado, para o direito internacional penal, da ativação da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão? Assim sendo, com este trabalho, pretende-se, sob o ponto de vista acadêmico, o aprofundamento na literatura sobre o tema e a análise de aspectos do crime de agressão e em torno dele – como o processo de negociação que levou, em Kampala, à sua definição, as condições para o exercício da jurisdição do Tribunal, e a relação entre o TPI e o Conselho de Segurança das Nações Unidas. Desse modo, visa-se a incitar a discussão sobre a promoção da paz por meio da justiça criminal e a produzir material acadêmico relevante quanto à temática, sobretudo em língua portuguesa.

Nesse sentido, o presente estudo analisa a atuação do TPI, em especial no que se relaciona à tipificação do crime de agressão – cuja definição encontrada no Art. 8 *bis* do Estatuto de Roma serve de referencial conceitual para este trabalho – e ao exercício da jurisdição do Tribunal sobre esse crime. A fim de se alcançar o objetivo apresentado, recorreu-se à pesquisa bibliográfica – realizando uma leitura seletiva e analítica sobretudo de livros e, por vezes, de artigos acadêmicos com abordagem pertinente ao tema – e à análise de fontes legislativas, sobretudo o Estatuto de Roma do TPI, as Emendas de Kampala e a Carta das Nações Unidas.

Reconhece-se, de antemão, a dificuldade em se traduzir, de modo estritamente técnico, textos, sobretudo jurídicos, da língua inglesa para a língua portuguesa. Todavia, considerando a relevância da bibliografia em língua inglesa para o tema desenvolvido, dispendeu-se, com esmero, esse esforço. Nas citações indiretas, o empenho em traduzir confunde-se com a dedicação em interpretar os argumentos dos autores e dispô-los em palavras próprias – com vistas, constantemente, a conservar o sentido original. Nas citações diretas, optou-se, em consideração ao leitor, por, no texto corrido, dispor o excerto traduzido para a língua portuguesa e, nas notas de rodapé, a versão original. Assim, em caso de dúvidas sobre a precisão dos termos, o leitor – que, aqui, torna-se leitor-autor – pode comparar as versões. Todavia, quando

se faz referência, nas notas de rodapé, a textos legais, optou-se por transcrevê-los no idioma original, minando dúvidas sobre o seu conteúdo e não prejudicando o aspecto estrutural do texto.

Inicialmente, analisou-se o histórico dos esforços dos Estados no sentido de limitar, formalmente, o direito de valerem-se, um contra o outro, do uso da força – desde as Convenções de Haia das Leis e dos Costumes da Guerra em Terra, de 1899 e de 1907, até a concretização de um Tribunal Penal Internacional, perpassando o Tratado de Versalhes, as Convenções da Liga das Nações e a a Carta das Nações Unidas.

Posteriormente, discorreu-se sobre a negociação do Estatuto de Roma e a emergência do TPI, bem como sobre os tribunais *ad hoc* anteriores que precederam – e, de todo modo, permitiram – a constituição de um tribunal penal internacional permanente. Ademais, tratou-se dos crimes tipificados no Estatuto e a mudança do seu paradigma, em 2010, com a Conferência de Revisão de Kampala.

Por fim, discutiu-se, de forma crítica, os desafios que a ativação da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão impõe à sociedade internacional e as limitações dessa jurisdição, a fim de se obter, de fato, um avanço para a paz e a segurança internacionais. Afinal, o caminho a seguir – em busca de um mundo com menos injustiça e impunidade – está apenas iniciado.

1. O HISTÓRICO DA DEFINIÇÃO DO CRIME DE AGRESSÃO

1.1. As Convenções de Haia das Leis e dos Costumes da Guerra em Terra

É certo que “o passado cerca o presente do direito internacional de diferentes maneiras” (GALINDO, 2015, p. 341). Com isso em mente, nota-se que os esforços no sentido de limitar a violência entre os Estados por meio de instrumentos legais têm uma longa história – a qual pode ter sua origem remontada aos tratados de arbitragem do final do século XIX e início do século XX, perpassando o Pacto de Paris e o Pacto da Liga das Nações após a Primeira Guerra Mundial e culminando na Carta das Nações Unidas. Percebe-se, assim, que os Estados, por diversas vezes, empreenderam tratativas no sentido de limitar, formalmente, seus direitos legais de valerem-se, um contra o outro, do uso da força (WEISBURD, 1997).

Em 1899, aconteceu, em Haia, a pedido do Czar Nicholas II, uma conferência envolvendo 26 países, os quais se reuniram com vistas a resolver os problemas decorrentes do acúmulo de armas naquela época. Embora a conferência não tenha obtido sucesso no que se relaciona à limitação de armas, três convenções foram adotadas com relação à solução pacífica de controvérsias, às leis e costumes da guerra em terra, e à guerra no mar (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Em 1907, uma segunda conferência de paz aconteceu, também em Haia. Na ocasião, em que quarenta e quatro países enviaram delegados, iniciou-se a construção do Palácio da Paz, e a conferência concluiu com a adoção de treze convenções – incluindo a Convenção das Leis e dos Costumes da Guerra em Terra (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Nesse sentido, nota-se que:

As duas Convenções de Haia das Leis e dos Costumes de Guerra em Terra, de 1899 e 1907, continham numerosas disposições para proibir ações como o bombardeamento de cidades incapazes de se defender, o uso de veneno e outras armas causando ferimentos, o uso indevido de uma bandeira de trégua, a destruição de propriedade inimiga, o abuso de autoridade sobre civis inimigos por um exército ocupante, os maus-tratos de prisioneiros de guerra e ataques a soldados que haviam largado suas armas. (WILLIS, 1982, p. 5, tradução nossa)¹

Portanto, esses encontros – ao produzirem inúmeros acordos sobre leis e regulações para fazer a guerra e ao humanizarem a condução da guerra por meio de leis de guerra – marcaram

¹ Na versão original, lê-se: “The two Hague Conventions on the Laws and Customs of War on Land of 1899 as 1907 contained numerous provisions to forbid actions such as the bombardment of undefended towns, the use of poison and other weapons causing superfluous injuries, the improper use of a flag of truce, the destruction of enemy property, the abuse of authority over enemy civilians by an occupying army, the mistreatment of prisoners of war, and attacks on soldiers who had laid down their arms.”

uma mudança de sentido nos esforços para trazer a guerra ao espaço instituído da lei internacional. Desse modo, influenciou-se, pelo menos em alguma medida, os Estados a preferirem, ao resolverem diferenças, os meios jurídicos ao uso da força.

1.2. A Primeira Guerra Mundial

Não obstante, em agosto de 1914, a guerra eclodiu na Europa e foi impiedosamente levada a cabo – violando, flagrantemente, as conferências de Haia.

Segundo WILLIS (1982), a guerra causou desilusão e, ao mesmo tempo, inspirou a determinação de salvar a humanidade de outras atrocidades. Ou seja, o reconhecimento da amarga selvageria e do monstruoso abate que caracterizaram a Primeira Guerra Mundial levou à reflexão de que alguma responsabilidade criminal deve ser imposta por atos de guerra. Estabeleceu-se, nesse sentido, a Comissão de Responsabilidade dos Autores da Guerra e de Executoriedade das Penalidades com vistas a estudar as questões que originaram a guerra e as respectivas culpabilidades, e à constituição de um alto tribunal internacional para o julgamento de todos aqueles acusados de ofensas às leis e aos costumes de guerra e ao direito humanitário (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Os membros da Comissão de Responsabilidade propuseram não apenas a configuração de um tribunal internacional e numerosas outras inovações a fim de punir seus inimigos, mas também recomendaram esforços futuros a fim de providenciar responsabilidade penal individual pelo crime de agressão (WILLIS, 1982).

Após a abertura dos trabalhos da Comissão, as tarefas foram divididas entre três subcomitês. É relevante ressaltar que o segundo subcomitê levantou as consequências legais da culpa pela guerra, considerando se iniciar uma guerra de agressão era um crime internacional e se a liderança de uma nação poderia ser considerada, pessoalmente, culpada. Concluiu-se, todavia, que, em razão do caráter puramente opcional das instituições em Haia para a manutenção da paz, uma guerra de agressão não pode ser considerada um ato diretamente contrário à lei positiva (WILLIS, 1982).

1.3. A Conferência de Paz de Paris

Esforços no sentido de promover punição aos crimes de guerra tropeçaram na Conferência de Paz de Paris, em 1919. Ficou evidenciada a dificuldade de se traduzir política

em leis, sobretudo por conta da importância, no cenário internacional, da unanimidade. (WILLIS, 1982).

Na Conferência de Paz de Paris, os governantes se preocuparam, sobretudo, com as atrocidades dos países búlgaros (isto é, Iugoslávia, Romênia e Grécia), mas procurando maneiras de escaparem da responsabilidade de realizar julgamentos de crimes de guerra (WILLIS, 1982).

Nesse sentido, a conferência simbolizou um marco divisório, mas danificado em sua origem, na história da punição de crimes de guerra – não encorajando esperanças de conquistas práticas

1.4. O Tratado de Versalhes

O Tratado de Versalhes (1919), por seu turno, simbolizou o ponto de partida para uma subsequente reformulação do sistema internacional. Afinal, pela primeira vez, um importante tratado internacional de paz estabeleceu, como princípio de direito internacional, que a punição por crimes de guerra era um desenlace apropriado a fim de se alcançar, de fato, a paz. Isto é, o término da guerra não implicava em, como uma consequência natural, uma anistia geral (WILLIS, 1982).

Nesse sentido, o Tratado de Versalhes marcou a historiografia do século XX – e, até hoje, as razões para o colapso final desse tratado de paz permanecem contestadas. Por um lado, alguns analistas acreditam que ele contribuiu para a eclosão da Segunda Guerra Mundial, o que reflete dois temas principais: primeiro, que o Tratado de Versalhes reduziu as chances da Alemanha melhorar sua situação social, econômica, financeira e política e, segundo, que o revisionismo alemão enfraqueceu o sistema europeu do pós-guerra. Consequentemente, o tratado mostrou-se impraticável e, finalmente, falhou. Por outro lado, pesquisas recentes têm ressaltado os sucessos do pacto de paz alemão, o qual foi capaz de assegurar, entre 1924 e 1931, um período de relativa estabilidade. Segundo essa perspectiva, o acordo de paz e suas revisões posteriores representaram o arranjo mais estável que poderia ter emergido do processo de busca pela pacificação naquele momento (BOEMEKE, FELDMAN e GLASER, 1998). Assim, embora ainda divididos, pesquisadores tendem a ver o Tratado de Versalhes como o melhor compromisso possível que os negociadores poderiam obter nas circunstâncias existentes.

Após dificultosas negociações, o Tratado de Versalhes previu um “tribunal especial” que julgaria o imperador da Alemanha, William II, por ofensas contra a moral internacional e

a inviolabilidade dos tratados. Todavia, o julgamento nunca ocorreu e todo o esforço foi considerado um fiasco (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Observa-se, portanto, que a ideia de estabelecer um tribunal internacional com o objetivo de julgar líderes nacionais e demais indivíduos acusados de violar o direito internacional chamou a atenção dos governantes durante a Primeira Guerra Mundial. A catástrofe da guerra demandava novas soluções para o problema de se alcançar um mundo mais pacífico. Certamente, um dos fatores mais importantes para o estímulo da ideia de punição internacional por crimes de guerra foi o sonho de acabar, para sempre, com a guerra e suas consequências cruéis (WILLIS, 1982).

Durante aquele período, o estabelecimento de um tribunal penal internacional encontrava três obstáculos principais: primeiro, a questão onipresente da soberania; em segundo lugar, os críticos apontaram para a ausência de lei positivando as violações das quais os potenciais réus poderiam ser acusados; por fim, nem todos concordaram que um tribunal penal internacional poderia impedir a guerra (SEWALL e KAYSEN, 2000). Todavia:

Como as pessoas esqueceram o choque e o horror dos crimes de guerra da Primeira Guerra Mundial nos anos que se seguiram ao retorno à paz, os novos líderes mostraram-se ainda menos dispostos do que aqueles em Paris a considerar tal reforma. Muitas conferências internacionais tentaram revisar e fortalecer as leis de guerra. [...] No entanto, vários dos tratados para levar a conduta da guerra sob o império da lei não foram ratificados quando suas preocupações humanitárias pareceram interferir em possíveis vantagens militares. (WILLIS, 1982, p. 165, tradução nossa)²

De todo modo, não obstante os atos culposos pelos quais os homens poderiam ser considerados pessoalmente responsáveis não incluíam o início de uma guerra agressiva, as cláusulas de penalidades do Tratado de Versalhes constituíram uma clara evidência de mudanças nas atitudes morais, políticas e legais em relação à violência internacional.

