

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALVARO WALMRATH BISCHOFF

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

PORTO ALEGRE

2012

ALVARO WALMRATH BISCHOFF

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo.

PORTO ALEGRE

2012

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto material o Ministério Público no âmbito do Direito Internacional Penal. Partindo da assertiva de que o Ministério Público é uma instituição necessária à existência de uma justiça internacional, buscamos identificar quais são as características desejáveis desse Ministério Público que tornem efetiva a proteção dos Direitos Humanos em nível internacional, garantido ao mesmo tempo um processo justo ao acusado. A análise passa pelo cotejo entre os sistemas do *civil law* e *common law*, bem como das experiências históricas das jurisdições penais internacionais, desde o Tribunal de Nuremberg até a criação do Tribunal Penal Internacional em 1998 através do Tratado de Roma.

ABSTRACT

The present work has as a material object the prosecution under the International Criminal Law. Starting from the assertion that the prosecutor is a necessary institution to the existence of an international justice, we seek to identify what are the desirable characteristics of prosecutors to make the effective protection of human rights internationally guaranteed while the accused a fair trial. The analysis goes through parallel the systems of civil law and common law, as well as the historical experiences of international criminal courts, since the Nuremberg Tribunal to the creation of the International Criminal Court in 1998 through the Treaty of Rome.

*Dedicado a Tati, a Sofi e
ao Rafa, os amores da minha
vida.*

AGRADECIMENTOS

*Ao professor Tupinambá
Pinto de Azevedo, exemplo de
homem público seja no
Ministério Público, na
Magistratura ou no magistério
superior, meu reconhecimento.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	11
1.1 Conceituação	11
1.2 Raízes históricas do Direito Internacional Penal	17
1.2.1 Exórdios	20
1.2.2 O tribunal de Nuremberg.	35
1.3 Natureza jurídica ou política?.....	50
1.4 Aspectos Dogmáticos: a influência do <i>Common Law</i>	60
1.4.1 Origens do <i>Common Law</i>	63
1.4.2 O <i>nullum crimen sine lege</i> no direito internacional penal.....	69
1.4.3 Conspiracy.....	85
1.5 Resumo da Primeira Parte.	89
2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	90
2.1 O Ministério Público no Sistema Legal do <i>Common Law</i>	95
2.2 O Ministério Público nos Países do Direito Continental.....	107
2.3 O Ministério Público nos tribunais penais internacionais	122
2.3.1 O Ministério Público em Nuremberg.....	126
2.3.2 No tribunal para a ex-Iogoslávia.....	141
2.3.3 O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional.	156
2.4 Resumo da segunda parte.	168
À GUIA DE CONCLUSÃO	170
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174
FONTES CONSULTADAS	179

INTRODUÇÃO

A ideia de uma jurisdição internacional penal, de caráter permanente, foi consolidada com o Estatuto de Roma e com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional que entrou em vigor em julho de 2002. Trata-se, portanto, de um elemento integrador da humanidade, mas em sentido negativo: é o reconhecimento de que as atrocidades perpetradas contra os seres humanos continuarão ocorrendo. O objetivo, no entanto, é nobre: evitar que fiquem impunes tais atrocidades. E quem sabe, através do exemplo, evitá-las. O êxito de tudo isso vai depender, dentre outros aspectos, da atuação concreta do próprio tribunal, se lograr levar a julgamento e condenação aqueles que cometem os crimes contra a humanidade. Na consecussão desse objetivo, resulta fundamental a atuação do Ministério Público. Com efeito, cabe ao Procurador junto ao Tribunal, como órgão autônomo, exercer a investigação das infrações e intentar a ação penal. Destarte, o presente estudo tem como objeto material o Ministério Público no âmbito do Direito Internacional Penal. Para tanto, partindo da afirmação de que o Ministério Público é uma instituição necessária à própria existência de uma justiça internacional, nosso dilema é identificar quais são as características essenciais desse Ministério Público que de um lado promova a efetiva proteção dos direitos humanos em âmbito internacional e, de outro,

garanta o direito fundamental do acusado a um processo justo. Trata-se, portanto, de uma análise eidética, que busca identificar a essência dessa instituição. Utilizaremos para tanto, uma abordagem histórica e dogmática, constituindo esses os nossos objetos formais.

O trabalho é dividido em duas partes. A primeira diz respeito ao Direito Internacional Penal. Com efeito, somente é possível compreender a atuação do Ministério Público no âmbito de uma jurisdição internacional penal quando se tem delimitado e estabelecido um Direito Internacional Penal sobre o qual o mesmo atuará. Na delimitação desse Direito Internacional Penal buscamos encontrar suas vinculações históricas, em especial a experiência do pós-Segunda Guerra Mundial com o Tribunal de Nuremberg. Fundamental também para a compreensão desse ramo do saber jurídico é a análise de seus institutos através da perspectiva do sistema jurídico do *common law*, que praticamente com exclusividade determinou suas características, tanto materiais quanto processuais.

Na segunda parte da pesquisa, temos como foco o Ministério Público. Novamente buscamos as suas vinculações históricas: seu surgimento e desenvolvimento evolutivo no âmbito dos Estados nacionais à guisa de comparação entre os modelos do chamado direito continental em contraposição aos países do *common law*. A partir desse cotejo é possível extrair elementos para identificar a atuação do Ministério Público nas jurisdições internacionais (tribunais *ad hoc*) e, principalmente, suas características e prerrogativas no Estatuto de Roma.

Além de encontrar uma proposição para o problema teórico apresentado acreditamos que o presente estudo pode contribuir para uma melhor compreensão do Direito Internacional Penal,

tema atual e em franca expansão tendo em vista a crescente consolidação de um sistema jurídico penal internacional, com a criação do Tribunal Penal Internacional, através do Tratado de Roma.

1 DIREITO INTERNACIONAL PENAL

1.1 Conceituação

O Direito é, inegavelmente, uma ciência conceitual. Destarte, a correta classificação de determinado instituto jurídico é tarefa primordial para seu estudo científico, seja para determinar-lhe o âmbito de atuação, suas consequências jurídicas ou os princípios que o regem. Sendo o Direito Internacional Penal um ramo da ciência jurídica no qual se imiscuem o Direito Penal – tipicamente pertencente ao direito público interno dos estados – e o Direito Internacional – de aplicação no âmbito das Nações, a tarefa de conceituar e classificar não é singela. Não ao acaso, pode-se afirmar que grassa verdadeira cizânia quando da conceituação do Direito Internacional Penal. Explica-se: Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário, Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal, em que pese – em nosso entendimento – tratarem-se de conceitos distintos

são apresentados muitas vezes como sinônimos ou como relação de gênero e espécie entre si.

A primeira, e talvez mais importante, distinção a ser realizada é entre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal. Longe de a discussão resumir-se a uma questão de nomenclatura, trata-se fundamentalmente do seu conteúdo jurídico. Com efeito, não há razão para a confusão entre os termos: o Direito Penal Internacional é tão somente a aplicação extraterritorial da lei penal de determinado Estado, tal como concebido no artigo 7º do Código Penal brasileiro: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro”. Trata-se, portanto, de um direito público e interno dos estados. Também não se pode confundir o direito internacional penal com os crimes transnacionais ou de caráter internacional, que são, fundamentalmente, a criminalidade convencional praticada através de redes internacionais, cujo combate é realizado através da cooperação internacional¹. Assim, não concordamos com a unificação dos conceitos como faz parte da doutrina:

Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas. O Direito Penal Internacional estabelece, também, as regras relativas: à **aplicação**

¹ AZEVEDO, T. P. **Legitimação Penal pela Constituição:** o poder punitivo no Estado de Direito. Porto Alegre: Curso de Pós-Graduação em Direito (UFRGS). Tese de Doutorado, 2006, p. 299.

extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional².

Com a devida vênia, não há necessidade de englobar sob um mesmo instituto fenômenos que são regidos por princípios bastante diversos, como é o caso da extradição e do cumprimento de sentenças estrangeiras, matérias de índole constitucional. Nesse sentido, cabe trazer à colação a precisa definição de Roberto Lyra:

Depois da Guerra de 1939-1945, surgiu um direito internacional penal determinador e sancionador ao lado do velho direito penal internacional de Bentham, este limitado aos chamados crimes formalmente internacionais e aos transbordamentos da extraterritorialidade e seus privilégios. **É preciso não confundir as incriminações tradicionais com as tipicidades internacionais agora procuradas para a administração e a distribuição de uma justiça penal internacional.**³

Outra diferenciação mais importante, contudo, diz respeito ao Direito Internacional Humanitário, que em suma é o direito de Genebra:

² JAPIASSU, C. **O Direito Penal e o Direito Internacional**. In: DIREITO C. *et all*. **Novas Perspectivas do Direito Intenacional Contemporâneo**. Estudos em homenagem ao

O Direito Internacional Humanitário é um conjunto de regras que busca, por questões humanitárias, limitar os efeitos do conflito armado. Ele protege as pessoas que não participam ou não mais participam das hostilidades e restringem os meios e métodos de guerra. O Direito Internacional Humanitário também é conhecido como direito de guerra e direito do conflito armado.⁴

A distinção entre o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Humanitário é possível, na medida em que as convenções de Genebra tem como escopo fundamental a limitação, direta e indireta, dos efeitos dos conflitos armados: diretamente restringindo os meios da guerra - dirigindo-se aos envolvidos nos conflitos - e, indiretamente, evitando tais consequências àquelas pessoas que não participam de forma imediata nos conflitos. Outrossim, os comandos extraídos das convenções de Genebra têm como destinatários, fundamentalmente, os Estados envolvidos nos conflitos. Ainda que busquem a responsabilização pessoal de quem viole os referidos preceitos convencionais, remete o seu julgamento aos tribunais nacionais, seja do Estado da nacionalidade do agente envolvido ou de outra potência, conforme o art. 49 da primeira convenção, reproduzido nas demais. Nesse sentido:

Os indivíduos integrantes das forças armadas dos Estados beligerantes são criminalmente

professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 70-1. (grifos nossos)

³ LYRA, R. **Direito Penal Normativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977, p.12.