1.5. As Convenções da Liga das Nações

Durante a década de 1920, a discussão a respeito de uma jurisdição criminal internacional ocorreu em debates da Liga das Nações e em negociações governamentais – mas também em encontros de organizações privadas voltadas ao estudo do direito internacional,

² Na versão original, lê-se: “As people forgot the shock and horror of the war crimes of the First World War in the years following the return to peace, new leaders proved even less willing than those at Paris to consider such a reform. Many international conferences did attempt to revise and strengthen the laws of people during the war. [...] Yet several of the treaties to bring the conduct of war under the rule of law went unratified when their humanitarian concerns appeared likely to interfere with possible military advantage.”

como a *Association internationale de droit pénale*, nas quais se rascunhou estatutos para um tribunal penal internacional. A figura governamental mais proeminente daquela organização era Nicolas Politis, o embaixador da Grécia na França, para o qual a agressão era o grande mal a ser combatido, uma vez que é a partir dele que os outros crimes se seguem. Ele viu os esforços da Liga das Nações para conceber uma definição de agressão como um passo promissor e fez significantes contribuições a esse trabalho (WILLIS, 1982).

Nota-se que o propósito desses esforços para definir a agressão não era com vistas a, pelo menos não diretamente, estabelecer um código criminal internacional, mas para fortalecer a segurança coletiva, preenchendo as chamadas lacunas no Pacto da Liga das Nações. Os fundadores da Liga esperavam que a segurança coletiva, visto como um método internacional para preservar a paz e proteger nações da agressão, substituiria meios tradicionais pelos quais os Estados buscavam garantir a segurança, tal como a formação de alianças militares e a busca pelo equilíbrio da balança de poder. Todavia, ao desenharem a Convenção, eles não resolveram muitas questões envolvendo o funcionamento da segurança coletiva e não se aventuraram, por exemplo, a definir agressão (WILLIS, 1982).

Tornou-se claro que conceber uma definição de agressão aceitável para governos e povos diversos e com necessidades muito variáveis era uma tarefa complexa, e que uma definição não poderia ser desenvolvida isoladamente de outros assuntos, como a arbitragem e o desarmamento. A definição de agressão como simplesmente sendo o primeiro ataque militar além de uma fronteira internacional não era capaz de abarcar todas as possíveis maneiras por meio das quais a integridade territorial e a independência política de uma nação pode ser ameaçada (WILLIS, 1982).

O esforço mais abrangente da Liga para resolver essas questões foi o Protocolo para a Solução Pacífica de Disputas Internacionais, aprovado por unanimidade, em 1924, pela Assembleia da Liga. Esse acordo, cujo preâmbulo definia a guerra de agressão como um crime internacional, avançou uma fórmula relativamente simples:

Qualquer estado que preferisse entrar em guerra a aceitar a arbitragem compulsória de uma disputa seria considerado um agressor contra o qual os membros da Liga seriam obrigados a impor sanções, a menos que o Conselho determinasse que a redução de armamentos fornecesse uma margem de segurança suficiente para as nações assumirem essas obrigações (WILLIS, 1982, p. 169, tradução nossa)³.

³ Na versão original, lê-se: “Any state that went to war rather than accept compulsory arbitration of a dispute would be considered an aggressor against whom members of the League would be required to impose sanctions, unless

Todavia, logo depois, o novo governo conservador britânico colocou em dúvida a aplicabilidade do Protocolo e rejeitou o plano, efetivamente assassinando qualquer chance de sua adoção. Aponta-se que, nas negociações patrocinadas pela Liga, outros esforços para definir a agressão – incluindo uma lista detalhada de atos agressivos que um comitê liderado por Politis pediu na Conferência Mundial de Desarmamento – também não conseguiram a devida aceitação. Diversas convenções para a definição da agressão foram assinadas pela União Soviética e pelos governos do Leste Europeu e do Oriente Próximo em 1933, mas esses pactos regionais permaneceram ineficazes – até porque, posteriormente, alguns signatários, particularmente a União Soviética, os violaram flagrantemente (WILLIS, 1982).

A Assembleia da Liga das Nações preferiu, em 1925 e 1927, a adoção de resoluções denunciando a agressão como um crime internacional a persistir em tentar definir agressão. Naquele período, organizações governamentais e privadas adotaram postura semelhante. A Conferência Pan-Americana, reunida em Havana em 1928, por exemplo, afirmou que uma “guerra de agressão constitui um crime internacional contra a espécie humana”. Todavia, embora indicassem uma aversão moral à guerra, resultado da Grande Guerra, essas resoluções retóricas não foram capazes de gerar efeitos políticos ou legais imediatos sobre os conceitos de segurança coletiva ou criminalidade internacional (WILLIS, 1982).

Em 1934, o Conselho da Liga, em razão do medo do terrorismo e da repetição do atentado de Sarajevo, solicitou, por meio da criação de um comitê específico, estudos de meios para lidar com o terrorismo internacional. Como resultado, desenhou-se a Convenção para a Prevenção e a Punição do Terrorismo e a Convenção para a Criação de um Tribunal Penal Internacional – reconhecendo-se, desde então, que um sistema judicial permanente para lidar com todas as formas de violência internacional, incluindo a agressão, não era factível, mas que uma estrutura mínima para reprimir o terrorismo seria um primeiro passo em direção a uma larga reforma (WILLIS, 1982).

Essas Convenções realizaram:

Ataques contra funcionários governamentais e outras formas de terrorismo político internacional e vincularam todos os signatários a processar indivíduos acusados de tais atos ou extraditá-los para julgamento em outro lugar. Um tribunal penal internacional também deveria ser estabelecido para assumir jurisdição nos casos em

the Council determined that reduction in armaments provided a margin of security safe enough for nations to assume these obligations.”

que os governos sentiam a necessidade de um método alternativo de lidar com casos controversos (WILLIS, 1982, p. 171, tradução nossa)⁴.

Segundo WILLIS (1982), ambas convenções foram submetidas, em 1937, a uma conferência internacional, na qual os Estados participantes aprovaram-nas, mas houve muita oposição aos acordos. Ademais, críticos temiam que essas previsões poderiam ser usadas para reprimir revoluções contra tiranias ou para impedir asilo para dissidentes políticos e refugiados. No fim, poucos governos ratificaram-nas e o tribunal penal internacional proposto nunca se formou.

1.6. O Tratado de Kellogg-Briand

Os signatários, em agosto de 1928, do Pacto de Paz de Paris ou Tratado de Kellogg-Briand – o que inclui a maioria dos governos – prometeram renunciar à guerra como um instrumento de política nacional. Todavia, uma vez que o Tratado não continha nenhuma provisão para qualquer tipo de sanção ou execução e porque todos os signatários, explicitamente, reservaram o direito de legítima defesa (o qual permaneceu indefinido), não estava claro o significado de renúnciação. Alguns participantes do encontro da *Association internationale de droit pénale*, em 1934, argumentaram que o Pacto tinha criado uma “norma de direito penal internacional” cuja violação deve ser “considerada como um crime internacional”. Todavia, a maioria dos estudiosos não pensou a mesma coisa, já que os homens de Estado que assinaram o documento não indicaram essa intenção, sendo as dificuldades e perigos de tal esquema vistas como muito óbvias e difíceis de serem superadas. Na verdade, até a primeira metade de 1930, poucos oficiais prestaram, seriamente, atenção às propostas de um direito e de um tribunal penais internacionais (WILLIS, 1982).

1.7. O Significado dos Esforços Pós-Primeira Guerra Mundial

A ordem internacional estabelecida depois da Primeira Guerra Mundial passou por desafios crescentes a partir de 1930, sobretudo em razão da oposição ideológica aos valores democráticos e liberais que orientaram aquela ordem. Dessa maneira, os governos do Japão, da

⁴ Na versão original, lê-se: “Attacks against governmental officials and other forms of political terrorism international crimes and bound all signatories to prosecute individuals accused of such acts or to extradite them for trial elsewhere. An international criminal court was also to be established to assume jurisdiction in instances in which governments felt a need for an alternative method of handling controversial cases.”

Itália, da Alemanha e da União Soviética recorreram a ameaças e ao uso da força para alcançar os objetivos nacionais de maneira a desafiar a Liga das Nações e a violar o direito internacional (WILLIS, 1982).

É lamentável que os esforços dos países aliados em punir os crimes de guerra da Primeira Guerra Mundial não tenham sido bem sucedidos. Afinal, se os aliados tivessem, de fato, conduzido os julgamentos que prometeram fazer, criando alguma espécie de jurisdição penal internacional, isso teria gerado um senso de responsabilidade nos líderes mundiais e poderia, em alguma medida, ter contribuído para atenuar a barbárie da Segunda Guerra Mundial — uma vez que, neste conflito, quase todos os governos beligerantes adotaram estratégias militares que violaram, em algum grau, o direito internacional (WILLIS, 1982).

Portanto, é necessário notar as influências que os esforços para prover punição aos crimes de guerra após a Primeira Guerra Mundial tiveram nas decisões dos governos vitoriosos dos Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e França de colocar os derrotados líderes alemães e japoneses perante tribunais internacionais militares após o fim da Segunda Guerra Mundial, estabelecendo sólidos precedentes legais em direito internacional (WILLIS, 1982).

Aqueles preocupados em punir os crimes de guerra da Segunda Guerra Mundial buscaram, naquelas experiências anteriores, precedentes legais e lições históricas importantes. Os juristas internacionais e representantes governamentais que conduziram a Comissão das Nações Unidas em Crimes de Guerra, a qual colheu evidências de atrocidades e discutiu meio de punir os culpados, valeu-se, densamente, dos trabalhos da Comissão de Responsabilidade dos Autores da Guerra e de Executoriedade das Penalidades, estabelecida após a Primeira Guerra Mundial (WILLIS, 1982).

As Nações Unidas – quando da criação da Comissão, em 1943 – buscaram, sobretudo, evitar a falta de acordos e preparativos prévios, o que foi considerado um erro fundamental cometido pelos Aliados durante a Primeira Guerra Mundial. Destaca-se, nesse sentido, a posição dos oficiais norte-americanos, os quais:

Acreditavam que o fracasso anterior no avanço do direito penal internacional também havia sido um erro e que os Estados Unidos deveriam agora assumir a liderança dos julgamentos internacionais por crimes de guerra, especialmente para estabelecer, como uma dissuasão os futuros governantes, o princípio de que a agressão era um crime internacional. (WILLIS, 1982, p. 174, tradução nossa)⁵

⁵ Na versão original, lê-se: “Believed that the earlier failure to make much advance in international criminal law had also been a mistake and that the United States should now assume leadership of international war crimes trials, especially to establish as a deterrent to future rulers the principle that aggression was an international crime.”

Nesse sentido, a nova posição americana era a de que a agressão tinha se tornado um costumeiro, não-codificado crime de guerra – o que foi influenciado por uma progressiva cadeia de eventos, desde a aprovação de resoluções, pela Liga das Nações e outras organizações, denunciando a agressão como um crime internacional até a adoção do Tratado de Kellogg-Briand proibindo crimes de guerra. Assim sendo, o julgamento de criminosos de guerra alemães em Nuremberg e o de líderes japoneses em Tóquio após o fim da Segunda Guerra Mundial, detalhados neste trabalho no próximo capítulo, reviveu e trouxe à tona muitas ideias que apareceram, inicialmente, durante a Primeira Guerra Mundial (WILLIS, 1982).

Na imediata era pós Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas expressou aprovação dos princípios legais anunciados em Nuremberg e promoveu a Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Após um fracasso inicial na confecção de um Código de Ofensas à Paz e à Segurança da Humanidade e de um Estatuto para um tribunal penal internacional, a Assembleia Geral promoveu-os mais uma vez – aprovando, em 1974, o Consenso Definitivo de Agressão e, subsequentemente, renovando considerações de uma jurisdição penal internacional permanente (WILLIS, 1982).

Nesse sentido, é importante perceber que as grandes disputas do século XX foram seguidas de esperanças na superação de antigas rivalidades entre Estados e pessoas. Afinal: em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, vieram o Tratado de Versalhes e a Liga das Nações; em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo acolheu as Nações Unidas e os princípios da Carta do Atlântico (BOEMEKE, FELDMAN e GLASER, 1998).

Segundo WILLIS (1982), seja qual for, o significado duradouro do esforço em punir os criminosos de guerra da Primeira Guerra Mundial pode permanecer incerto. De qualquer modo, esse empenho marcou um novo desenho para a ordem mundial. Ademais, foi o prólogo de um desenvolvimento revolucionário no direito internacional – e, como outras revoluções, emergiu de influências e motivos variados, alguns nobres, outros nem tanto. Durante violentas agitações, é frequente o aspecto de mudança que desafia a ordem estabelecida. Concebido e implementado de forma imperfeita, marcado por políticas vingativas e conveniências diplomáticas, esse esforço representou o desejo de estabelecer uma comunidade internacional. Se o fracasso do esforço ilustra, em certa medida, a magnitude dos obstáculos para a criação de uma nova ordem mundial, a triste história das guerras e os crimes de guerra do século XX atestam a necessidade de sua realização.