⁴ Texto disponível em:

http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/htmlall/section_ihl_in_brief?OpenDocument. Acesso em 27/01/2011.

responsáveis pelas violações ao direito internacional da guerra e podem ser castigados pelos demais beligerantes. Não obstante, nesses casos as sanções se impõem não a partir de um procedimento internacional, mas através do exercício da jurisdição nacional do Estado que os têm em custódia.⁵

Por fim, e este é um traço distintivo fundamental, o Direito Internacional Humanitário, porquanto não é seu objetivo, não apresenta regras de imputação para a responsabilização individual por violações às suas regras. Sob essa perspectiva, o Direito Internacional Penal seria mais amplo, abrangendo inclusive o Direito Humanitário Internacional, tendo em vista que as violações ao Direito de Genebra são previstas como crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. Contudo, insiste-se que é dispiciendo estabelecer-se uma relação de gênero e espécie entre tais conceitos: mesmo tendo o Direito Internacional Penal incorporado os conceitos principais do Direito de Genebra, este mantém sua autonomia - continua válido para a regulação dos conflitos armados - ao passo que, na parte em que foi incorporado ao Direito Internacional Penal, sua interpretação e aplicação se dará com base em princípios constantes no próprio estatuto. Válida, portanto, a distinção.

Finalmente, a conceituação do que seja o Direito Internacional Penal deve ter como base o seguinte princípio:

⁵ ODA, Shigeru. **El Individuo entre el Derecho Internacional**. In: SORENSEN, M. Manual

da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o direito internacional. Seguindo a doutrina de Kai Ambos, trata-se de uma forma de punibilidade autônoma com fundamento no Direito Internacional.⁶ Acrescentaríamos ainda que tal responsabilidade deve ser deduzida em um procedimento junto a um órgão judiciário internacional. As bases históricas e dogmáticas, no que pertine aos objetivos desse trabalho, serão a seguir desenvolvidas, no entanto, adianta-se que referida conceituação do Direito Internacional Penal lastreia-se na experiência do Tribunal de Nuremberg. Tal definição leva já a outra consideração: a influência do sistema anglo-saxão nos conceitos e definições do Direito Internacional Penal. Henri Meyrowitz refere os dois sistemas pelos quais poderiam ser tipificados os crimes cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial: pelo sistema continental, com base na infração de uma lei territorial; pelo sistema anglo-americano, com base diretamente no direito internacional. Vejamos:

A segunda variante consiste em aplicar aos crimes de guerra, diretamente, o direito internacional. Assim, ao passo que no sistema continental do tipo francês exige-se uma dupla violação da lei: primeiramente, da lei penal interna, de outra parte, das leis e costumes da guerra; já o sistema oposto preocupa-se com à violação às leis e aos costumes da guerra, ou seja, buscando a incriminação diretamente no

de Derecho Internacional Publico. México: FCE, 1981, p. 492. (Livre tradução)

⁶ AMBOS, K. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**. Bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44. O autor utiliza, contudo, a expressão Direito Penal Internacional.

direito internacional, ainda que a conduta tenha repercussão em seu direito interno. (...) Os autores do acordo de Londres, na definição dos crimes de guerra no artigo 6 (b) do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, adotaram a teoria anglo-americana para o crime de guerra, considerado como infração ao direito internacional.⁷

Com efeito, a conceituação do Direito Internacional Penal com base na experiência histórica de Nuremberg, bem como nos demais tribunais internacionais *ad hoc* até a criação da corte permanente possibilita a clara delimitação dessa disciplina, conferindo-lhe autonomia científica e evitando confusões teóricas e metodológicas. Em síntese: Direito Internacional Penal é aquele que permite a punição direta e autônoma de um indivíduo autor de um crime de âmbito internacional tal como concebido inicialmente no Tribunal Internacional de Nuremberg.⁸ Tal conceito, à evidência, evolui a partir da jurisprudência dos tribunais internacionais *ad hoc* e dos tratados internacionais, consolidando-se no Estatuto de Roma.

1.2 Raízes históricas do Direito Internacional Penal

Em consonância com a conceituação supramencionada, vamos proceder a uma análise diacrônica acerca do Direito

⁷ MEROWITZ, H. La Répression par les Tribunaux Allemands des Crimes Contre L'Humanité et de L'appartenance a Une Organisation Criminelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1960, pp.172-3. (livre tradução)

⁸ No mesmo sentido a definição de GLASER, S. **Introduction a L'Étude du Droit International Pénal**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1954, p 6. "Comme il s'agit ici d'une discipline qui se propose de protéger, par des sanctions pénales, le

Internacional Penal, buscando suas vinculações históricas. Inicialmente é preciso pontuar que, ao se estudar um determinado instituto em perspectiva histórica, especialmente quando já se conhecem seus desdobramentos, pode ocorrer uma certa tendência, um tanto quanto arbitrária e artificial, de eleger-se determinados fatos que melhor se coadunam com o fim colimado. De outra forma, estabelecendo-se um marco inicial e outro final de um determinado fenômeno, é possível concatenar episódios que conduzem ao resultado já conhecido. Nesse proceder, repise-se, artificial e até enganoso, eventos importantes, porque destoando do desiderato almejado, são relegados ao esquecimento; outros, de pouca relevância, são sobrevalorizados. Constrói-se, assim, uma narrativa, só aparentemente indene de descontinuidades e contradições. Especificamente, em uma análise sumária de escritos publicados sobre o Direito Internacional Penal após a aprovação do Estatuto de Roma em 1998, os eventos que o antecedem são dispostos como se seguissem uma linha de desenvolvimento lógica e coerente, “um caminho pavimentado ao longo da história da humanidade”. Grosso modo, o reconhecimento dos Direitos Humanos pela Revolução Francesa, seguido pelo surgimento do Direito Humanitário de Genebra representariam uma primeira etapa. Os horrores desencadeados pelas duas

droit international, la terminologie ‘droit international pénal’ nous paraît bien fondée.”

Guerras Mundiais, em especial as atrocidades cometidas pelo nacional-socialismo alemão, e o conseqüente julgamento de Nuremberg, uma segunda etapa. Coroando essa evolução, antes passando pelos tribunais *ad hoc* da Ex-Ioguslândia e de Ruanda, chegaríamos a “concretização do sonho”, com a criação do Tribunal Penal Internacional, em vigor desde 2002. Não se desconhece, é claro, a importância e relevância de todos esses acontecimentos, e inúmeros outros não citados, para o desenvolvimento do Direito Internacional, bem como para a própria história da humanidade. Trata-se, ainda que de forma rápida, de advertir que referidas efemérides não podem ser simplesmente dispostas em ordem cronológica como se formassem um todo conexo. Ao contrário, parece-nos que uma análise histórica do Direito Internacional Penal denota, antes, apanágios de descontinuidades e rupturas do que uma evolução supostamente linear. Mesmo em trabalhos de grande densidade teórica é possível perceber essa visão historicizada do Direito Internacional Penal:

O que segue é a história da busca pela comunidade internacional por uma justiça internacional criminal e, em particular, de uma corte internacional permanente. Inicia no dia seguinte ao fim da Primeira Guerra Mundial em 1919 e conclui-se com a assinatura em 18 de julho de 1998 do Tratado de Roma contendo o estatuto do Tribunal Penal Internacional.⁹

⁹ BASSIOUNI, C. M. **International Criminal Law**. 3ª ed. Vol. III, International Enforcement. Leiden: Martinus Hijhoff Publishers, 2008, p.31. (livre tradução)

Destarte, neste ponto, a proposta é, para além de uma descrição fática, analisar, de forma contextualizada, os episódios históricos que contribuíram para o surgimento e desenvolvimento do Direito Internacional Penal, buscando extrair suas repercussões jurídicas e eventuais conexões históricas. Tais episódios estão relacionados ou com o desenvolvimento dogmático da disciplina e com a criação de uma jurisdição internacional penal, assuntos que, em consonância com o já exposto, estão imbricados. Assim, para esse propósito, não são abordadas as discussões e propostas relativas à unificação do direito penal nos diversos países, à cooperação entre os Estados para a punição da criminalidade cujos efeitos estendem-se a mais de um território, a tratados e pedidos de extradição, dentre outros temas que, em que pese tangenciarem o Direito Internacional Penal, em nosso entendimento estão afeitos a outras áreas da ciência jurídica.