1.8. A Carta das Nações Unidas

O artigo 2(4), da Carta das Nações Unidas⁶, constitui uma regra de referência no que diz respeito ao uso da força nas relações internacionais, devido à sua natureza de *jus cogens*. O uso da força deve ser uma medida de último recurso e precisa ser usada em conformidade com a Carta e outras fontes relevantes do direito internacional. Nesse sentido, violações a esse artigo devem acarretar consequências jurídicas por violarem normas peremptórias do direito internacional (SAYAPIN, 2014).

O artigo 2(4) da Carta ONU proíbe, de forma expressa, o uso da força: “Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”. É a consagração do princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais.

Nesse sentido, a Carta só permite aos Estados o uso unilateral da força nos seguintes casos:

(1) engajar-se em autodefesa, (2) auxiliar na autodefesa de um segundo Estado, (3) responder a um pedido de ajuda de um dos contendores em disputas civis em um Estado após uma intervenção anterior de outro Estado para ajudar outro contendor, ou (4) resgatar seus nacionais em um país estrangeiro que esteja em perigo iminente e não esteja recebendo proteção adequada do soberano territorial. (WEISBURD, 1997, p. 315, tradução nossa)⁷

Todavia, a prática dos Estados não corresponde à proposição de que as regras da Carta ONU podem ser vistas como regras de *jus cogens* – o que é demonstrando pelos diversos casos, desde a Segunda Guerra Mundial, em que os Estados usaram a força, em circunstâncias ilegais, sem encontrar sanções internacionais (SEWALL e KAYSEN, 2000).

⁶ Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nações-Unidas.pdf> >. Acesso em 01 jun. 2019.

⁷ Na versão original, lê-se: “(1) engaging in self-defense, (2) aiding a second state's self defense, (3) responding to a request for aid from one of the contenders in civil strife in a state after a previous intervention by another state to aid another contender, or (4) rescuing its nationals in a foreign country who are in imminent danger and are not receiving adequate protection from the territorial sovereign”.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

2.1. Normas e Instituições Internacionais

A criação de um Tribunal Penal Internacional (TPI) é o desfecho natural de duas tendências na política mundial: o crescente reconhecimento de direitos humanos individuais como um assunto legítimo do direito internacional, desde o final do século XIX, e o enraizamento de uma variedade de instituições internacionais para trazer a um quadro mais universal e legal assuntos que, anteriormente, eram deixados para a ação estatal unilateral. Das Nações Unidas ao Fundo Monetário Internacional e ao Banco Mundial e, mais recentemente, à Organização Internacional do Comércio, as organizações internacionais se tornaram características essenciais do cenário internacional (SEWALL e KAYSEN, 2000).

De fato, o TPI manteve-se no “mundo das sombras” por todo o século XX, perturbado por propostas inutilizadas de um tribunal penal internacional permanente. Apenas a coincidência de eventos políticos positivos (como o fim da Guerra Fria), a liderança forte e comprometida de indivíduos e Estados chaves e a força da sociedade civil global tornaram a emergência do TPI possível nesse tempo (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Reconhece-se que, naquele contexto, proibições internacionais contra atrocidades em massa perderam vigor, uma vez que os Estados não cumpriram essas normas. Assim sendo, a criação do TPI é uma resposta da grande maioria das nações no sentido de processar indivíduos que cometeram os mais chocantes crimes e de criar um tribunal internacional para assegurar leis banindo crime de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e, posteriormente, crimes de agressão. Ao ajudar a dar fim à impunidade das piores violações de direitos humanos, o Tribunal busca trazer vida nova às normas que os Estados têm há muito tempo proclamado (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Não obstante abusos de direitos humanos não punidos nas décadas recentes, normas e instituições internacionais têm tido um impacto significativo na atuação dos Estados e indivíduos. Dessarte, o TPI objetiva estabelecer conquistas históricas, responder a crises em curso e deter futuros abusos – contribuindo à estabilidade e, por extensão, à segurança internacionais.

2.2. O Tribunal de Nuremberg

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial reacenderam o interesse na consolidação de um tribunal penal internacional, dando origem às cartas dos tribunais de Tóquio e de Nuremberg (SEWALL e KAYSEN, 2000). Nota-se que:

O TMI [Tribunal Militar Internacional] em Nuremberg foi constituído por um acordo internacional assinado, em 8 de agosto de 1945 pelas quatro potências aliadas. Conhecido como o Acordo de Londres, o acordo declarou a intenção dos Aliados de julgar 'criminosos de guerra cujas ofensas não tenham localização geográfica, sejam eles acusados individualmente ou na qualidade de membros de organizações ou grupos ou em ambas as capacidades'. Anexada ao Acordo de Londres estava a Carta do Tribunal Militar Internacional. Os treze artigos curtos da Carta tratavam da composição, regras de procedimento e jurisdição do tribunal – eles também definiram, de forma sumária, a lei a ser aplicada. (SEWALL e KAYSEN, 2000, p. 35, tradução nossa)⁸

O Tribunal de Nuremberg foi inovador na medida em que introduziu, no direito internacional, uma série de noções legais e instituições que, até então, era desconhecida desse sistema legal. A prossecução penal de indivíduos feita directamente sob o direito internacional – incluindo para atos considerados legais perante as leis de seu Estado – foi a principal entre essas novidades. Reconheceu-se, pela primeira vez na história, que a ideia de “ato de Estado” não era relevante no contexto de crimes hediondos, uma vez que o cometimento sistêmico de crimes não era uma função normal do Estado. Além disso, esses indivíduos – detentores de postos de alto escalão nas estruturas políticas e militares do Terceiro Reich – foram despojados de sua imunidade, porque ela também foi considerado imaterial em vista da gravidade dos crimes cometidos. Especificamente no que diz respeito a guerras de agressão, o Tribunal de Nuremberg foi o primeiro tribunal de direito na história a ter indiciado indivíduos por tais crimes, sinalizando o início de uma nova era no direito internacional – ou, de fato, o verdadeiro começo do direito penal internacional (SAYAPIN, 2014).

Ademais, o Tribunal de Nuremberg: tornou claro que o direito internacional se aplica a todos os indivíduos que estão em guerra – até mesmo aos mais altos líderes governamentais; colocou estreitos limites no escopo de argumentos contra a punição de crimes de guerra; afirmou a existência de uma nova categoria de ofensas – crimes contra a humanidade; e, mais

⁸ Na versão original, lê-se: “The IMT [International Military Tribunal] at Nuremberg was constituted by an international agreement signed by the four Allied powers on August 8, 1945. Known as the London’s Accord, the agreement stated the Allies’ intention to try ‘war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of organizations or groups or in both capacities’. Annexed to the London Accord was the Charter of the International Military Tribunal. The thirteen short articles of the charter addressed the tribunal’s composition, rules of procedure, and jurisdiction –they also defined, in summary fashion, the law to be applied.”

importante ainda, declarou que a agressão (denominada "crimes contra a paz") era, de fato, uma violação do direito internacional, para o qual os líderes individuais considerados culpados devem ser legalmente responsabilizados. Assim sendo, essas decisões judiciais lançaram as bases para uma nova ordem jurídica nas relações internacionais – repudiando, decisivamente, a anarquia internacional de Estados soberanos absolutos. Doravante, todos os homens deveriam ser legalmente obrigados a não usar a força a serviço de sua nação na guerra, exceto quando em conformidade com as exigências do direito internacional (WILLIS, 1982).

A falta de progresso, todavia, demonstrou que Nuremberg não foi capaz de alterar, profundamente, a atitude dos Estados, os quais enxergavam a corte internacional como uma violação à sua soberania. Não obstante, após nove meses de julgamentos, o Tribunal de Nuremberg respondeu às principais objeções à sua jurisdição. Primeiro, ao rejeitar o argumento baseado na soberania dos Estados, assegurou-se que indivíduos, incluindo chefes de Estado e aqueles indivíduos agindo sobre ordens, poderiam ser responsabilizados criminalmente pelo direito internacional. Segundo, afirmou-se a primazia do direito internacional sobre a jurisdição nacional. Terceiro, ao assegurar que indivíduos podem ser responsabilizados, não apenas pelos meios usados na condução da guerra como também ao iniciá-la, o Tribunal estabeleceu a injustiça da agressão. Nesse sentido, tanto a guerra quanto as ofensas às leis de guerra foram criminalizadas. Portanto, o Tribunal de Nuremberg reafirmou a ideia de que a guerra, como um meio de resolver um conflito entre Estados, é moral, legal e politicamente errada (SEWALL e KAYSEN, 2000).

É importante ressaltar que o Tribunal de Nuremberg ajudou a superar objeções, baseadas na ideia de soberania, à existência de um tribunal penal internacional. Porém, vários problemas circundaram a criação e o uso de tribunais *ad hoc*, a despeito da flexibilidade que eles podem oferecer aos Estados ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (SEWALL e KAYSEN, 2000).

De todo modo, a cidade de Nuremberg – *locus* do Tribunal Militar Internacional em que, com o fim da Segunda Guerra Mundial, se processou os líderes políticos e militares do Terceiro Reich e condenou-os por crimes de guerra – tornou-se símbolo da ideia de uma nova ordem nas relações e no direito internacionais. Nesse sentido, todos indivíduos, a despeito de sua patente militar ou posição no governo, devem responder ao direito internacional pela conduta de iniciar ou promover guerras (WILLIS, 1982).

Portanto, apesar das falhas morais e legais do julgamento em Nuremberg, ele representou um largo passo em direção à nova ordem internacional inicialmente almejada com

o fim da Primeira Guerra Mundial. Nessa seara, o esforço para punir crimes de guerra da Grande Guerra, discutido anteriormente neste trabalho, pode ser destacado como principal precedente de Nuremberg. Afinal, há uma complexa inter-relação entre a política e diplomacia da Primeira Guerra Mundial e a consolidação da paz e o desenvolvimento de novos conceitos de punição internacional. Ademais, os resultados alcançados permitiram a proposta de estabelecer um tribunal penal internacional permanente e criar um acordo sobre a lei que o interpretaria.

2.3. O Tribunal de Tóquio

O julgamento do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (The International Military Tribunal for the Far East ou IMTFE, em inglês), ou apenas Tribunal de Tóquio, é também uma fonte excepcionalmente valiosa para a interpretação da agressão como um crime sob direito internacional. Segundo SAYAPIN (2014), o julgamento do Tribunal de Tóquio, três vezes mais volumoso que o de Tribunal de Nuremberg, dedicou 1079 páginas a crimes contra a paz – o que corrobora o ideia de uma a atitude mais firme do IMFTE em relação aos crimes contra a paz como um crime primário dentro da sua Carta quando comparado ao Tribunal de Nuremberg . Nesse sentido, o Tribunal de Tóquio analisou uma imensa massa de provas documentais, a qual não deixou dúvidas, no sentido do artigo 5(a) da Carta de Tóquio⁹, quanto à responsabilidade individual de 23 réus que foram considerados culpados pelos crimes contra a paz.

O julgamento do Tribunal de Tóquio terminou com a condenação de todos os réus: sete sentenças de morte e dezesseis sentenças perpétuas foram impostas, um réu foi condenado a 20 anos de prisão e um réu recebeu uma pena de prisão de 7 anos. O próprio imperador, no entanto, não foi, por razões políticas, indiciado. Assim, no que diz respeito ao aspecto processual, o Tribunal de Tóquio foi ainda mais exposto à crítica do que o seu homólogo europeu – recebendo críticas, inclusive, de seus próprios juizes. Em sua opinião dissidente, o juiz indiano Radhabinod Pal caracterizou, abertamente, o Tribunal como uma manifestação perigosa de justiça dos vencedores contra os vencidos e sua base legal como sendo incompatível com o direito internacional (SAYAPIN, 2014).

⁹ No referido dispositivo, lê-se: “Crimes against peace: namely, the planning, preparation, initiation or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing”. Disponível em: < https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf >. Acesso em: 01 jun. 2019.

Apesar de tais objeções à atuação do Tribunal de Tóquio, a sua criação e o seu desempenho simbolizaram grandes desenvolvimentos históricos. Afinal, a criminalização de atos individuais, os quais levaram ao envolvimento do Japão na Segunda Guerra Mundial, constituía um pré-requisito para a desmilitarização do pós-guerra, e, posteriormente, para uma mudança em um país no qual, como parte de sua história, foi implantada, nos corações e mentes de seus cidadãos, uma cultura de guerra (SAYAPIN, 2014).