1.2.1 Exórdios

A determinação do marco inicial de conceitos e institutos jurídicos pode tornar-se, como já mencionado, tarefa um tanto quanto arbitrária. Assim, em relação ao Direito Internacional Penal, os autores divergem quanto à sua origem. Donnedieu De Vabres apresenta a ideia inicial de uma “jurisdição superior” na Antiguidade Clássica, citando tratados criados para resolver conflitos entre as cidades-estado nos primeiros

séculos da era cristã.¹⁰ Tal proposição é reproduzida por Jiménez de Asúa, que acrescenta ainda os “projetos de paz perpétua” surgidos entre os séculos XV e XIX, tais como *Plan for an universal and perpetual peace* de Bentham, *nouvel éssai sur le Projet de la paix perpetuelle* de Pallier¹¹, como denotativo de que “la idea no es enteramente nueva”. Estefan Glaser, professor da universidade de Liège, traz como referência para a ideia de uma jurisdição criminal internacional o projeto do jurista suíço Gustav Moynier, de 1872, que teria sido o primeiro a pensar uma jurisdição internacional para repressão de crimes contra o “direito das gentes”. Referido projeto previa a criação de um tribunal de cinco membros, do quais dois seriam indicados pelos países beligerantes e três por países neutros.¹² Entre os autores contemporâneos, Carlos Japiassú, com fundamento no trabalho de Cherif Bassiouni, menciona o julgamento de Peter Von Hagenbach, em 1474, na Alemanha (*sic*) como provável primeiro precedente histórico de um Tribunal Penal Internacional, reconhecendo, no entanto, não se tratar de verdadeiro julgamento internacional e de não ter influenciado na formação

¹⁰ “Enfin, divers traités, prévoyant les conflits qui peuvent surgir soit entre deux communautés, soit entre un État et un citoyen d’un autre État, instituent pour les résoudre une juridiction mixte: traité de Crète, II et I siècle, - ou désignent comme arbitre une juridiction étrangère empruntée à une tierce communauté. C’est le cas du traité conclu entre 418 entre Lacédémone et Argos, au II siècle, du traité d’isopolitie entre Hierepytna et Priansos. DONNEDIEU DE VABRES. H. **Introduction a L’étude du Droit Pénal International**. Paris: Recueil Sirey, 1922, p.36.

¹¹ JIMÉNEZ, L. A. **Tratado de Derecho Penal**. Filosofía y Ley Penal. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Lousada, 1950, p. 953.

¹² GLASER, cit., p. 145.

de uma corte permanente.¹³ Antonio Casesse, presidente do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia entre 1993 e 1997 é categórico ao afirmar que a ideia de criar um Tribunal Penal Internacional para levar indivíduos à justiça, incluindo altos funcionários de Estado supostamente responsáveis por graves crimes internacionais, é consequência da Primeira Guerra Mundial. Tendo sido uma conquista “lenta e meticulosa”.¹⁴ Por fim, Cherif Bassiouni, após reconhecer a dificuldade de se estabelecer uma vinculação histórica entre o Tribunal de Nuremberg e qualquer outro precedente histórico, acaba por identificar na expectativa do pós-Primeira Guerra Mundial, como sendo o precursor direto de um *Direct Enforcement System*.¹⁵

Após perfilar diversas opiniões históricas sobre o Direito Internacional Penal - aqui entendido com o direito que possibilita a punição direta do indivíduo com base no direito internacional - podemos apresentar algumas ilações. A primeira delas é que não é possível estabelecer um liame histórico entre os eventos ocorridos antes do século XX com o desenvolvimento de uma justiça de âmbito internacional. De outra parte, mesmo reconhecendo a importância da primeira

¹³ JAPIASSÚ, C. E. A. **O Direito Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.66.

¹⁴ CASSESE, A. **De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional**. In. AMBOS, K.; CARVALHO S. (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

Guerra Mundial - em especial no que se refere ao artigo 227 do Tratado De Versailles - para o desenvolvimento do Direito Internacional Penal, acreditamos não ser possível, também, afirmar que se encontre aí o precedente direto e imediato para a criação de um Tribunal Penal Internacional. Como se pretende mostrar a seguir, mesmo tendo sido um evento que alterou o próprio conceito de guerra, que apresentou graves violações cometidas contra soldados e civis, tal não foi suficientemente forte para romper alguns dogmas jurídicos e políticos, como o que preconiza que *par in parem non habet jurisdictionem*. Com efeito, os preceitos jurídicos vigentes à época do pós-Primeira Guerra Mundial são descritos por Carl Schmitt:

O direito internacional até então não conhecia uma jurisdição internacional de um Estado sobre outro Estado, ou sobre o chefe de Estado de um Estado soberano. (...) O único sujeito jurídico do direito internacional, inclusive em caso de um delito no campo do direito internacional, foi somente, segundo a concepção dominante, o Estado como tal.¹⁵

Acerca da Primeira Guerra Mundial pode-se destacar que foi o conflito que selou o papel da cavalaria tradicional e introduziu os submarinos e os aviões na luta. O uso da artilharia pesada, algumas vezes equipando-se as cápsulas de artilharia com gases venenosos, demonstrou o poder assustador

¹⁵ BASSIOUNI. C. M. **International Criminal Law**. Sources, Subjects and Contents. Leiden: Martinus Hijhoff Publishers, 2008, p.19.

¹⁶ SCHMITT, C. **El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 57. (livre tradução).

das metralhadoras em dizimar centenas de milhares de soldados.¹⁷ As estimativas sobre o número de vítimas variam entre sete e quatorze milhões de almas. Nas tratativas preliminares de paz os Aliados deliberaram por criar uma comissão, que posteriormente foi subdividida, para investigar a responsabilidade dos autores da guerra. Um dos relatórios propunha a punição daqueles que fossem responsáveis pelo cometimento de atos contrários às leis da guerra e daqueles que falharam na prevenção de tais infrações. Referidas infrações foram dispostas em seis artigos que, na versão final do Tratado de Versailles foram condensadas nos artigos 228 a 230.¹⁸ Com o término da Guerra, as nações vencedoras preparavam o julgamento dos criminosos de guerra, dentre eles o ex-Kaiser Guilherme II, que abdicara ao trono, refugiando-se na Holanda. Tal julgamento estava previsto no Tratado de Versailles, que pôs fim às hostilidades e estabeleceu os parâmetros de paz. No artigo 227 do tratado, na parte relativa à culpa de guerra, estava previsto o que segue:

Os aliados e as potências associadas acusam publicamente Guilherme II Von Hohenzoller, o antigo Kaiser da Alemanha, pela gravíssima lesão ao direito consuetudinário internacional e à santidade dos tratados. Um alto tribunal especial será instalado para julgar o acusado, com respeito às suas garantias essenciais do

¹⁷ ÁVILA, R.; RANGEL, L. A. **A Guerra e o Direito Internacional**. São Paulo: Editora Del Rey, 2009, p.53.

¹⁸ EL ZEIDY, M.M. **The Principle of complementarity in International Criminal Law**. Origin, Development and Practice. Martinus Nijhoff: Leiden, 2008, p. 12.

direito à defesa. O alto tribunal consistirá em cinco juízes, cada um dos quais será nomeado pelos seguintes países, a saber: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão. O alto tribunal julgará com base nos princípios excelsos da política internacional; é objetivo do Tribunal criar o respeito tanto pelas obrigações solenes e compromissos como, igualmente, pela lei consuetudinária internacional. Ao tribunal corresponde também determinar a pena cuja imposição lhe pareça adequada. Os aliados e as potências associadas dirigirão ao governo dos Países Baixos a solicitação de entrega do ex-Kaiser, com a finalidade de levá-lo a julgamento.¹⁹

Os Estados Unidos manifestaram-se contrariamente à possibilidade de julgamento por um tribunal internacional visto como algo “sem precedentes”, entendendo que a responsabilização dos culpados deveria ser buscada dentro do sistema já existente²⁰, remetendo, provavelmente, a tribunais militares. Não obstante a oposição estadunidense, efetivamente, alguns meses após a assinatura do tratado de paz, o conselho supremo das nações vencedoras encaminhou à Holanda um pedido para a entrega do kaiser²¹, cujo julgamento seria realizado em Londres:

Segundo se diz nos corredores da Câmara dos Comuns, espera-se que o processo dos responsáveis pela guerra será iniciado no próximo outono. A comissão que os aliados vão constituir para presidir à execução das condições do tratado de paz fixará o método que

¹⁹ Retirado de: SCHMITT, cit., p.53. (livre tradução)

²⁰ EL ZEIDY, cit., p. 11.

²¹ Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, 05 de janeiro de 1920.

deverá ser observado nos trabalhos do Tribunal. Este se comporá de cinco juizes, escolhidos dentro das cinco grandes potências aliadas. As audiências do tribunal se efetuarão no ministério da Justiça Londrino. O Sr. Lioyd George propôs que o julgamento se realizasse em Londres, tendo os aliados acedido prontamente.²²

Grande polêmica seguiu-se ao pedido de extradição. Os oficiais integrantes do recém-formado governo alemão do pós-guerra renunciaram a seus cargos diante do pedido. O Partido Democrata Alemão apresentou moção contrária ao pedido e concitou seus membros a retirarem-se do governo.²³ Em resposta à primeira tentativa de extradição, o governo holandês informou a denegação do pedido, com base no direito do ex-imperador em pedir asilo:

Os governos aliados vão examinar a resposta da Holanda e consultar sobre o prosseguimento a dar a essa questão. Nos últimos dias tinha-se encarado a possibilidade de inscrever o ex-kaiser como cabeça da lista dos culpados de guerra e convidar a Alemanha a reclamar por si própria da Holanda a sua entrega. Esse processo teria sido possível se a tese holandesa se tivesse baseado no fato dos tratados de extradição autorizassem a entrega do criminoso somente a seu país de origem. Mas, a nota da Holanda afasta esta discussão invocando unicamente o direito ao asilo. **A questão saiu, portanto, do terreno do direito para tornar-se um assunto meramente político.** (...) Os jornais alemães, sobretudo os pan-germanistas, elogiam

²² Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, 04 de janeiro de 1920.