As lições de Nuremberg e Tóquio foram todas esperadas no sentido de impedir a ocorrência, no futuro, de guerras de proporção mundial – e, até agora, conseguiram alcançar esse objetivo. No entanto, esses tribunais não cobriam guerras internacionais de menor gravidade, restringindo a criminalização a apenas grandes guerras de agressão, e tão pouco dispunham de uma definição clara do que constitui uma guerra de agressão.

2.4. Os Tribunais *ad hoc* de Iugoslávia e de Ruanda

Somente após o fim da Guerra Fria, o Conselho de Segurança das Nações Unidas decidiu responder ao genocídio e às atrocidades em massa – o que foi por meio da criação de tribunais *ad hoc*: o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

A adoção do estatuto do TPII sugeriu não apenas que um tribunal permanente era necessário, mas também que os governos, incluído os Estados Unidos, deveriam estar dispostos a apoiar o seu estabelecimento – ao menos sob determinadas circunstâncias (SEWALL e KAYSEN, 2000). Ressalta-se, todavia, que a jurisdição temática do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estava limitada a crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, de modo que as causas do violento conflito armado internacional permaneceram fora da atenção do tribunal (SAYAPIN, 2014).

A criação, pouco tempo depois, do TPIR simbolizou, na história moderna, a constituição da primeira corte internacional de crimes de guerra – isto é, um tribunal criado pela comunidade internacional, e não pela nação vencedora da guerra. Ademais, ressaltou a necessidade de estabelecimento de uma instituição internacional que pudesse enfrentar uma sérias violações do direito internacional humanitário. Afinal, não diminuíram o entusiasmo pelo TPI os problemas que os dois tribunais *ad hoc* enfrentaram no recrutamento de promotores e juízes de primeira linha, no financiamento de suas atividades e na obtenção de custódia de suspeitos. Em vez

disso, sublinharam a necessidade urgente de uma instituição estável, nova e permanente, que estaria pronta para qualquer situação (SEWALL e KAYSEN, 2000).

O mundo aprendeu com esses dois tribunais penais *ad hoc*, no que se refere às lições históricas: primeiro, as dificuldades de se criar tribunais *ad hoc* são tão grandes que elas podem tornar o cumprimento da justiça impossível; segundo, tribunais exercem um importante papel simplesmente por definir a verdade sobre atrocidades; terceiro, as operações judiciais desses tribunais foi claramente justa, minando as críticas de que elas seriam cortes incontroláveis; quarto, não se deve permitir regimes traidores a desafiar um tribunal internacional legitimamente criado (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Portanto, o TPII e o TPIR sugeriram que os Estados reconhecessem a necessidade de um tribunal internacional permanente – o que ajudou a impulsionar esforços em direção a um acordo formal.

2.5. O Estatuto de Roma

Quase 100 anos após as conferências de Haia, representantes de 160 países, atentamente observadores por mais de 250 organizações não-governamentais, reuniram-se em Roma a fim de negociar um tratado que pudesse estabelecer um tribunal penal internacional. Os delegados disputaram entre si a fim de definir, de modo aceitável a todos os Estados participantes, os parâmetros de uma instituição cujo propósito era responder às atrocidades que ocorreram no século XX. Após cinco semanas de cansativas negociações, a conferência adotou, em uma votação de 120 contra 7, com 21 países se abstendo, um Estatuto para o Tribunal (SEWALL e KAYSEN, 2000).

O Estatuto de Roma dispõe extensiva instruções para seleção de juízes e procuradores, estabelece mecanismos internos de *checks and balances* e estipula uma combinação de abordagens do *common law* e do *civil law* aos procedimentos judiciais. Ademais, o Estatuto é, substancialmente, mais longo e mais complexo que qualquer um dos seus instrumentos precedentes. O texto contém 128 artigos e, além de desenhar a jurisdição do Tribunal, detalha, extensivamente, a sua estrutura, operações e funcionamento. Ademais:

O estabelecimento do Tribunal suscita a esperança de que as linhas entre o direito internacional, de um lado, e a ordem mundial, de outro, estejam se confundindo e que a estrutura normativa criada pelo direito internacional possa influenciar ou mesmo

restringir a ordem hobbesiana estabelecida pela política dos Estados. (SEWALL e KAYSEN, 2000, p. 41, tradução nossa)¹⁰

Assim, alcançou-se, em Roma, a adoção de um Estatuto criando o TPI – instituição considerada capaz de responder, mais rápida e eficazmente, às acusações de ações criminais com viés internacional.

2.6. Os Crimes

O Tribunal Penal Internacional tem jurisdição sobre quatro categorias de crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. Todos os quatro crimes dentro da jurisdição do Tribunal foram processados, pelo menos em uma forma anterior – e, de certo modo, embrionária – pelo Tribunal de Nuremberg e outros tribunais do pós-guerra. Em Nuremberg, eles foram chamados de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. O termo "crimes contra a paz" é, atualmente, substituído por "agressão" – e, embora não sejam idênticos, os dois termos se sobrepõem em grande medida (SCHABAS, 2011).

Tanto no preâmbulo do Estatuto de Roma¹¹ como no Artigo 5, eles são descritos como "os crimes mais sérios que preocupam a comunidade internacional como um todo". Ademais, o Estatuto os descreve como "atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade" (preâmbulo), "crimes internacionais" (preâmbulo) e "os crimes mais graves de preocupação internacional" (Artigo 1).

Conforme demonstra-se neste trabalho, o conceito de crimes internacionais existe há séculos. Eles eram, geralmente, considerados ofensas cuja repressão compelia alguma dimensão internacional. Nesse sentido, os crimes sobre os quais o TPI tem jurisdição são internacionais porque a cooperação internacional é necessária para sua repressão, mas também porque sua natureza hedionda os eleva a um nível em que eles preocupam a toda a comunidade internacional.

¹⁰ Na versão original, lê-se: "The establishment of the Court raises hopes that the lines between international law, on the one hand, and world order, on the other, are being blurred and that the normative structure being created by international law might influence or even restrain the Hobbesian order established by the politics of states."

¹¹ BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm >. Acesso em: 01 jun. 2019.

2.6.1. O Crime de Genocídio

O termo "genocídio" foi adotado, em 1945, pelos promotores (embora não pelos juizes) em Nuremberg e, em 1946, foi declarado um crime internacional pela Assembléia Geral das Nações Unidas – a qual também decidiu por proceder com a elaboração de um tratado sobre esse crime, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio¹² (SCHABAS, 2011).

Na época, considerou-se importante definir o genocídio como um crime em separado, a fim de distingui-lo dos crimes contra a humanidade – uma vez que este se referia a um leque mais amplo de atrocidades, mas também tinha um aspecto restrito, na medida em que prevalecia a ideia de que os crimes contra a humanidade só poderiam ser cometidos em associação com um conflito armado internacional. A Assembléia Geral queria dar um passo adiante, reconhecendo que uma atrocidade – a saber, o genocídio – constituiria um crime internacional, mesmo que fosse cometido em tempo de paz. Ademais, esperava-se, por aqueles que tomaram a iniciativa na Assembléia Geral, que o genocídio fosse reconhecido como um crime de jurisdição universal, sujeito a processos por outros tribunais que não aqueles onde o crime ocorreu. O preço a pagar, no entanto, era uma definição extremamente restrita dos elementos mentais e materiais do crime (SCHABAS, 2011).

Atualmente, a distinção entre genocídio e crimes contra a humanidade é menos significativa, porque a reconhecida definição de crimes contra a humanidade evoluiu e agora se refere, sem dúvida, às atrocidades cometidas em tempo de paz e em tempo de guerra. Hoje, o genocídio constitui a forma mais agravada de crime contra a humanidade. O Tribunal Penal Internacional para o Ruanda o rotulou de "crime de crimes". Não surpreendentemente, então, é o primeiro crime estabelecido no Estatuto de Roma e foi o único a ser adotado pelos redatores com praticamente nenhuma controvérsia (SCHABAS, 2011).

O Artigo 6 do Estatuto de Roma¹³ define o genocídio como cinco atos específicos cometidos com a intenção de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal.

¹² Disponível em: < <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crimeofgenocide.aspx> >. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹³ Na referido dispositivo, lê-se: “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘genocídio’, qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.” (BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm >. Acesso em: 01 jun. 2019.)

A definição do elemento mental do crime de genocídio, encontrada no *caput* da provisão, é seguida por cinco parágrafos que listam os atos puníveis de genocídio. A lista é exaustiva e não pode ser adequadamente estendida a outros atos de perseguição dirigidos contra minorias étnicas.

2.6.2. Os Crimes Contra a Humanidade

O artigo 7 do Estatuto de Roma¹⁴ codifica a definição de crimes contra a humanidade. O *chapeau* desse artigo declara que “Para os fins do presente Estatuto”, crime contra a

¹⁴ No referido dispositivo, lê-se: “1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. 2. Para efeitos do parágrafo 1º: a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1o contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política; b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população; c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional; e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas; f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez; g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa; h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime; i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo. 3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.” (BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm >. Acesso em: 01 jun. 2019.)

humanidade significa qualquer um dos atos listados quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque.

O ataque também deve ser realizado de acordo ou em prol de um Estado ou política organizacional. Segundo SCHABAS (2011), essa frase indica que os crimes contra a humanidade podem, em algumas circunstâncias, serem cometidos por atores não estatais. Historicamente, considerava-se que os crimes contra a humanidade exigiam a implementação de uma política de Estado. Esse requisito foi gradualmente mitigado. Em Tadic, o Tribunal iugoslavo disse que, no direito consuetudinário, crimes contra a humanidade também poderiam ser cometidos em nome de entidades que exercem controle de fato sobre um território particular, mas sem reconhecimento internacional ou *status* formal de um Estado de direito, como um grupo ou organização terrorista. A reflexão desses pontos de vista no artigo 7 do Estatuto de Roma é mais um exemplo da influência da jurisprudência dos tribunais *ad hoc* sobre os redatores.

Finalmente, o agressor deve ter conhecimento do ataque. Isso equivale a uma forma de intenção específica, embora menos exigente do que a intenção específica exigida pela definição de genocídio. Um indivíduo que participa em crimes contra a humanidade, mas que não sabe que faz parte de um ataque generalizado ou sistemático a uma população civil, pode ser culpado de homicídio e talvez até de crimes de guerra – mas não pode ser condenado pelo Tribunal Penal Internacional por crimes contra a humanidade (SCHABAS, 2011).

2.6.3. Os Crimes de Guerra

O dispositivo mais extenso que define as infrações dentro da jurisdição do Tribunal Penal Internacional é o artigo 8º, intitulado "Crimes de guerra"¹⁵. Essa é certamente a mais

¹⁵ No referido dispositivo, lê-se: “1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes. 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra": a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: i) Homicídio doloso; ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; viii) Tomada de reféns; b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: i)

Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados; iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território; ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde; xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo; xii) Declarar que não será dado quartel; xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra; xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra; xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto; xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas; xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões; xx) Utilizar armas, projéteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123; xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2o do artigo 7o, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra; xxiii) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional; xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra; xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades; c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3o comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo: i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; iii) A tomada de reféns; iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis. d) A alínea c) do parágrafo 2o do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados

antiga das quatro categorias, constituída por infrações que foram punidas como crimes domésticos desde o início da lei criminal (SCHABAS, 2011).

Afinal, eles foram os primeiros crimes a serem processados de acordo com o direito internacional. Os julgamentos realizados em Leipzig, no início da década de 1920, como consequência dos artigos 228 a 230 do Tratado de Versalhes, condenaram inúmeros soldados alemães por atos que violavam as leis e os costumes da guerra. A base no direito internacional para essas ofensas foi o Regulamento anexo à Convenção de Haia de 1907 – e, embora esse instrumento não tenha sido originalmente concebido como uma fonte de responsabilidade criminal individual, seus termos foram a base das definições de crimes de guerra da Comissão de Responsabilidades de 1919. Certamente, a partir desse ponto, há pouca discussão sobre a existência de crimes de guerra no direito internacional (SCHABAS, 2011).

Crimes de guerra foram subsequentemente codificados na Carta de Nuremberg. Os crimes de guerra, tal como concebidos em Nuremberg, foram também derivados da "lei de Haia", que se concentrava nos métodos e materiais da guerra. Em qualquer caso, além dessas

que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos: i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis; iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto; vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f do parágrafo 2o do artigo 7o; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3o comum às quatro Convenções de Genebra; vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades; viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas; ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante; x) Declarar que não será dado quartel; xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo; xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam; f) A alínea e) do parágrafo 2o do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos. 3. O disposto nas alíneas c) e e) do parágrafo 2o, em nada afetará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado, e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.” (BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm >. Acesso em: 01 jun. 2019.)

duas categorias, parecia haver pouca dúvida de que a responsabilidade criminal internacional não se estendia a conflitos armados internos (SCHABAS, 2011).

É evidente que o Artigo 8 do Estatuto de Roma é uma das disposições mais longas do Estatuto. Até certo ponto, representa um desenvolvimento progressivo sobre os seus antecedentes, porque abrange expressamente os conflitos armados não internacionais. Assim, no estado atual, o Artigo 8 consiste em quatro categorias de crimes de guerra, dois deles abordando conflitos armados internacionais e dois deles conflitos armados não internacionais. Além disso, alguns crimes de guerra são definidos em detalhes, concentrando-se em suas formas e variações. No entanto, essa definição detalhada também pode servir, em alguns casos, para limitar o escopo dos crimes de guerra. Afinal, não apenas os atos específicos são estabelecidos em detalhes excruciantes, mas as categorias reais impõem um difícil exercício de avaliação do tipo de conflito armado envolvido (SCHABAS, 2011).

2.6.4. Os Crimes de Agressão

Enquanto crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra estão relacionados com o *ius in bello* e a lei internacional de direitos humanos, o crime de agressão, por sua vez, é um descendente do *ius ad bellum*. Desde o início de sua atuação, em 2002, o TPI julga somente crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Resolveu-se deixar o crime de agressão sem tipificação específica no Estatuto de Roma, resguardando-se a possibilidade de posterior tipificação – o que aconteceu, em 2010, na Conferência de Revisão de Kampala.

2.6.4.1. A Conferência de Revisão em Kampala

O parágrafo 2, comum aos artigos 15 *bis* e 15 *ter*, do Estatuto de Roma¹⁶ – inserido pelas Emendas de Kampala¹⁷ – define que a jurisdição do tribunal sobre o crime de agressão apenas poderá ser exercida a partir de um ano após o depósito do 30º instrumento de ratificação ou de aceitação pelos Estados Partes. Em 29 de junho de 2016, o Estado da Palestina foi o 30º estado parte do Estatuto de Roma a depositar o instrumento de ratificação daquele acordo. Assim

¹⁶ No referido dispositivo, lê-se: “The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties.”

¹⁷ Disponível em < <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2010/06/20100611%2005-56%20PM/CN.651.2010.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2019.

sendo, em junho de 2017, foi cumprido o referido requisito para o exercício da jurisdição do tribunal sobre o crime de agressão.

Além da entrada em vigor do Acordo de Kampala para pelo menos 30 Estados, o parágrafo 3, comum aos artigos 15 *bis* e 15 *ter*, do Estatuto¹⁸ exige que a Assembleia dos Estados Partes decida acionar a referida jurisdição *ratione materiae* do Tribunal. A 16ª Assembleia dos Estados Partes, que aconteceu entre os dias 4 e 15 de dezembro de 2017, tomou a referida decisão. Nos termos da resolução aprovada por consenso, a Assembleia decidiu por referendar a ativação da jurisdição do Tribunal sobre o crime de agressão a partir do dia 17 de julho de 2018.

Assim, após a entrada em vigor do Acordo de Kampala para o 30º Estado Parte do Estatuto de Roma e a realização de Assembleia dos Estados Partes decidindo por acionar a referida jurisdição do Tribunal, permitiu-se ao TPI exercer sua jurisdição sobre crimes de agressão cometidos a partir de julho de 2018 – desde que os Estados agredido e agressor tenham ratificado as Emendas de Kampala.

Ressalta-se, por fim, que a Conferência de Revisão em Kampala ofereceu oportunidade para alcançar acordo sobre, entre outros, o tema de cooperação dos Estados e reafirmar os princípios e os propósitos do TPI (CARDOSO, 2012, p. 117).

2.6.4.2. A Definição do Crime de Agressão

A definição do crime de Agressão – conforme codificado no artigo 8 *bis* do Estatuto de Roma¹⁹ – foi inserida no Estatuto pela Resolução RC/Res.6²⁰ e constitui o marco conceitual deste trabalho, qual seja:

Artigo 8 *bis*

Crime de Agressão

1. Para os fins deste Estatuto, “crime de agressão” significa o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução, por uma pessoa em posição de efetivamente controlar ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão

¹⁸ No referido dispositivo, lê-se: “The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.”

¹⁹ Disponível em < <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2019.

²⁰ Disponível em < <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2019.

que, por seu caráter, gravidade e escala, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas. (Estatuto de Roma, tradução nossa)²¹

Observa-se que o Artigo 8 *bis* (1) começa com uma importante reserva no sentido de que a definição do crime de agressão deve aplicar-se somente “para os fins deste Estatuto”. Essa cláusula restritiva visa a tornar a nova definição viável e não prejudicar os interesses dos Estados que não são Partes do Estatuto.

Além do crime, o ato de agressão também está codificado no direito internacional sob o artigo 8 *bis* do Estatuto de Roma, qual seja:

2. Para os fins do parágrafo 1, “ato de agressão” significa o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas. Qualquer um dos seguintes atos, independentemente de uma declaração de guerra, deve, de acordo com a resolução 3314 (XXIX) da Assembléia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1974, qualificar-se como um ato de agressão:

(a) A invasão ou ataque das forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, resultante de tal invasão ou ataque, ou qualquer anexação pelo uso da força do território de outro Estado ou parte dele;

(b) Bombardeio pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado;

(c) O bloqueio dos portos ou costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;

(d) Um ataque das forças armadas de um Estado às forças terrestres, marítimas ou aéreas, ou frotas marítimas e aéreas de outro Estado;

(e) A utilização de forças armadas de um Estado que se encontrem no território de outro Estado, com a aceitação deste Estado receptor, em contravenção às condições previstas no acordo ou de qualquer extensão da sua presença nesse território para além do definido no mesmo acordo;

(f) A ação de um Estado em permitir que seu território, que colocou à disposição de outro Estado, seja usado por aquele outro Estado para perpetrar um ato de agressão contra um terceiro Estado;

(g) O envio por ou em nome de um Estado de bandos armados, grupos irregulares ou mercenários, que executam atos de força armada contra outro Estado de tal gravidade que equivalem aos atos listados acima, ou seu envolvimento substancial neles. (Estatuto de Roma, tradução nossa)²²

²¹ Na versão original, lê-se: “For the purpose of this Statute, ‘crime of aggression’ means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.”

²² Na versão original, lê-se: “For the purpose of paragraph 1, ‘act of aggression’ means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration

A análise do Artigo 8 *bis* do Estatuto de Roma permite dividir a sua estrutura em três níveis. No primeiro parágrafo, define-se o crime individual, segundo o qual os atos criminosos individuais estão essencialmente vinculados ao cometimento de um ato de agressão, definido, no segundo parágrafo, por um Estado. Finalmente, uma lista de atos qualificados como agressão para o propósito do Estatuto é fornecida em sete parágrafos. Todos os elementos desta disposição estão interligados e devem ser interpretados nos contextos um do outro, de maneira que o ato de agressão conduzido por um Estado associa-se à conduta de um indivíduo – isto é, o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução de um ato de agressão.

No Anexo II da Resolução RC/Res.6, supracitada, encontram-se dispostos os elementos desse crime, quais sejam:

1. O autor planejou, preparou, iniciou ou executou um ato de agressão.
2. O autor era uma pessoa em posição de efetivamente controlar ou dirigir a ação política ou militar do Estado que cometeu o ato de agressão.
3. O ato de agressão – o uso de força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma inconsistente com a Carta das Nações Unidas – foi cometido.
4. O autor estava ciente das circunstâncias factuais que estabelecem que tal uso da força armada era inconsistente com a Carta das Nações Unidas.
5. O ato de agressão, por seu caráter, gravidade e escala, constituiu uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas.
6. O autor estava ciente das circunstâncias factuais que estabeleceram tal violação manifesta da Carta das Nações Unidas. (Resolução RC/Res.6, tradução nossa)²³

of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression: (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof; (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.”

²³ Na versão original, lê-se: “1. The perpetrator planned, prepared, initiated or executed an act of aggression. 2. The perpetrator was a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of the State which committed the act of aggression. 3. The act of aggression – the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations – was committed. 4. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established that such a use of armed force was inconsistent with the Charter of the United Nations. 5. The act of aggression, by its character, gravity and scale, constituted a manifest violation of the Charter

2.6.4.3. O Planejamento, a Preparação, a Iniciação e a Execução do Crime de Agressão

O Artigo 8 *bis* (1) enumera os quatro modos de conduta que são criminalizados em conexão com um ato de agressão, quais sejam: planejamento, preparação, iniciação e execução. Esses termos foram, quase literalmente, “emprestados” do artigo 6(a) da Carta Nuremberg²⁴, com exceção da “execução”, que substituiu o termo original "travar uma guerra de agressão"²⁵.

No âmbito, sobretudo, de crimes premeditados, o elemento mental está presente em sua origem e orienta todos os desenvolvimentos relacionados à sua comissão. Cumpre ressaltar que, na teoria do direito penal, o *mens rea* – ou o elemento mental de um crime – é entendido como a atitude psicológica de um criminoso em relação ao seu crime como um todo, bem como a seus distintos elementos objetivos (ato ou omissão socialmente perigoso, consequências criminais, nexos causal entre o ato ou a omissão em questão e suas consequências, as circunstâncias temporais e espaciais do crime, as ferramentas e meios para cometê-lo e outras circunstâncias relativas à sua prática). Nesse sentido, o elemento mental, um fenômeno composto, incorpora alguns elementos sociais e psicológicos interconectados – como culpa, propósito e motivo de um crime, bem como a condição emocional de um perpetrador durante todo o processo de sua comissão – no contexto aplicável (nacional ou internacional) da lei penal (SAYAPIN, 2014).

Nesse sentido, o Artigo 30 do Estatuto de Roma é fundamental na medida em que estabelece um quadro para o elemento mental de crimes dentro da jurisdição do Tribunal Penal Internacional²⁶. No contexto específico de um crime individual de agressão, sua intenção direta – o chamado *animus aggressionis* – surge antes que qualquer ação objetiva seja empreendida e acompanha a totalidade dos desenvolvimentos relacionados à prática do crime. De fato, a formação de um *animus aggressionis* na mente de um grupo de líderes civis e/ou militares de

of the United Nations. 6. The perpetrator was aware of the factual circumstances that established such a manifest violation of the Charter of the United Nations.”

²⁴ Disponível em < <https://ghum.kuleuven.be/ggs/events/2013/springlectures2013/documents-1/lecture-5-nuremberg-charter.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2019.

²⁵ No referido dispositivo, lê-se: “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”.

²⁶ No referido dispositivo, lê-se: “1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge. 2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.”

um Estado é o primeiro passo no processo de planejamento do crime de agressão e passa a existir no momento em que um desses líderes tem a intenção de usar a força contra outro Estado, sem que esse uso planejado da força seja manifestamente consistente com os propósitos das Nações Unidas. Uma vez que a intenção de usar a força contra outro Estado foi compartilhada por seu iniciador imediato com os outros indivíduos que estão em posição de efetivamente controlar ou dirigir a ação política ou militar do Estado em questão, e concordaram entre si, o estágio real de planejamento inicia-se (SAYAPIN, 2014). Nessa etapa:

Os recursos militares, econômicos, técnicos e humanos próprios e os do provável inimigo são avaliados, objetivos políticos estratégicos da campanha militar são definidos, planos militares são desenvolvidos e suas bases ideológicas e (des)informativas são estabelecidas. Em outras palavras, o estágio de planejamento inclui o trabalho conceitual conjunto dos principais políticos que definem metas no outro extremo de suas políticas, de oficiais militares de alto escalão que elaboram ferramentas militares estratégicas para a consecução dessas metas e de juristas, diplomatas e intelectuais cuja tarefa é garantir, tanto a nível nacional como internacional, a legalidade da campanha futura e uma posição favorável da opinião pública em relação a ela. (SAYAPIN, 2014, p. 228, tradução nossa)²⁷

Todavia, uma vez que o uso da força armada contra outro Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução de objetivos políticos, econômicos ou ideológicos, é útil considerar, especialmente, os propósitos do uso da força, já que são eles que, normalmente, atribuem ilegalidade ao uso da força. Assim sendo, o *animus aggressionis* é o elemento capaz de classificar o planejamento militar como um crime internacional – o qual, para que seja, de fato, criminalizado como um crime de agressão, deve ter seu elemento mental provado. Para esse fim, podem ser dotados de valor probatório os seguintes documentos escritos: minutas (públicos e secretos) de reuniões oficiais, discursos e declarações programáticas, entrevistas, livros, publicações em periódicos e outros meios de comunicação, mapas militares e afins (SAYAPIN, 2014).