²³ Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, 22 de janeiro de 1920. Ver também EL ZEIDY, cit., p. 14.

a atitude da Holanda a respeito da extradição do ex-kaiser, qualificando-a de nobre.²⁴

Também os jornais londrinos apresentavam como consolidada a posição da Holanda:

É opinião geral nos círculos oficiais e diplomáticos que o sr. Lioyd George não fará mais esforços para conseguir a extradição do ex-kaiser para ser julgado (...) Afirma-se que o ato do primeiro ministro pedindo a extradição do ex-kaiser foi uma mera formalidade para cumprir as promessas feitas por ocasião da sua eleição, ao povo britânico. Acredita-se que a recusa do governo holandês desobrigará o primeiro ministro das suas promessas, que o colocaram numa posição embaraçosa.²⁵

No entanto, uma nova tentativa foi efetivada, agora em tom um pouco mais enérgico, mas sem que se cogitasse qualquer medida coercitiva para que a Holanda realizasse a entrega:

Os sacrifícios imensos feitos pelas potências lhes dão o direito de pedir à Holanda que reconsidere a sua recusa, baseada em considerações respeitáveis, mas particulares a um Estado não beligerante que não avalia talvez com a exatidão devida todos os deveres e todos os perigos da hora presente. (...) A resposta da Holanda não pode, pois, ter a nossa aprovação. Desse modo, as potências insistem, da maneira mais solene e solicita junto ao governo holandês sobre a importância de um novo exame da questão como elas apresentam. As potências desejam fazer compreender quanto a situação se tornaria séria se o governo dos Países Baixos não estiver em condições de dar

²⁴ Jornal Correio do Povo, 25 de janeiro de 1920. (Grifos nossos)

²⁵ Jornal Correio do Povo, 25 de janeiro de 1920, reproduzindo os jornais londrinos.

garantias que tão imperiosamente exige a segurança da Europa.²⁶

Como é consabido, jamais foi realizado o julgamento do ex-imperador alemão, tendo em vista que a Holanda negou sua entrega.²⁷ Em relação aos demais criminosos de guerra, a situação também não foi diferente. Uma lista de 895 alegados criminosos de guerra foi enviada ao governo alemão. A passagem abaixo transcrita retrata bem o ambiente político da Alemanha do pós-Primeira Guerra, no qual se percebe que, muito antes de serem considerados criminosos de guerra, os integrantes das forças armadas, oficiais ou soldados, eram vistos como heróis da pátria:

Os franceses enviaram para Berlim uma descrição detalhada dos crimes de que são acusados os responsáveis pela guerra. Os patriotas alemães apoderam-se dos panfletos, quando aparecem nas ruas, e destroem-nos.²⁸

Diante do impasse, já que o governo alemão de todas as maneiras evitava a entrega dos seus nacionais para que fossem submetidos a um julgamento por tribunais militares estrangeiros, os aliados acabaram por aceitar outra solução:

Uma nota dos aliados à Alemanha oferece uma engenhosa solução da dificuldade a respeito dos criminosos de guerra e provavelmente o governo alemão aceitará a mesma. De acordo com o artigo 228 do Tratado de paz, a Alemanha reconheceu o

²⁶ Jornal Correio do Povo, 12 de fevereiro de 1920.

²⁷ Para mais detalhes, ver SCHMITT, C. **El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 59.

²⁸ Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, 26 de janeiro de 1920.

direito dos aliados e poderes associados para levarem os criminosos de guerra perante seus tribunais militares, onde poderiam ser punidos com os castigos estabelecidos por lei, caso fossem considerados culpados. O artigo também rezava que isso deveria proceder-se ainda que houvesse instaurado nos tribunais alemães ou em território de seus aliados. A nota aliada faz uso dessa convenção e aceita o oferecimento alemão para processar os criminosos de guerra perante a corte suprema de Leipzig. Os aliados fornecerão provas sobre as quais tem convicção absoluta, e se, em seus julgamentos, os processos forem bem conduzidos eles dar-se-ão satisfeitos.²⁹

Assim, o julgamento previsto no Tratado de Versailles, acabou por se consolidar quase que como um precedente em sentido contrário.³⁰ Os julgamentos de *Leipzig* igualmente, em que pese o esforço dos ingleses, representaram um revés, com penas brandas e os acusados saindo consagrados dos julgamentos. Em conclusão, depreende-se do contexto político imediato após o término da Guerra que a busca de uma justiça penal internacional ainda não estava em condições de ser sedimentada. Com efeito, poucos meses após o fim das hostilidades, noticiavam os jornais:

Comunicam de Amerongen que, embora seja sabido que o ex-imperador da Alemanha tem desejo de adotar de agora em diante a vida de fazendeiro, residindo na Holanda, tendo negociado a compra do castelo de Orn, não se pode, de maneira definitiva, confirmar o despacho procedente de Utrech que anuncia a conclusão da operação de compra do referido castelo. A baronesa Von Heimstrabeaufort, proprietária do castelo, diz

²⁹ Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, 21 de fevereiro de 1920.

³⁰ SCHMITT, cit. p. 59.

que nada foi concluído; os íntimos do ex-kaiser, quando interrogados, dizem que não podem desmentir a afirmação. Os ocupantes do castelo de Amerongen observam com muita atenção as notícias dos jornais e de outras fontes de informações, ligando interesse especial à declaração do sr. Lansing perante a comissão de negócios estrangeiros do Senado americano relativas ao processo do ex-imperador. Apesar das declarações oficiais feitas sobre a intenção dos aliados de processar o ex-kaiser, os conselheiros e amigos deste alimentam a crença de que os aliados não farão uma tentativa séria nesse sentido.³¹

Malgrado a tentativa de julgamento pelo Tratado de *Versailles* e o aparente abandono pela Sociedade das Nações, criada pelo mesmo tratado, em levar adiante as discussões a respeito da codificação e criação de uma jurisdição penal internacional permaneceram os esforços privados.

A emoção causada pelas transgressões cometidas durante a guerra de 1914 - 1918 inspirou no Barão Descamps a ideia de propor, em 1920, ao comitê de juristas encarregados de elaborar o anteprojeto do Estatuto da Corte Internacional de Justiça a criação de uma *Haute Cours internationale de Justice criminelle*, para julgar todos os crimes contra a ordem pública internacional e o Direito das Gentes.³²

O projeto do Barão foi, como se sabe, rejeitado pela Sociedade das Nações. Mas teria influenciado na criação, por aquela Sociedade, do Tribunal Permanente de Justiça Internacional de Haia, cuja competência em matéria penal é, no

³¹ Jornal Correio do Povo, 20 de agosto de 1919.

³² JIMÉNES, L. A. **Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal**. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Lousada, 1950, p. 954. (livre tradução)

entanto, rarefeita.³³ Mas as ideias a respeito de uma justiça internacional penal ainda vicejavam. Assim, o Primeiro Congresso Internacional de Direito Penal, organizado pela Associação Internacional de Direito Penal³⁴, realizado em Bruxelas no ano de 1926 é frequentemente mencionado, ainda que *an passant*, como um marco, no âmbito desses esforços privados, na evolução do Direito Internacional Penal. Veja-se a proposta apresentada ao final do encontro, ocorrido em Bruxelas, entre 26 e 29 de julho de 1926:

1. Que se atribua à Corte Internacional de Justiça uma competência em matéria repressiva.
2. Que esta Corte seja consultada sobre a regulamentação dos conflitos de competência, sejam judiciais ou legislativos, que podem surgir entre os diferentes Estados, assim como as revisões de condenações transitadas em julgado, pronunciadas em razão de um mesmo crime ou delito por jurisdições nacionais de Estados diferentes.
3. Que dita Corte conheça da responsabilidade penal nascida pela ação de um Estado em consequência de uma agressão injusta e de toda violação da lei internacional. Ela pronunciará contra o Estado culpado sanções penais e medidas de segurança.
4. Que dita Corte conheça, ademais, das responsabilidades individuais que podem levar a efeito o crime de agressão, os crimes e delitos conexos, assim como toda a violação à lei internacional, cometida em tempo de paz ou em tempo de guerra, e especialmente os crimes comuns que em razão da nacionalidade da vítima ou dos autores

³³ PORTO. H. A. M. **Direito Penal Internacional e o Julgamento de Nuremberg**. In: Revista *Justitia*. São Paulo: APMP, vol 57, 2º trimestre, 1967. Publicação eletrônica.

³⁴ Associação criada em Paris, em 28 de março de 1924. Foi sucessora da União Internacional de Direito Penal, criada por sua vez, em 17 de setembro de 1888, tendo por fundadores Franz Von Liszt (Alemanha, Adolfo Prins (Bélgica) e Geraldo Adolfo Van Hamel (Holanda). Cf. JÍMENES, cit., p. 246. Ver também <http://www.penal.org>.

presumidos possam ser considerados como ofensas internacionais e constituir uma ameaça para a paz do mundo. 5. Que compareçam igualmente ante a dita Corte permanente, os indivíduos, autores de crimes ou delitos, que não podem ser entregados à jurisdição de um Estado particular, seja porque se ignora o território em que o crime ou delito tenha sido cometido, seja porque a soberania sobre o território seja controvertida. 6. Todas as infrações cometidas pelos Estados ou por indivíduos deve estar previstas e serem sancionadas por um texto expresse. As convenções internacionais definirão os crimes e delitos pertencentes à competência da Corte e fixarão as sanções penais e as medidas de segurança. 7. O número de juizes da corte será aumentado. Os membros novos serão escolhidos entre pessoas reputadas pelo saber científico e prático do direito criminal. O pessoal da Corte será completado pela instituição de um Ministério Público. A ação pública internacional será exercida pelo Conselho da sociedade das nações. A instrução será confiada a um organismo especial. 8. O procedimento será escrito e oral. Compreenderá debates públicos e contraditórios. Não haverá contra as decisões da corte recurso além da revisão nos termos do atual estatuto da corte. 9. As decisões da Corte terão um caráter obrigatório. As sentenças de condenação pronunciadas contra os Estados serão executadas pelo Conselho da Sociedade das Nações. 10. O Conselho da Sociedade das Nações terá o direito de suspender e comutar as penas. 11. Uma comissão especial formada pelo conselho de direção da Associação Internacional de Direito Penal será encarregada de dirigir um projeto de estatuto. 12. Enfim, o congresso estima que o objetivo que há de alcançar a instituição de uma justiça penal internacional, deve realizar-se progressivamente, pela via de acordos concluídos entre os Estados, a que outros podem aderir.³⁵

³⁵ Texto disponível no site <http://penal.onifin.com/IMG/pdf/NEP20francais.pdf>. Ver também Jiménez, cit. p. 955-6.