O estágio de planejamento é seguido pela preparação de um crime. Enquanto a fronteira entre eles pode ser, muitas vezes, confusa, a preparação significa a tomada de medidas práticas em cumprimento dos planos pré-estabelecidos. Dessa forma, na preparação, a intenção trabalhada no planejamento torna-se mais expressa, concreta e precisa. Em outras palavras, a

²⁷ Na versão original, lê-se: “One’s own and the likely enemy State’s military, economic, technical and human resources are assessed, strategic political aims of the prospective military campaign are defined, military plans are developed, and its ideological and (dis)informational foundations are laid. In other words, the planning stage includes joint conceptual work of top politicians who define goals at the other end of their policies, of high-ranking military officials who work out strategic military tools for the achievement of those goals, and of senior lawyers, diplomats and ideologists whose task it is to ensure, both nationally and internationally, the legality of the future campaign and a favourable disposition of the public opinion towards it.”

preparação é uma criação consciente de um ambiente propício à prática de um crime no sentido formal ou material de seu *corpus delicti* (SAYAPIN, 2014).

O crime de agressão demanda tanto preparativos materiais – a aquisição, o transporte e a instalação de armas e munições, a tomada de medidas para a organização de uma economia de guerra, a remoção de objetos físicos e a construção de fortificações defensivas apropriadas, por exemplo – quanto medidas organizacionais – tais como a elaboração e aprovação da legislação necessária, a realização de uma mobilização geral ou parcial e a organização do movimento de tropas e do equipamento militar de acordo com com planos militares, evacuando, se necessário, a população civil de certas áreas e fazendo contatos com potenciais aliados (SAYAPIN, 2014).

O início de um ato de agressão constitui o *corpus delicti* formal da agressão e cristaliza-se no momento da emissão de uma ordem para usar a força contra outro Estado – o que é, geralmente, emitido pelo Chefe de Estado ou de Governo em sua capacidade de Comandante-Chefe das Forças Armadas do Estado e aprovado, na devida hierarquia interna, por outros órgãos estatais relevantes, como o Parlamento, por exemplo. No momento da emissão dessa ordem – isto é, no momento da agressão – o elemento mental do crime é cumprido e todas as ações hostis subsequentes, por meio das quais a consecução dos objetivos políticos estabelecidos no estágio do planejamento seriam atingidos por meios militares, caem no domínio do *jus in bello*, ou seja, do direito humanitário internacional (SAYAPIN, 2014).

2.6.4.4. A Responsabilidade Criminal Individual

De modo geral, o Artigo 25 do Estatuto de Roma²⁸ estabelece o princípio da responsabilidade criminal individual pela prática de crimes internacionais na jurisdição do TPI, inclusive no que diz respeito ao crime de agressão.

²⁸ No referido dispositivo, lê-se: “1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute. 2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute. 3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible; (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted; (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission; (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim

A interpretação do Artigo 8 *bis* (1) indica que o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução de atos de agressão são diretamente realizados por pessoas físicas identificáveis – não por entidades abstratas do Estado – e que tais atos de agressão não ocorreriam sem uma participação direta, em qualquer um dos quatro modos de ação criminalizados, de pessoas naturais específicas. A análise desse artigo também sugere que as pessoas naturais são tanto sujeitos de um crime individual de agressão quanto os principais objetos de um ato de agressão. O Estado, por outro lado, é ator secundário desse ato (SAYAPIN, 2014).

Ressalta-se, ademais, que a agressão é considerada um "crime de liderança", de modo que os agentes do Estado de menor escalão, de acordo com as leis e práticas consuetudinárias aplicáveis em seus Estados, não são capazes de exercer o grau de influência necessário e devem ser excluídos do leque de potenciais sujeitos do crime. Confirma-se, assim, as constatações dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio com relação à posição superior dos potenciais réus em suas respectivas estruturas de Estado e conclui-se que somente as violações mais flagrantes da Carta das Nações Unidas podem ser consideradas atos de agressão para os propósitos do TPI (SAYAPIN, 2014).

Quanto à responsabilização, cabe salientar que a existência de um ato de agressão ilegal, conforme definido pelo Artigo 8 *bis* (2), não implica, automaticamente, na responsabilidade criminal individual das pessoas envolvidas neste ato. Para que tal responsabilidade exista, várias condições devem ser atendidas. Primeiro, um alegado ato de agressão deve, “por seu caráter, gravidade e escala”, constituir “uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas”. Assim, para se qualificar como um ato de agressão, o uso da força pelo Estado deve ser tão ilegal, devastador e massivo a ponto de cumprir, respectivamente, aqueles valores acumulados de “caráter, gravidade e escala”. Nesse sentido, o artigo 8 *bis* não abrangeria situações legalmente contenciosas, como a intervenção humanitária. Em segundo lugar, a gama de sujeitos em potencial do crime de agressão individual dentro da jurisdição do TPI só se limitaria a pessoas

of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime; (e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide; (f) Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose. 3 *bis*. In respect of the crime of aggression, the provisions of this article shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State. 4. No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.”

“em posição de efetivamente controlar ou dirigir a ação política ou militar de um Estado”. Terceiro, para que um indivíduo seja considerado responsável por um suposto crime de agressão pelo Tribunal Penal Internacional, sua contribuição pessoal para o “planejamento, preparação, iniciação ou execução” de um ato de agressão deve ser provada (SAYAPIN, 2014).

2.6.4.5. Os Atos de Agressão

O segundo parágrafo do Artigo 8 *bis* define um ato de agressão para efeitos do primeiro parágrafo do mesmo artigo. A definição genérica de um ato de agressão é, nos subparágrafos (a) a (g), seguida por sete exemplos específicos. Esses dispositivos, conforme é convencional do direito penal internacional, compõem um rol exaustivo e que deve ser interpretada restritivamente. Assim sendo, mesmo que o Conselho de Segurança das Nações Unidas determine que um ato cometido por um Estado constitui agressão, mas esse ato não está listado no Artigo 8 *bis* (2), o TPI não poderá exercer jurisdição com respeito aos autores do ato, em atenção ao princípio *nulo crimen sine lege*²⁹.

No subparágrafo (a) do Artigo 8 *bis* (2), a palavra-chave é “território”, de modo a proteger o território dos Estados contra as quatro ações militares internacionalmente ilegais: invasão, ataque, ocupação militar e anexação. Nesse dispositivo, segundo SAYAPIN (2014), “ocupação militar” significa que as restrições são impostas sobre a independência política de um Estado e “invasão” implica que as forças armadas de um Estado interessado transpasse, ilegalmente, as fronteiras de outro Estado, constituindo uma violação do princípio da inviolabilidade da fronteiras.

A criminalidade dos atos abrangidos pelo subparágrafo (b) do Artigo 8 *bis* (2) consiste em que eles sejam dirigidos contra o território de um Estado. Assim sendo, esta provisão não é sobre a criminalização do “bombardeio” ou “o uso de quaisquer armas” no sentido do direito internacional humanitário. Seu objeto protegido é diferente: o território de um Estado (SAYAPIN, 2014).

²⁹ Nesse sentido, dispõe o Artigo 22 do Estatuto de Roma: “1. A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court. 2. The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted. 3. This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute.”

O bloqueio dos portos ou costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado é criminalizado pelo subparágrafo (c) do Artigo 8 *bis* (2). A justificativa para a criminalização do bloqueio está, de acordo SAYAPIN (2014), no *status* de portos e costas como partes do território costeiro de um Estado. Como no contexto dos parágrafos precedentes, a qualificação de uma restrição violenta (“um ataque das forças armadas de um Estado”) da soberania do Estado sobre seu território – inclusive sobre seu mar territorial – como agressão é certamente garantida. Além disso, o bloqueio pode ser usado como base para ataques, bombardeios ou uso de armas contra o Estado, ou para um ataque às forças armadas de um Estado (que, em si mesmas, qualificam-se como atos de agressão).

Por seu turno, o subparágrafo (d) do Artigo 8 *bis* (2) criminaliza o “primeiro ataque” das forças armadas de um Estado contra as de outro Estado. Conforme SAYAPIN (2014), esse dispositivo aplica-se ao ataque armado inicial porque qualquer resposta a tal ataque – desde que cumpra com o direito internacional aplicável, em particular, em termos de proporcionalidade – seria considerada uma autodefesa individual ou coletiva, no sentido do artigo 51 da Carta das Nações Unidas³⁰. A referência às “forças terrestres, marítimas ou aéreas, ou frotas marítimas e aéreas” pode ser tomada para implicar que o território de um Estado, o que inclui sua terra e subsolo, mar territorial, águas internas e espaço aéreo, é o objetivo final de um ataque armado pelo presente criminalizado. Portanto, a qualificação de um ataque armado como agressão obedece à lógica geral do Artigo 8 *bis* (2).

O caso previsto no subparágrafo (e) do Artigo 8 *bis* (2) é distinto dos demais na medida em que qualifica, como ato de agressão, a conduta das forças armadas de um Estado que já estavam presentes, com o consentimento deste, em outro Estado e, então, agiu de maneira hostil contra o Estado receptor. Ressalta-se que o ato em questão também violaria o princípio do cumprimento das obrigações sob o direito internacional de boa fé. Como os regulamentos materiais (*ratione materiae*) para a presença de forças armadas estrangeiras no território de um Estado são claramente determinados nos tratados aplicáveis e o seu campo de aplicação temporal (*ratione temporis*) é sempre determinado nos próprios tratados, a qualificação de um

³⁰ No referido dispositivo, lê-se: “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”

grave violação do disposto como um ato de agressão está em devida conformidade com o direito internacional (SAYAPIN, 2014).

O subparágrafo (f) do Artigo 8 *bis* (2), como o anterior, também trata da conduta dos Estados que acomodam tropas estrangeiras ou armamentos em territórios de Estados receptores. Para que os atos supostamente ilegais efetivamente perpetrados pelo Estado cujas forças armadas estejam estacionadas no Estado receptor sejam qualificados como agressão, eles devem ser cobertos por qualquer outro subparágrafo do Artigo 8 *bis* (2). Se as autoridades competentes do Estado anfitrião tomarem conhecimento de tais atos ilícitos, eles devem, sem demora, recorrer a medidas legais, unilaterais ou multilaterais, disponíveis ao seu Estado para impedir a ocorrência do ato ilegal. Caso contrário, elas mesmas podem se tornar responsáveis por facilitar ou tolerar um ato de agressão (SAYAPIN, 2014).

Nota-se, por fim, que, sob o subparágrafo (g) do Artigo 8 *bis* (2), o envio, por um Estado ou em seu nome, de bandos armados, grupos irregulares ou mercenários que realizam atos de força armada contra outro Estado de tal gravidade que equivalem aos atos listados no Art. 8 *bis* (2)(a) a (2)(f), ou o envolvimento substancial do Estados nestes, é considerado um ato de agressão. Para SAYAPIN (2014), duas observações ainda devem ser feitas. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a expressão “bandos armados, grupos irregulares ou mercenários” deve abranger, no mundo moderno, sobretudo empresas militares privadas, na medida em que seus funcionários se envolvam em hostilidades em nome dos Estados patronais ou sob seu controle. Em segundo lugar, entende-se que esse dispositivo não abrange o uso autárquico da força armada – mesmo em em casos de larga escala – por atores não estatais, como organizações terroristas, quando essa conduta não for dirigida ou controlada por um Estado.

2.6.4.6. O Conselho de Segurança das Nações Unidas

No Estatuto de Roma, procurou-se buscar um ponto de equilíbrio jurídico-político entre a primazia do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) em manter a paz e a segurança internacionais e a necessidade de preservar o TPI da influência política direta e ostensiva do CSNU.

Nesse sentido, definiram-se as modalidades de relacionamento e incorporou-se ao Estatuto os elementos que permitem a relação CSNU-TPI. Decidiu-se, dessarte, que o CSNU

poderia, em linha gerais, ora contribuir para colocar assuntos na pauta do Tribunal, ora determinar que este suspendesse temporariamente a consideração de situação ou caso específico. As duas modalidades previstas no Estatuto são a remessa (“*referral*”) e o adiamento (“*deferral*”). É importante aclarar que:

A remessa é um dos “gatilhos” que acionam a jurisdição do TPI sobre determinada situação na qual crimes sob a jurisdição do TPI parecem haver sido cometidos. O artigo 13(b) do Estatuto se refere à possibilidade de ação a ser tomada pelo Conselho [...]. O adiamento, por sua vez, é a possibilidade de o Conselho suspender provisoriamente investigações ou processos no TPI sobre situações que presumivelmente estejam sob o exame do órgão da ONU, exigindo-se, tal como na remessa, que a resolução seja adotada nos termos do capítulo VII [da Carta ONU]. (CARDOSO, 2012, pp. 54-57).

Nota-se que, de acordo com o direito internacional preexistente, a determinação da existência do ato de agressão de um Estado pelo Conselho era considerada uma condição *sine qua non* para o possível processo pelo crime individual correspondente. Com a devida consideração a essa regra pré-existente, o parágrafo 6 do Artigo 15 *bis*³¹ do Estatuto estipula que o Procurador do TPI, antes da investigação relativa a um crime de agressão, deve notificar o Secretário-Geral das Nações Unidas da situação (SAYAPIN, 2014).

Ainda sobre a relação entre o Tribunal e o Conselho, cumpre ressaltar que o parágrafo 7 do Artigo 15 *bis*³² autoriza o Promotor a prosseguir, imediatamente, com a investigação nos casos em que o Conselho de Segurança das Nações Unidas já determinou, antes da notificação do Procurador, a existência de um ato de agressão cometido por um Estado Parte do Estatuto de Roma (SAYAPIN, 2014).

Dado que o Conselho de Segurança, no passado, só raramente determinou a existência de atos de agressão, não é impossível que o Conselho continue, por razões políticas, abstendo-se de fazer determinações públicas. Nesse sentido, a fim de aumentar o grau de independência relativa do TPI em relação ao Conselho de Segurança no que diz respeito ao exercício da jurisdição do Tribunal em relação ao crime de agressão, a seguinte disposição foi adotada sob o parágrafo 8 do Artigo 15 *bis*:

³¹ No referido dispositivo, lê-se: “Where the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation in respect of a crime of aggression, he or she shall first ascertain whether the Security Council has made a determination of an act of aggression committed by the State concerned. The Prosecutor shall notify the Secretary-General of the United Nations of the situation before the Court, including any relevant information and documents.”

³² No referido dispositivo, lê-se: “Where the Security Council has made such a determination, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression.”

Se tal determinação não for feita no prazo de seis meses após a data da notificação, o Procurador poderá prosseguir com a investigação em relação a um crime de agressão, desde que a Divisão de Pré-julgamento tenha autorizado o início da investigação com relação a um crime de agressão, de acordo com o procedimento contido no artigo 15, e o Conselho de Segurança não decidiu de outra maneira, de acordo com o artigo 16. (Estatuto de Roma, tradução nossa)³³

Embora seja responsabilidade primária do Conselho de Segurança determinar a existência de um ato de agressão, ele não é o único órgão internacional que pode fazê-lo. Entre os órgãos das Nações Unidas, especialmente a Assembléia Geral e a Corte Internacional de Justiça (CIJ) podem, em certas circunstâncias, determinar a existência de um ato de agressão. Algumas organizações internacionais – como a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) ou a Organização do Tratado de Segurança Coletiva (OTSC) – também devem se pronunciar oficialmente sobre o assunto (SAYAPIN, 2014).

A Conferência de Revisão de Kampala também adotou o Artigo 15 *ter*³⁴, o qual se refere à indicação do Conselho de Segurança como base para o exercício da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão. Essa disposição constitui uma *lex specialis* com relação ao artigo 13 (b) do Estatuto de Roma, e reitera algumas das disposições do Artigo 15 *bis* (SAYAPIN, 2014).

Tão conciso quanto o artigo 15 *bis*, o artigo 15 *ter* estabelece um *modus operandi* jurisdicional *sui generis* – o qual se pode esperar que seja mais praticável do que o previsto no artigo 15 *bis*. As regras *ratione temporis* do Artigo 15 *ter* (parágrafos 2 e 3) são idênticas às do Artigo 15 *bis*. Da mesma forma, o artigo 15 *ter* confirma a autonomia do TPI para a avaliação normativa dos supostos atos de agressão (parágrafo 4) e o tratamento jurisdicional separado dos crimes individuais relacionados (parágrafo 5). No entanto, o *modus operandi* jurisdicional nos termos do artigo 15 *ter* diverge do estabelecido pelo Artigo 15 *bis*, em virtude da ausência, no artigo 15 *ter*, de várias disposições processuais, que estão presentes no Artigo 15 *bis*. Em outras

³³ Na versão original, lê-se: “Where no such determination is made within six months after the date of notification, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression, provided that the Pre-Trial Division has authorized the commencement of the investigation in respect of a crime of aggression in accordance with the procedure contained in article 15, and the Security Council has not decided otherwise in accordance with article 16.”

³⁴ No referido dispositivo, lê-se: “ 1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraph (b), subject to the provisions of this article. 2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties. 3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute. 4. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court’s own findings under this Statute. 5. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.”

palavras, no caso de uma remessa do Conselho de Segurança, o TPI teria jurisdição com relação a um suposto crime de agressão, em virtude de o Conselho agir de acordo com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, e os Estados envolvidos teriam que cumprir com o encaminhamento do CSNU como membros das Nações Unidas (SAYAPIN, 2014).

3. OS DESAFIOS À FRENTE

3.1. A Sociedade Internacional

A mais importante lição de um século de esforços com vistas à consolidação de uma justiça internacional gira em torno da dificuldade de tratar, conjuntamente, poder e justiça.

A descrição de uma instituição social como um sistema legal implica em gerar e obrigar regras envolvendo o comportamento das pessoas ou institutos sujeitos a esse sistema, valendo-se de meios de coerção considerados legítimos. Ademais, sistemas legais também podem buscar influenciar comportamento valendo-se de ideias de moralidade, prudência ou benefício social. Nesse sentido, regras legais não são apenas sugestões para um comportamento prudente ou pedidos por atitudes adequadas – elas são exigências. Assim sendo, as regras do sistema legal internacional, em razão da ausência de uma estrutura hierárquica, só podem ser identificadas aplicando-se o padrão “obedeça ou seja sancionado” (WEISBURD, 1997).

É importante reconhecer que a estrutura do sistema legal internacional, tanto em termos de ausência de órgãos centrais quanto em termos de balança de poder na comunidade internacional, afeta a capacidade sancionadora desse sistema. Todavia, segundo WEISBURD (1997), embora sanções centralizadas sejam raras no direito internacional, elas existem. Ademais, os Estados têm uma ampla gama de maneiras para indicar descontentamento com a ação de outros Estados, desde atitudes simbólicas (como a expulsão de um embaixador) até sanções econômicas e militares. De fato, a gama de sanções disponíveis para violações de regras do direito internacional é grande o suficiente para tornar difícil imaginar um caso em que seria impossível, para o sistema jurídico internacional, aplicar regras específicas.

A adoção e a implementação do TPI enfrentam não apenas as dificuldades que bloquearam a aceitação de tribunais penais internacionais com o fim da Primeira Guerra Mundial. São confrontados também novos desenvolvimentos científicos e políticos – como a proliferação de armas nucleares com capacidade de matar centenas de milhões de pessoas e a multiplicação de movimentos nacionalistas e ideológicos – que têm, substancialmente, piorado a esperança de se conceber soluções internacionais aos crimes internacionais (WILLIS, 1982).

Reconhece-se, ademais, que uma sociedade internacional é, ainda, mais uma aspiração que uma realidade. A noção de uma sociedade internacional está, constantemente, sob ataque. Na melhor das hipóteses, essa sociedade está dividida em componentes étnicos, nacionais e religiosos. Nesse ambiente, grupos reprimidos e ressentidos estão redescobrendo, e às vezes

afirmando violentamente, suas demandas – de modo que a fragmentação de um mundo que parecia politicamente estável está crescendo de modo alarmante. Torna-se irônico, inclusive, a noção de ordem mundial em um mundo cada vez mais fragmentado (BOEMEKE, FELDMAN e GLASER, 1998).

Assim, para BOEMEKE, FELDMAN e GLASER (1998), o conceito de ordem baseado em um sistema de territorialidade e soberania dos Estados – isto é, o sistema de Westphalia – é colocado em questão. A perplexa multiplicidade de atores revela as fragilidades de um sistema que se pressupõe ordenado e retira a ilusão de controle sobre a anarquia internacional.

3.2. As Limitações na Jurisdição do TPI sobre o Crime de Agressão

A ativação da jurisdição do TPI sobre esse quarto crime é, sem dúvidas, muito significativa e um avanço para o direito penal internacional. Todavia, os Estados Partes não podem olvidar as limitações significativas na jurisdição do TPI sobre o crime de agressão. Assim sendo, o desafio será garantir que se obtenha, de fato, um avanço para a paz e a segurança internacionais.

Tarefas à frente incluem: (i) para o TPI, demonstrar-se capaz de julgar esse crime de forma imparcial, justa e responsável; (ii) para o Conselho de Segurança da Nações Unidas, referir situações que envolvam agressão ao TPI (de maneira que a capacidade de encaminhamento do Conselho de Segurança possa criar dissuasão, potencialmente mundial, contra crimes de agressão) e assegurar que as situações apropriadas sejam referidas; (iii) para os Estados Partes que ainda não ratificaram a emenda do crime de agressão – o que inclui o Brasil – fazê-lo e, assim, aumentar a jurisdição do TPI (o que, por sua vez, também aumentaria a dissuasão). Ressalta-se, nesse sentido, que a dissuasão é importante porque a ativação do quarto crime não foi projetada para gerar casos do TPI – em um mundo perfeito, não haverá casos de agressão do TPI para processar porque a dissuasão funcionou.

Dessarte, embora as décadas de trabalho de redação e negociações estejam concluídas, ainda há muito trabalho a ser realizado em relação a esse crime no TPI. O caminho a seguir – retomando o legado há muito adormecido do Tribunal de Nuremberg – está apenas iniciado, mas simboliza a esperança de um mundo com menos injustiça e impunidade.

3.3. O Conselho de Segurança das Nações Unidas

A balança de poder da sociedade internacional está em constante desequilíbrio, sobretudo em razão das assimetrias e heterogeneidades entre os seus diferentes atores. Assim sendo, o direito internacional público – que é o instrumento jurídico dessa sociedade – também replica, em sua concepção e aplicação, esses desequilíbrios e contradições.

Com isso em mente, cumpre ressaltar que um dos maiores desafios ao exercício da jurisdição do TPI diz respeito ao fato de que grandes potências – como China, Estados Unidos, Rússia e a Índia – não terem planos para ratificar o Estatuto de Roma ou a ele aderir em horizonte temporal próximo. Por mais de uma década, as posições desses países não sofreram evolução em direção à aceitabilidade do mecanismo. Frente a essas ausências, identificam-se contradições relacionadas ao desenvolvimento da instituição:

(i) o TPI é um dos produtos da década que se seguiu ao fim da ordem bipolar, mas os protagonistas da Guerra Fria não integram o mecanismo; (ii) foi estabelecida uma relação do Tribunal com o Conselho de Segurança, mas três dos cinco membros permanentes do CSNU não são partes do Estatuto de Roma; e (iii) o TPI nasceu em período de liderança incontestada dos EUA, mas a superpotência não somente rejeitou o mecanismo, como também a ele fez oposição frontal. (CARDOSO, 2012, p. 78)

Nesse sentido – dada a prática passada do TPI, a relação normativa entre o Estatuto de Roma e a Carta das Nações Unidas, e a relação funcional entre o TPI e o CSNU – é provável que os julgamentos pelo crime de agressão no Tribunal sejam limitados a líderes de Estados relativamente fracos, sem aliados consistentes ou tradicionais entre os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU. Nenhum processo seria possível contra os líderes dos membros permanentes e seus aliados, devido ao seu poder de veto e ao direito do Conselho de Segurança de adiar uma investigação ou processo (SAYAPIN, 2014).

É suficiente mencionar que, uma vez que as obrigações dos Estados sob a Carta das Nações Unidas prevalecem sobre suas obrigações sob qualquer outro acordo internacional – incluindo o Estatuto de Roma – e três membros permanentes do Conselho com poder de veto (China, Rússia e Estados Unidos) não são Estados Partes do Estatuto, o supostamente independente Tribunal Penal Internacional iria, de fato, depender consideravelmente do Conselho de Segurança no exercício da jurisdição sobre o crime individual de agressão (SAYAPIN, 2014).

Nos termos do artigo 39 da Carta, o Conselho de Segurança foi o principal responsável pela manutenção da paz e segurança internacionais, incluindo o poder de "determinar a existência de qualquer [...] ato de agressão". No entanto, de acordo com alguns comentaristas, o Conselho de Segurança foi amplamente tendencioso no exercício desse poder, pois até a adoção da resolução 3314 da Assembléia Geral, em 14 de dezembro de 1974, o Conselho não tinha nenhuma orientação normativa sobre o que deveria poder constituir agressão. De 1946 a 1986 – quando ocorreram dezenas de conflitos armados internacionais – o Conselho aprovou apenas duas decisões nos termos do Artigo 39 que havia uma “violação da paz” (com respeito à Coreia em 1950²⁷⁴ e às Ilhas Falkland em 1982). Durante o mesmo período, o Conselho de Segurança referiu-se a “agressão” apenas nos casos de Israel e da África do Sul e determinou não mais do que sete casos de “ameaça à paz e segurança internacionais”. O Conselho de Segurança não classificou a invasão soviética no Afeganistão em 25 de dezembro de 1979 como um ato de agressão e até mesmo a invasão iraquiana no Kuwait em 2 de agosto de 1990 foi caracterizada como uma violação da paz e segurança internacionais. Dado o uso recorrente de vetos no Conselho entre 1945 e 1992, não é surpreendente que os atos de agressão tenham sido determinados apenas excepcionalmente raramente (SAYAPIN, 2014).