Das discussões no referido congresso extrai-se que muitos conceitos acerca do Direito Internacional Penal estavam sendo delimitados. Vários temas eram controvertidos entre os penalistas presentes ao congresso: um tal tribunal teria competência para julgar os indivíduos ou somente os Estados? Deveria preponderar uma competência universal (em que qualquer Estado poderia julgar o autor de um crime internacional, mesmo sem ter qualquer relação com o fato, com o acusado ou mesmo com os efeitos de crime) ou internacional? Quais crimes seriam da competência de um tribunal internacional e qual o direito a ser aplicado? Dentre as propostas apresentadas, havia às que chegavam ao paroxismo de acometer o julgamento de todos os crimes que causassem revolta ao sentimento humano universal³⁶, bem como propostas que excluía os crimes cometidos durante um conflito armado, a fim de se evitar que o inferno da guerra se prolongasse durante a paz.³⁷ Surpreendente também foi a posição de Donnedieu De Vabres, ao defender que tais crimes seriam melhor julgados pelos juízes nacionais, em função da proximidade com tais acontecimentos, do que por um Tribunal Internacional. Trazem-se à colação as posições do autor francês porque, além de grande estudioso do assunto, atuou como juiz, indicado pelo governo francês, nos julgamentos de

³⁶ Tese apresentada pela delegação italiana, tendo como fundamento o crime natural de Garófalo, conforme DE VABRES, D. H. **Les Principes Modernes du Droit Pénal International**. Paris: Recuil Sirey, 1928, p. 410.

Nuremberg. Em sua perspectiva, a criação de uma justiça internacional ainda era distante:

Não era nossa vontade, em função dos acontecimentos precedentes, excluir de forma definitiva a colocação da responsabilização individual diante de um juiz internacional. Nós reagimos simplesmente contra a opinião que entendia que este modo de sanção era suscetível de realização fácil e próxima.³⁸

Mesmo tendo a Primeira Guerra mundial mudado a concepção a respeito da guerra, tal parece não ter influenciado, ao menos de forma decisiva, o espírito dos juristas da época. Depreende-se que eram difusas as ideias acerca de uma jurisdição internacional para punição direta dos indivíduos. Englobava-se num mesmo instituto normas a respeito de extradição, cooperação judiciária para a punição de crimes como a falsificação de moeda, pirataria, dentre outros. Contextualmente, ainda influenciados pelo espírito da *belle époque*, para a comunidade internacional, os eventos do primeiro grande conflito mundial teriam sido um acontecimento isolado, que a nova ordem internacional impediria a repetição.

Acerca, ainda do contexto político mundial imediato antes do início da Segunda Guerra, com o posicionamento de Joanisval Brito Gonçalves:

³⁷ DE VABRES, D. H. **Les Principes Modernes du Droit Pénal International**. Paris: Recuil Sirey, 1928, p. 412.

³⁸ Idem, p. 417. (livre tradução)

Tem-se, então, um perfil do globo em 1939: a guerra era um costume. E nas relações internacionais dos anos vinte e trinta deste século, o Direito Internacional e o seu ramo penal encontravam-se em estágio ainda muito embrionário para servirem de freio à conduta dos homens de Estado. As normas jurídicas internacionais pareciam uma variável a ser considerada com pouca atenção naquela época: tratados só valiam enquanto fossem convenientes para os que por eles estivessem obrigados.³⁹

1.2.2 O tribunal de Nuremberg.⁴⁰

Estabelecido pelo acordo de Londres de 08 de agosto de 1945 — nascido, portanto, no intervalo entre a explosão das bombas de Hiroxima e de Nagasaki — o Tribunal de Nuremberg (International Military Tribunal) pode ser apontado, de forma taxativa, como o marco definitivo mesmo no surgimento do Direito Internacional Penal. Tal é denotado não somente pela originalidade do Tribunal⁴¹, mas principalmente pelos princípios extraídos do seu estatuto, bem como dos seus julgados. Dessa forma, acreditamos ser possível afirmar que, para além de serem reconhecidos formalmente como parte do Direito Internacional Penal, tais princípios são, na

³⁹ GONÇALVES, J. B. **Tribunal de Nuremberg 1945 - 1946**. A gênese de uma nova ordem no direito internacional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 57.

⁴⁰ Como mencionado alhures, não vamos descrever aqui a estrutura e funcionamento e detalhes da criação do Tribunal de Nuremberg, exceto naquilo que for imprescindível em nossa análise, tendo em vista que tais questões já estão sobejamente descritas, seja pela literatura estrangeira, seja pela nacional, quer ainda por autores contemporâneos aos acontecimentos, quer por trabalhos mais recentes, indicados nas referências bibliográficas.

⁴¹ JACKSON, R. H. **The Case Against the Nazi War Criminals**. New York: Alfred A. Knopf, 1946, p.8.

realidade, basilares, se não fundadores, da própria disciplina.

A história da humanidade é um campo fértil para encontrarmos exemplos de atrocidades. Afora as barbáries cometidas já durante a Primeira Guerra - para ficarmos apenas no século XX - é preciso pontuar, vivia-se ainda em um mundo colonizado pela Europa Ocidental. Diversos massacres na luta em busca da independência na Ásia e África ocorreram no intervalo dos dois conflitos mundiais. No que se diferenciou então a Segunda Guerra Mundial para que finalmente fosse criada uma instância de caráter internacional para o julgamento de condutas que, segundo os críticos, nem mesmo tipificadas estavam, já que o recurso à guerra ainda era tida por muitos como legítimo instrumento da política dos Estados? A resposta pode ser encontrada ao se delimitar o próprio objeto do Direito Internacional Penal que, na conceituação de Kai Ambos, é a macrocriminalidade política. Tal compreende: "(...)fundamentalmente comportamentos conforme o sistema e adequados à situação dentro de uma estrutura de organização, aparelho de poder ou outro contexto de ação coletiva".⁴² Ontologicamente, nada diferenciava os assassinatos, estupros, pilhagens ocorridos na contenda de 1914 - 1919 dos ocorridos na Segunda Guerra, exceto a peculiaridade de terem sido

⁴² AMBOS, cit. p. 54.

perpetrados “devido a condições políticas de exceção e ao papel ativo que desempenha o Estado.”⁴³ Tal tipo de criminalidade pode ser ainda identificada como: criminalidade fortalecida pelo Estado, crime coletivo politicamente condicionado, crimes de Estado, terrorismo de Estado ou criminalidade governamental.⁴⁴ O Estatuto de Roma inclui entre as competências do Tribunal julgar os crimes de guerra, enfatizando a característica de serem cometidos como parte integrante de um plano ou prática política de larga escala. À guisa de ilustração, acerca do caráter coletivo e oficial das atrocidades nazistas, reproduzimos matéria do Jornal Correio do Povo, algumas semanas após o início do julgamento, cuja manchete era *O JULGAMENTO DOS CULPADOS DA GUERRA GERMÂNICOS, NA CIDADE DE NUREMBERG REVELA, AO MUNDO, A REALIDADE TRÁGICA DO NAZISMO:*

Hitler disse aos seus generais, 10 dias antes da invasão da Polônia, que dera ordens para ‘matar sem piedade todos os homens, mulheres e crianças da raça ou língua polonesa’ – revelaram os procuradores norte-americanos, durante os julgamentos dos crimes de guerra. As palavras do *Fuehrer* foram transmitidas num discurso secreto, em Obersalzburgo, a 22 de agosto de 1939. Elas deliciaram tanto o marechal Goering, que ele saltou sobre a mesa e dançou como um selvagem. Estas revelações estão contidas num registro estenográfico do discurso.⁴⁵

⁴³ Idem, p. 54-55.

⁴⁴ Idem, ibdem.

⁴⁵ Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, 24 de novembro de 1945.

No mesmo sentido, sobre a característica peculiar dos crimes cometidos pelo nacional-socialismo, a manifestação de Cassese:

Uma outra lógica por trás do julgamento de Nuremberg foi o caráter coletivo dos crimes nazistas. O massacre de civis e prisioneiros de guerra e a perseguição de judeus, ciganos, e opositores políticos era não apenas um fenômeno em grande escala, mas também parte de uma política adotada com assiduidade pelos mais altos escalões nazistas e aplicada pelo aparato militar como um todo. Os crimes exigidos pelas ordens oficiais do ditador e dos líderes nazistas fazem parte naturalmente da 'criminalidade coletiva ou sistemática' (...) ⁴⁶

Eis portanto o aspecto fundamental dos julgamentos em Nuremberg — para os quais não se vislumbra precedente histórico — denotando seu pioneirismo: o reconhecimento da macrocriminalidade como objeto do Direito Internacional Penal. Tal foi reconhecido expressamente no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, prevendo ser de sua competência o julgamento dos grandes criminosos de guerra, os quais, obviamente, tinham acesso as esferas de poder e de decisão do *Reich*:

Art.1º Em execução do acordo assinado em 8 de agosto de 1945 pelo Governo Provisório da República Francesa e os governos dos Estados Unidos da América, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, será criado um Tribunal Militar Internacional para julgar e

⁴⁶ CASSESE, cit., p. 6.

punir de modo apropriado e sem demora os grandes criminosos de guerra dos países do Eixo.

O julgamento dos chefes nazistas teve início em 18 de outubro de 1945 em Berlim, cidade onde foi realizada a leitura do indiciamento dos acusados. A sessão foi presidida pelo soviético General Nikitchenko. As demais etapas do processo foram realizadas na cidade de Nuremberg, sob a presidência do juiz inglês Geoffrey Lawrence.

Não houve critério claro para a escolha dos “grandes líderes” nazistas levados a esse julgamento. Martin Bormann, por exemplo, foi julgado à revelia. Décadas após comprovou-se que o mesmo havia morrido logo após a chegada das tropas soviéticas em Berlim. Fritz Sauckel, condenado à forca iniciou sua carreira como auxiliar de Albert Speer, que acabou recebendo uma pena de vinte anos de prisão, mas cumpridos não mais do que dez anos efetivamente. É no mínimo discutível a inclusão de Sauckel na lista dos grandes líderes. Curiosa, também, a situação de Gustav Krupp Von Bohlen, inicialmente incluso na lista dos grandes criminosos de guerra, mas devido a seu estado de saúde (arteriosclerose avançada), teve seu julgamento suspenso até que estivesse em condições de compreender as acusações. No entanto, não foi julgado. Em vista disso, os acusadores da União Soviética, Estados Unidos e Grã-Bretanha apresentaram uma moção, para emendar o libelo,

adicionando o nome de Alfried Krupp Von Bohlen, filho de Gustav. Tal moção foi rejeitada pelo Tribunal em 17 de novembro de 1945.⁴⁷

Seja como for, vinte e quatro nazistas foram acusados de crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e de conspiração para o cometimento de tais crimes, conforme o art. 6º do Estatuto.⁴⁸ Em 1º de outubro de 1946 foi lida a sentença contra vinte e um dos acusados, sendo doze condenados à morte por enforcamento, três à prisão perpétua, quatro a penas de prisão entre dez e vinte anos e três absolvições.

Aqueles que haviam recebido absolvição foram liberados assim que se concluiu a sessão que pronunciou o veredito. Os condenados à prisão cumpriram suas penas em Spandau, nos arredores de Berlim, sob um rigoroso regime de vigilância. As execuções das penas capitais ocorreram na madrugada do dia 16 de outubro de 1946. Goering cometeu suicídio algumas horas antes da execução.⁴⁹ Chegava-se ao ocaso do regime de Hitler e também do julgamento do líderes nazistas.

⁴⁷ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG. **Trial of the Major War Criminals**, vol I, Nuremberg: Germany, 1947, p. 146. A íntegra dos 42 volumes do julgamento encontra-se no site http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html. (Doravante citado simplesmente como IMT).

⁴⁸ A acusação e demais aspectos do julgamento serão detalhados na segunda parte do trabalho.

⁴⁹ GONÇALVES, cit, pp. 193-4. Ver também Jornal Correio do Povo, Porto Alegre, 16 de outubro de 1946.

Em que pese as inúmeras críticas que recebeu o tribunal, dentre as quais a principal disse respeito à suposta violação do princípio da legalidade, os princípios de Nuremberg foram reconhecidos pela ONU:

RESOLUÇÃO 95 (I). Confirmação dos princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

A Assembleia-Geral,

Reconhecendo a obrigação que tem, de acordo com o inciso (a) do parágrafo 1º do artigo 13 da Carta, de iniciar estudos e fazer recomendações com o propósito de estimular o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e de sua codificação;

Considerando o Acordo de estabelecimento do Tribunal Militar Internacional encarregado de julgar e punir os principais criminosos de guerra do Eixo, conforme o acordo de 08 de agosto de 1945 e do Estatuto anexo ao mesmo.

Resolve,

Confirmar os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e das sentenças do referido Tribunal;

Dar Instruções ao comitê para a codificação do Direito Internacional, estabelecido pela resolução da Assembleia-Geral de 11 de dezembro de 1946, para que trate como um assunto de importância primordial, os planos para formulação, em um código geral de delitos contra a paz e segurança da humanidade, ou de um Código Criminal Internacional, contendo os princípios reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg bem como de suas sentenças.

*Quinquagésima quinta reunião plenária, 11 de dezembro de 1946.*⁵⁰

⁵⁰ Disponível em <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/1/ares1.htm>. acesso em 30 de janeiro de 2011. (grifos nossos)

No ano seguinte, a Assembleia-Geral da ONU encarregou a Comissão de Direito Internacional para que formulasse os princípios do direito internacional reconhecidos em Nuremberg. Tal comissão foi ainda encarregada de preparar um projeto de código para crimes contra a paz e contra a segurança da humanidade, em que constasse **claramente a presença dos referidos princípios.**⁵¹ Conforme proposta apresentada pela Comissão, os princípios extraídos de Nuremberg foram os que seguem:

1. Toda pessoa que comete um ato que constitui crime segundo o direito internacional é responsável por tal e passível de punição.⁵²

Tal princípio afirma a responsabilidade direta do indivíduo. Observe-se que um dos elementos apresentados pela defesa dos acusados em Nuremberg através de uma moção assinada pelo Otto Stahmer, advogado de Göring, mas em favor de todos os acusados, mencionava que a possibilidade de punição de um indivíduo pelo cometimento de crimes em uma guerra que fosse considerada ilegal, em que pese ser uma aspiração que vinha se cristalizando desde a Idade Média, somente no futuro poderia ser considerada mais do que um postulado jurídico, e ser uma lei internacional válida. Até aquele julgamento, ainda não era

⁵¹ Resolução da ONU, 177 (II), 21 de novembro de 1947. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/041/15/IMG/NR004115.pdf?OpenElement>. Acesso em janeiro de 2011. (grifos nossos)

⁵² Idem. A referência é a mesma para os princípios de 1 a 7 elencados neste capítulo.

uma lei internacional válida.⁵³ Entendida de outra forma, referida moção acaba por reconhecer a inovação do Tribunal de Nuremberg, como sendo juridicamente possível a punição direta do indivíduo com base no direito internacional, tese que acabou prevalecendo desde então e que atualmente encontra-se cristalizada no artigo primeiro do Estatuto de Roma.⁵⁴ Tal princípio pode ser considerado como fundamental mudança de paradigma em relação a ser ou não o indivíduo sujeito no direito internacional. O que ficou patente em Nuremberg: os crimes cometidos contra a lei internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas e são punidos os indivíduos que cometem tais crimes.⁵⁵

3. O fato de que o autor de um crime internacional agiu na qualidade de chefe de Estado ou de funcionário não exime de responsabilidade perante o direito internacional.

4. O fato de que uma pessoa agiu em cumprimento de uma ordem de seu governo ou de um superior não a exime de responsabilidade perante o direito internacional, desde que uma escolha moral lhe fosse de fato possível.

⁵³ MOTION ADOPTED BY ALL DEFENSE COUNS. In: I.M.T., Vol. I, p. 168

⁵⁴ É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

⁵⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1952, Vol. II, p. 374. Disponível em <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1952.htm>. Acesso em janeiro de 2011.

Os princípios três e quatro dizem respeito a um intrincado tema das *defences* no âmbito do direito internacional penal. Já na carta do Tribunal de Nuremberg, o cumprimento de ordens emanadas de superior hierárquico não excluía a responsabilidade do agente, poderia contudo ser uma causa, não obrigatória, de diminuição da pena. A questão da *moral choice* influenciou não só os julgamentos em Nuremberg, mas também nos demais tribunais internacionais *ad hoc*, e ainda no julgamento de Eichmann em Jerusalém, em que prevaleceu a interpretação do referido instituto a partir da perspectiva do *common law*: o que deve ser verificado não é a existência ou não de uma ordem, mas se uma escolha moral era possível.⁵⁶ Tal interpretação torna rara a possibilidade de alguém utilizar-se dessa *defence* (que chamaríamos no Direito Penal brasileiro, como um estado de necessidade exculpante), já que, no Direito Internacional Penal afasta-se tal aplicação se, por exemplo, o indivíduo voluntariamente colocou-se naquela situação. Aquele que voluntariamente ingressou no *Einsatzgruppen* (grupo de extermínio da polícia secreta nazista) não poderia alegar o cumprimento de uma ordem hierárquica, nem mesmo em uma situação em que a sua negativa de descumprimento pudesse ocasionar-lhe grave mal ou ameaça. Referido princípio encontra-se recepcionado no artigo 33 do Estatuto de Roma:

⁵⁶ Idem, p. 375.

“(...).Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal em cumprimento de uma decisão emanada de um governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal.” É necessário ressaltar, contudo, que o próprio Estatuto de Roma abre-se à possibilidade de utilização da exculpante em algumas situações, o que demonstra a abertura para a influência do direito continental.

5. Toda a pessoa acusada de um crime de direito internacional tem direito a um processo equitativo, tanto no que se refere aos fatos quanto ao direito.