É importante que o Artigo 39 da Carta das Nações Unidas declara que determinar situações de agressão é uma prerrogativa do Conselho de Segurança. Nesse sentido, questiona SCHABAS (2011): se o Conselho de Segurança é o árbitro das situações de agressão, isso significaria que o Tribunal só pode processar a agressão depois que o Conselho tiver pronunciado sobre o assunto? Como se viu anteriormente neste trabalho, a resposta a essa questão é que, na maioria dos casos, a ação do Tribunal depende da definição do Conselho. Desse modo, essa perspectiva demonstra uma invasão do CSNU sobre a independência do TPI e significa a determinação de uma questão factual por um órgão que é, essencialmente, político. Como observou o juiz Schwebel da Corte Internacional de Justiça³⁵, uma determinação do Conselho de Segurança de agressão não é uma avaliação legal – mas baseada em considerações políticas.

³⁵ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986. Disponível em < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2019.

3.4. Os Estados Unidos da América e o TPI

Os Estados Unidos da América ajudaram a expandir o direito internacional e lideraram esforços para criar instituições internacionais na crença de que esse trabalho correspondia ao interesse nacional. Não obstante, um dos maiores obstáculos ao sucesso do estabelecimento do Tribunal é a recusa dos Estados Unidos em participar da criação de novas instituições internacionais. Nesse sentido, questiona-se se a ausência norte-americana significa muito ao incipiente tribunal, tanto em termos práticos (isto é, em financiamento e apoio logístico) quanto em termos morais (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Ao aderirem à jurisdição do TPI, os Estados aceitam estar limitados por um processo com regras definidas, mas sem garantias. Eles aceitam esse nível de risco no intuito de avançar um objetivo maior de dar fim à impunidade para os piores crimes internacionais. Para os líderes norte-americanos, todavia, esse é um passo muito a frente (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Ademais, líderes norte-americanos evidenciam que, uma vez que a ação internacional dos Estados Unidos é excepcional, assumindo uma responsabilidade única para promover a segurança internacional, ele merece alguma exceção a regras aplicadas a outros Estados. Nesse sentido, o TPI irrita os Estados Unidos porque todos os indivíduos (e, por extensão, Estados) permanecem, diante do Tribunal, como iguais (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Assim sendo, embora os Estados Unidos tenham assumido liderança na criação de instâncias penais internacionais de alcance geográfico limitado – como quando tomou a iniciativa de propor a criação do Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia – eles foram reticentes com relação à ideia de criar um mecanismo judicial que fosse ao mesmo tempo independente e universal. Assim:

Desde o início, deram mostras de que somente se interessariam em participar da iniciativa se pudessem exercer inteiro grau de “controle” sobre os casos que viessem a ser julgados pelo Tribunal e, ademais, garantir que seus nacionais não viessem a responder perante o órgão. (CARDOSO, 2012, p. 78)

Sob o princípio da complementariedade disposto em seu Estatuto, o TPI deve se submeter à soberania internacional, agindo apenas quando os Estados falharem na aplicação da justiça. Como os Estados Unidos tem um sistema judiciário funcional, o TPI investigaria as ações de americanas apenas se os Estados Unidos não estivessem dispostos a investigar ou processar um caso. Todavia, a determinação de se um Estado investigou ou processou genuinamente uma alegada ofensa é, em última instância, da responsabilidade dos juízes do

TPI. Portanto, os Estados dão um passo significativo ao aceitar o direito do TPI de julgar ações ou motivações em relação aos processos nacionais (SEWALL e KAYSEN, 2000).

Assim sendo, o ceticismo dos Estados Unidos em relação à Corte não só enfraquece o seu próprio apelo a autoridade moral como também aumenta a ideia de que justiça deve ser separada de poder.

3.5. Seletividade no Sistema Penal Internacional

Segundo ZAFFARONI et al (2003), o principal argumento em torno da defesa pela manutenção de tribunais penais internacionais, sejam eles permanentes ou *ad hoc*, é o de que garantirão um certo grau de menor irracionalidade, contendo e limitando o poder punitivo internacional na medida de seu espaço de intervenção. Todavia, esses tribunais, a exemplo dos nacionais, reproduzem estruturas seletivas, não lançando mão de outro poder senão o de decidir sobre o prosseguimento ou interrupção de uma criminalização em curso. Nesse sentido, para FERREIRA FILHO (2005), o otimismo sobre a criação do TPI deve ser revista frente ao fato de que alguns dos Estados mais poderosos no teatro internacional se posicionaram contra as normas do tratado, aumentando os riscos de que o TPI se torne uma corte para sancionar os crimes dos mais fracos – restando impunes os mais fortes.

Assim, reforçando a ideia de seletividade no sistema penal internacional, é corrente a percepção de que o TPI seja um tribunal “ocidental” para julgar africanos – o que decorre, em grande medida, dos fundamentos do regime do Estatuto de Roma. Ademais, sabe-se que:

Desde 2003 a promotoria tem feito escolhas, também com base nos “gatilhos” externos acionados, que culminaram no foco africano que se imprimiu aos trabalhos do TPI. Criaram-se percepções em função da Corte se debruçar exclusivamente sobre casos referentes a países da África, deixando, assim, de lidar com crimes de igual gravidade perpetrados em outras regiões (CARDOSO, 2012, p. 118-119).

É fato que o Tribunal, à luz do princípio da complementaridade, apenas pode atuar em casos de flagrante incapacidade ou falta de disposição das instituições nacionais em lidar com os casos relativos aos crimes sob a jurisdição do Tribunal. Assim, uma vez que um dos critérios é a falência dos sistemas judiciais, pode-se considerar que há uma “propensão natural” para que os casos do TPI concentrem-se no mundo em desenvolvimento, cujos países contam com sistemas judiciários menos equipados (CARDOSO, 2012). Todavia:

Um dos propósitos do estabelecimento do TPI foi evitar a singularização de situações particulares e de áreas geográficas específicas. Daí os questionamentos dos dirigentes africanos, que tendem a seguir dando mostras de insatisfação com o TPI sobretudo se o órgão judicial não conseguir desconcentrar sua atuação. A “reação

africana” contra o Tribunal decorreria essencialmente da concentração das suas atividades na África. Nessas condições, países diretamente afetados por decisões do TPI – como é o caso do Quênia – tenderiam a obter sem dificuldades apoio das lideranças regionais com vistas a que gestões fossem efetuadas junto ao Conselho de Segurança para a suspensão dos processos (embora não determinassem a ação do Conselho, essas gestões não deixariam de constituir sinalizações políticas). (CARDOSO, 2012, p. 122)

Reconhece-se que o colonialismo “pode ser parte integrante da própria estrutura do direito internacional” (GALINDO, 2015, p. 344). Aclara-se, ainda, que:

O debate sobre colonialismo e eurocentrismo na historiografia do direito internacional possui o grande mérito não apenas de visibilizar o sofrimento de pessoas e povos durante o tempo, mas também de atribuir à história do direito internacional o importante papel de auxiliar na construção de agendas para o presente. Quando se fala na persistência ou superação do colonialismo no direito internacional, estabelece-se, também, crítica à manutenção dessas estruturas e a opção por um direito internacional diferente. (GALINDO, 2015, p. 351)

Assim sendo, o direito internacional só estará apto a atenuar os seus paradoxos e assimetrias quando dispor, no seu centro geométrico, não só atores dominantes – mas também aqueles que clamam por proteção e emancipação. Com isso em mente, parece razoável que os africanos venham a ser processados e julgados por juízes africanos – seja no plano nacional, seja no plano regional. Assim, com vistas a conduzir ao aumento da cooperação internacional na área judicial, talvez caiba ao TPI também fortalecer o seu viés cooperativo para que seja estimulada a realização de processos judiciais no âmbito nacional, equipando o sistema judiciário desses países. Alcançar-se-ia, assim, uma possível solução para superar essa ideia de “colonialismo judicial” que coloca o regime do TPI sob questionamento.

CONCLUSÃO

Os passos que culminaram na criação do Tribunal Penal Internacional e na definição do crime de agressão têm, conforme se demonstrou, raízes longínquas. É evidente que a consolidação do TPI e a ativação de sua jurisdição sobre o crime de agressão representam um marco para o direito internacional penal – o que serve tanto para celebração quanto para reflexão.

A pergunta que conduz o presente estudo – isto é, qual o significado, para o direito internacional penal, da ativação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre o crime de agressão? – pode ser respondida de duas maneiras: primeiro, sob o viés de um mundo ideal; e, segundo, sob o viés do mundo real.

Em um mundo ideal, a simples definição, no Estatuto de Roma, do crime de agressão seria capaz de suprimir a imprecisão e a subjetividade dos julgamentos políticos do CSNU, fornecendo-lhe diretrizes positivas para a identificação de um ato de agressão. Ademais, ela seria um referencial para a conduta dos Estados, dissuadindo os potenciais agressores. Por fim, ela fortaleceria o sistema de segurança coletiva estabelecido pela Carta da ONU.

Entretanto, no mundo real, a definição de agressão, por si só, não é capaz de impedir que os Estados pratiquem, entre si, atos de agressão. Afinal, as normas internacionais não possuem um caráter auto-executório, os atuais mecanismos de segurança coletiva têm eficácia limitada e os Estados creem, muitas das vezes, que a violação do direito internacional compensa quando um interesse nacional está em jogo.

Assim sendo, o estado atual do nosso mundo sugere que, por vezes, a lembrança do passado e as lições que esperávamos aprender foram deixadas de lado. O ato de criar novas leis e instituições não é, portanto, suficiente para colocar em prática aspirações de uma sociedade internacional que se pressupõe, a despeito de humores e conveniências, amante da paz. Os erros continuam, por meio do tempo e do lugar, mostrando-se terríveis. Ademais, é certo que o TPI enfrenta uma série de incertezas envolvendo sua habilidade para fazer cumprir justiça e definir os interesses aos quais a justiça servirá.

A justiça internacional deve, nesse sentido, ser vista como um trabalho em progresso. A lei, por si só, não tornará a agressão impossível – mas pode fornecer uma estrutura para a determinação do que é certo e errado e funcionar como um meio de proclamar os direitos de indivíduos e grupos contra a barbárie. Assim, o papel dos sistemas internacionais de justiça

criminal, no que diz respeito à repressão do crime de agressão, deve ser, continuamente, fortalecido.

É necessário reconhecer que pode ser ainda muito cedo para analisar a aplicação das disposições do Estatuto de Roma sobre o crime de agressão. De todo modo, em níveis qualitativos, essas regras devem impedir os Estados de usarem a força militar contra outros Estados e servir como métricas para o grau de culpa dos líderes desses países, caso eles contribuam para o planejamento, preparação, iniciação ou execução de atos reais de agressão. A eficiência dessas regras poderia ser provada, no primeiro caso, pela ausência ininterrupta de um conflito armado internacional entre Estados e, no segundo, pela instituição de investigações ou processos judiciais apropriados em relação aos respectivos indivíduos.

Conclui-se, assim, que a tipificação, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, do crime de agressão entre os crimes sob a jurisdição do TPI e a posterior ativação da jurisdição do Tribunal sobre esse crime constituem um desenvolvimento importante, mas cujo potencial não deve ser exagerado. Afinal, o TPI funciona dentro de um sistema de relações internacionais em que a política de poder dos Estados, mais do que ocasionalmente, é capaz de impedir processos individuais por crimes tão politicamente enviesados quanto o crime internacional de agressão. A produção da justiça, pelo direito internacional penal, é, portanto, tarefa inacabada e que exige constante aperfeiçoamento.

REFERÊNCIAS

BOEMEKE, Manfred F.; FELDMAN, Gerald D.; GLASER, Elisabeth (Ed.). *The Treaty of Versailles: a reassessment after 75 years*. The German Historical Institute, 1998.

BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 01 jun. 2019.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015.

ICC. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*, de 17 de julho de 1998. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/add16852-ae9-4757-abe7-9cdc7cf02886/283503/romestatuteng1.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

SAYAPIN, Sergey. *The crime of aggression in international criminal law: historical development, comparative analysis and present state*. Springer Science & Business Media, 2014.

SCHABAS, William A. *An introduction to the international criminal court*. Cambridge University Press, 2011.

SEWALL, Sarah B.; KAYSEN, Carl (Ed.). *The United States and the International Criminal Court: national security and international law*. American Academy of Arts and Sciences, 2000.

WEISBURD, Arthur Mark. *Use of force: The practice of states since World War II*. Penn State Press, 1997.

WILLIS, James F. *Prologue to Nuremberg: the politics and diplomacy of punishing war criminals of the First World War*. Greenwood Publishing Group, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.