O princípio do *due process of law* ou do *fair play* reconhecido expressamente no Carta de Nuremberg que abrangia: “direito à assistência de um advogado livremente escolhido, procedimento acusatório, liberdade de provas, tanto para a acusação quanto para a defesa”.⁵⁷

6. Os crimes seguintes são puníveis como crimes internacionais: a) crimes contra a paz:

(I) direção, preparação, desencadeamento ou levar a cabo uma guerra de agressão ou uma guerra em violação a tratados internacionais, acordos ou garantias.

(II) participação em um plano conjunto ou conspiração para o cometimento de quaisquer dos atos mencionados no item (i)

⁵⁷ FERRO. A. L. A. **O Tribunal de Nuremberg**. Dos precedentes à confirmação de seus princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.94.

Em relação ao crime de guerra de agressão, o Tribunal de Nuremberg não o definiu e ainda entendeu não ser necessário detalhá-lo já que a guerra de agressão era também uma guerra em violação aos tratados internacionais, ou seja, estaria de qualquer forma contida na parte final do item (i).⁵⁸ Entre os referidos tratados internacionais violados pelos acusados, o Tribunal enfatizou o Pacto Kellogg-Briand, de agosto de 1928, que em 1939 contava com a adesão de sessenta e três nações, incluindo a Alemanha, em que os Estados abriam mão da guerra como um instrumento de sua política.

b) crimes de guerra

Em relação aos crimes de guerra, há uma clara referência à convenção de Haia de 1907 sobre os costumes de guerra terrestre e à Convenção de Genebra de 1929 a respeito do tratamento dos prisioneiros de guerra.

c) crimes contra a humanidade.

Assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos inumanos cometidos contra civis, ou perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos ou perseguições forem executados em conexão nos crimes contra a paz ou em crimes de guerra.

Tais crimes descritos acima seriam considerados crimes contra a humanidade desde que cometidos em uma situação que caracterize também crimes contra a paz ou crimes de guerra. A

⁵⁸ I. M. T., vol I, p. 221-222.

questão polêmica disse respeito aos crimes cometidos pelos nazistas antes de 1939, o que fez com que o tribunal reconhecesse expressamente que eram considerados crimes contra a humanidade aqueles ocorridos antes de iniciar a guerra. Reconhecendo também que podem ocorrer crimes contra a humanidade cometidos contra os nacionais do próprio Estado.⁵⁹ Em suma, os crimes contra a humanidade podem ocorrer mesmo que ausente uma situação de guerra.

7.Cumplicidade no cometimento de um crime contra a paz, crime de guerra ou crime contra a humanidade conforme estabelecido no princípio 6 é um crime à vista do Direito Internacional.

Referido princípio não estava contido no relatório apresentado pelo relator da comissão Jean Spiropoulos, sendo incluso quando da aprovação dos princípios pela Comissão de Direito Internacional. Em conformidade com o próprio relatório da comissão, a cumplicidade está incluída no conceito maior da *conspiracy*.

Em dezembro de 1950 a comissão, através do relator Jean Spiropoulos, apresentou a formulação dos referidos princípios que forma submetidos à apreciação da Assembleia Geral, que deliberou pelo seguinte:

(...) *Considerando* que a comissão de Direito Internacional formulou princípios que, segundo exposto pela própria comissão, estão

⁵⁹ Yearbook of the International Law Commission, 1952, Vol. II, p. 377.

reconhecidos no Estatuto e nas sentenças do Tribunal de Nuremberg, e que durante o quinto período de sessões da Assembleia-Geral muitas delegações apresentaram observações sobre ditas formulações;

Considerando que é conveniente dar aos governos dos Estado Membros a mais ampla oportunidade para que comuniquem suas observações sobre ditas formulações;

1. *Invita* aos governos dos Estados Membros a que apresentem suas observações acerca de dita formulação;

2. *Solicita* à Comissão de Direito Internacional que, ao preparar o projeto de código de delitos contra a paz e segurança da humanidade, leve em conta as observações feitas pelas diversas delegações durante o quinto período de sessões da Assembleia-Geral.⁶⁰

O mesmo se deu em relação aos estudos que estavam sendo levados a efeito pela comissão para a criação de uma jurisdição penal internacional. No ano de 1954 a Assembleia Geral recebeu, uma vez mais, relatório da Comissão de Direito Internacional com um projeto para o estatuto de uma corte penal internacional. Como não havia, ainda, uma definição acerca do crime de guerra de agressão, e a Assembleia permanente esperava o relatório de uma nova comissão criada para esse fim específico, resolveu adiar o exame do referido projeto até que o trabalho da outra comissão fosse concluído:

(...) decide adiar o exame da questão da jurisdição penal internacional até que a Assembleia-Geral receba o informe da

⁶⁰ Resolução 488 (V) Formulación de los principios de Nuremberg. 12 de dezembro de 1950. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/5/ares5.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2011.

nova Comissão Especial para a questão da definição do crime de agressão.⁶¹ Mais de quatro décadas se passaram até que o tema retornasse com força à agenda das Nações Unidas. Somente em 1996 foi aprovado o projeto do código de crimes contra a paz e segurança da humanidade. Em relação aos princípios do Tribunal de Nuremberg, depreende-se do que foi exposto, uma situação peculiar: em que pese tenha sido reconhecidos formalmente pela ONU, através da resolução 95 (I), supramencionada, o seu conteúdo (ou sua formulação), conforme apresentada pela Comissão de Direito Internacional, não foram objeto de deliberação da Assembleia Geral. Contudo, isso não afasta a proposição de que tais princípios tenham decisivamente influenciado a evolução do Direito Internacional Penal, eis que são encontrados, ainda que com uma dicção um pouco mais elaborada, nos diversos documentos jurídicos, sejam projetos de código ou nos estatutos dos Tribunais Internacionais *ad hoc* e mesmo no Estatuto do Tribunal Penal Internacional.⁶²

Pode-se afirmar, portanto, que os precedentes históricos do Tribunal de Nuremberg criaram novas normas legais, especialmente os padrões de responsabilidade, representando um

⁶¹ Resolução 898 (IX) Jurisdicción penal internacional. 14 de dezembro de 1954. <http://www.un.org/documents/ga/res/5/ares5.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2011. Ver também ODA, S. cit. pp. 474 e ss. Ver, ainda, Casesse, A. **Afirmación de Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto de Roma**. Disponível em www.un.org/law/avl, acesso em janeiro de 2011.

⁶² No mesmo sentido Casesse, A. **Afirmación de Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto de Roma**. Disponível em www.un.org/law/avl. Acesso em janeiro de 2011.

avanço no *international rule of law* quando, por exemplo, eliminou a exclusão da responsabilidade pelo cumprimento de ordens do superior hierárquico e a irresponsabilidade do chefe de Estado.⁶³ Como anota Bassiouni, a passagem do tempo e a ausência da consolidação de uma justiça internacional contribuíram para colocar um brilho favorável sobre os equívocos e falhas dos processos de Nuremberg.⁶⁴

1.3 Natureza jurídica ou política?

El derecho nunca ha quedado mudo, ni siquiera en pleno choque de las armas, y no hay disputa 'política' que no sea también 'jurídica'. Tampoco es cierto que el derecho internacional haya dado completa aprobación a la guerra, aunque bien puede ser que sus expositores hayan sido culpables de una indebida tolerancia hacia ella y de conceder excesiva legitimidad a sus consecuencias.⁶⁵

A primeira característica de que se reveste o Direito Internacional Penal diz respeito às injunções de matiz político. A simples constatação de que se trata de um tipo de direito que se manifesta, via de regra, como a continuação de uma guerra, ou ao menos de um grave conflito, já bastaria para assim o caracterizar. No entanto, isso fica mais claro tendo em vista que as condutas objeto do direito internacional penal são motivadas por interesses políticos que levam pessoas a

⁶³ BASSIOUNI, C. M. **International Criminal Law**. International Enforcement. 3° ed. Vol. III. Martinus Nijhoff: Leiden, 2008, p. 36.

⁶⁴ Idem, p. 37.

comportamentos extremos. Como atesta Benjamin Schiff os tribunais internacionais atuam no mais político dos ambientes, em que a distinção entre o campo político e o jurídico não é sempre clara.⁶⁶

Quando do fim da Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), não havia dúvidas sobre a necessidade de se punir os integrantes do regime nazista pelas diversas atrocidades cometidas durante o conflito. Contudo, não havia certeza do que fazer: fuzilar sumariamente os derrotados ou levá-los a julgamento? Nas palavras de Meyrowitz:

(...) o castigo dos grandes criminosos de guerra alemães deveria resultar de uma sentença política pronunciada pelos vencedores ou de uma decisão judicial, emitida por um tribunal através de um processo regular?⁶⁷

Os países aliados, vitoriosos na Guerra, em especial os ingleses, que ainda guardavam na memória o revés dos julgamentos de Leipzig, inclinavam-se inicialmente para uma solução rápida, que consistiria em executar os chefes nazistas e julgar apenas os quadros intermediários e oficiais de baixa patente. Robert Jackson relembra, por sua vez, que os

⁶⁵ SORENSEN, cit., p.56.

⁶⁶ SCHIFF, B. N. **Building the International Criminal Court**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 9.

⁶⁷ MEYROWITZ, cit., p. 28.

juízes de Leipzig ocorridos em 1921 haviam-se tornado uma zombaria.⁶⁸

Com efeito, um julgamento dos nazistas poderia ser longo e a tribuna judicial tornar-se um local de propaganda para os acusados. Basta lembrar que em Leipzig, muitos acusados saíram consagrados do Tribunal. Consta que Göring recebeu inúmeras cartas de apreço de cidadãos estadunidenses pela forma como refutava as acusações do procurador Robert Jackson.

A posição americana, inicialmente estava dividida entre o fuzilamento, por decisão das autoridades militares aliadas ou a realização de um julgamento judicial:

O plano *Morgenthau* (setembro de 1944) trazia a proposta de que os criminosos de guerra alemães fossem, tão logo capturados e identificados, fuzilados em virtude de uma decisão das autoridades militares aliadas, isto é, sem julgamento.⁶⁹

Prevaleceu no entanto a tese do julgamento. Antonio Cassese aponta entre as justificativas que levaram os aliados a realizar os julgamentos: o primeiro, para garantir o postulado da justiça, qual seja, ninguém poderia ser culpado e condenado, sem um julgamento; o segundo, o desejo de agir para a posteridade; ou seja, os julgamentos seriam uma forma de

⁶⁸ JACKSON, R. H. **The Case Against the Nazi War Criminals**. New York: Alfred Knopf, 1946, p.vii.

⁶⁹ MEYROWITZ, cit. p. 30.

registrar para a posteridade os crimes do nazismo.⁷⁰ De fato, muitos episódios trágicos do período do nacional-socialismo vieram a lume a partir das sessões judiciais em Nuremberg e, em especial do trabalho das equipes de investigação dos crimes de guerra que reuniram toneladas de documentos da burocracia alemã.

Enfim, toda a negociação entre os países vitoriosos, Estados Unidos, Inglaterra, União Soviética e o governo provisório da França reforçam o caráter político no estabelecimento do Tribunal Militar Internacional.

É preciso, igualmente, considerar que ao lado dos julgamentos em Nuremberg, ocorreram outras formas de aplicação de justiça aos criminosos de guerra nazistas e seus colaboradores. Seja por intermédio de tribunais nacionais ou cortes marciais. Para destacar apenas os mais relevantes, pela graduação dos envolvidos e a conseqüente repercussão, menciona-se o caso Yamashita, julgado por um tribunal militar estadunidense e, como exemplo de jurisdição nacional, os julgamentos do Marechal Felipe Pétain e do ministro Pedro Laval, realizado pela Alta Corte de Justiça da França entre julho e agosto de 1945.

⁷⁰ CASSESSE, De Nuremberg a Roma, p. 6.

Em relação ao primeiro caso, Tomoyuki Yamashita, comandante das forças japonesas que operaram nas Filipinas, foi condenado por não ter impedido o cometimento, por parte de seus subordinados, de atrocidades. Sua responsabilização pelos fatos ocorridos era, portanto, mediata. Condenado à morte por uma corte militar estadunidense, sua defesa apresentou recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos; tendo sido denegado o recurso, Yamashita foi enforcado. Do voto dissidente dos juízes Murphy e Rutledge, da Suprema Corte, depreende-se que a arguição fundamental da defesa foi a impossibilidade de comunicação entre Yamashita e seus subordinados, já que seu sistema de comunicação havia sido destruído nas batalhas e o comandante não estava em Manila, local dos fatos; não havendo possibilidade, portanto, de evitação de tais atrocidades.⁷¹

Já o julgamento do marechal francês teve como fundamento o código penal francês. Felipe Petáin foi acusado de mudar a forma de governo na França e de ter realizado acordos com a Alemanha para favorecer os projetos nazistas, crimes previstos nos artigos 75 e 87 do Código Penal francês.⁷² Condenado à morte, teve sua sentença suspensa em função de sua avançada idade, bem como pelos relevantes serviços que houvera prestado à pátria. Já Pedro Laval, ministro de Petáin, foi condenado à

⁷¹ GARAPON, A. cit., p. 26. Ver. também JIMÉNES, cit., p. 997. O Juiz Rutledge, no entanto, menciona as conveções de guerra invocadas para a condenação não traziam previsão de sanção, do que depreende-se também a ausência de lei aplicável.

morte por traição à Pátria e fuzilado. Tais julgamentos ocorreram paralelamente aos julgamentos em Nuremberg.

Em diversos outros países, nacionais simpatizantes do nazismo também foram levados a julgamento com acusações de traição à pátria ou de colaboracionismo com os planos expansionistas de Hitler. Na própria Alemanha, centenas de outros julgamentos ocorreram. Inclusive réus absolvidos em Nuremberg foram julgados pelos mesmos fatos, só que agora por tribunais nacionais, violando, em tese, o princípio do *ne bis in idem*. O que importa ressaltar agora é que a escolha para que o julgamento dos criminosos de guerra ocorresse por meio de um Tribunal internacional, quando poderia tê-lo sido por meio de tribunais nacionais ou militares, foi uma escolha política das nações vencedoras:

A experiência do pós-Primeira Guerra Mundial mostrou o quanto a justiça internacional pode ser comprometida por razões de ordem política. De modo inverso, a experiência do pós-Segunda Guerra Mundial revelou como uma justiça internacional pode ser efetivada quando há suporte político e recursos necessários para efetiva-la⁷³

Ainda a esse respeito, há um interessante relato de Benjamin Ferencz, que atuou como acusador no caso dos *Einsatzgruppen*, (um dos julgamentos subsequentes ao dos

⁷² JIMÉNES, *cit.*, p. 990.

⁷³ BASSIOUNI, C. M. *International Criminal Law*. 3 ed. Vol. III, International Enforcement. Leiden: Martinus Hijhoff Publishers, 2008, p.35. (livre tradução)

grandes líderes nazistas). Seu relato, contudo, diz respeito a acontecimentos ocorridos no campo de concentração em Dachau. Quando os prisioneiros foram soltos, espancaram os guardas até a morte ou atearam fogo a eles ainda em vida. Posteriormente Dachau serviu de sede para um tribunal militar americano, para julgar os alemães que haviam executado prisioneiros americanos. Assim foram descritos os julgamentos: alinhava-se vinte ou trinta acusados, todos com um cartão com um número preso ao pescoço. A corte era composta por três oficiais, sem qualquer formação jurídica. Um deles era o acusador, outro fazia o papel de defensor, o mais graduado presidia o julgamento. Feita a acusação, os acusados tinham alguns minutos para apresentar defesa, em geral declarando-se inocentes. Após breve recesso o tribunal condenava em torno de dez dos acusados à morte. "Mas os julgamentos de Dachau foram totalmente desprezíveis. Lá não havia nada que lembrasse o Estado de Direito (rule of Law) "⁷⁴, conclui Benjamin Ferencz. Já no processo do *Einsatzgruppen*, em que atuou como acusador, seu relato é também esclarecedor acerca da simbologia política dos julgamentos. A descoberta de um arquivo extremamente detalhado acerca da atuação desse grupo de extermínio, integrante da *SS* nazista, motivou a realização do julgamento. Ferencz menciona que, com base nos relatórios, começou a somar

⁷⁴ SIMONS, M.; STUART H.V. **The Prosecutor and the Judge**. Amsterdã: Pallas Publications, 2009, pp. 13-25.

em uma máquina de calcular o número de vítimas, que logo chegaram a um milhão. Os relatórios continham o nome dos mais de três mil integrantes do *Einsatzgruppen*. Muitos já se encontravam detidos, outras ordens de prisão foram emitidas. Contudo, somente o simbólico número de vinte e quatro membros foram levados a julgamento. O motivo: na sala de audiências havia apenas vinte e quatro lugares. Destes, 13 foram condenados a morte e nove a penas de prisão, um cometeu suicídio e outro morreu antes do julgamento. Contudo, somente quatro das sentenças de morte foram executadas. Ao contrário do julgamento dos líderes nazistas, que não tinham possibilidade de recursos, esses julgamentos por comissões militares poderiam ser reformados.⁷⁵ Político foi o julgamento como também o foi a execução das penas aplicadas:

Efectivamente, já não era tanto a guerra passada que preocupava os espíritos, mas sim o novo risco que emergia. Era agora crucial rearmar a Alemanha para formar um baluarte contra a ameaça soviética e assim proteger a Europa Ocidental. Para isso era fundamental garantir a fidelidade dos alemães aos Estados Unidos e não repetir o erro da República de Weimar. (...) **Lógica judiciária e lógica política entram em contradição.** Assim, em 9 de Maio de 1958, as portas da penitenciária de Landberg abriam-se e devolviam a liberdade aos últimos vinte e dois condenados do processo *Einsatgruppen*, que por si só tinham cerca de um milhão de mortes a pesar-lhes na consciência...⁷⁶

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ GARAPON, cit, p. 28. (grifos nossos)

De fato, com a divisão do mundo em duas esferas de influência, tendo de um lado o bloco capitalista e de outro o bloco socialista, em que pese a eclosão de diversos conflitos, como na Guerra do Vietnã, ou a interminável Guerra das Coreias, não se propugnou, nesse diapasão, a retomada da experiência de Nuremberg.

Coincidentemente, só com o ocaso do bloco comunista é que novamente ressurgiu a ideia da realização desse tipo de justiça, com a materialização dos tribunais penais internacionais para a Ex-Iugoslávia e Ruanda. Conforme Garapon:

A popularidade depressa granjeada pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia acelerou, provavelmente a decisão de instituir um Tribunal Penal Internacional. O princípio foi estabelecido em Roma, no dia 10 de junho de 1998, e o Tribunal entrou em funções a 1 de julho de 2002.⁷⁷

Reafirmando a característica política do Direito Internacional Penal basta que se verifique, à guisa de exemplo, o art. 16 do Estatuto de Roma⁷⁸ que permite o diferimento de um procedimento investigatório caso assim declare o Conselho de Segurança da ONU. Com efeito, em muitas situações os interesses e objetivos da comunidade

⁷⁷ GARAPON, cit., p. 31.

⁷⁸ Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada

internacional são melhores alcançados sem que efetive o procedimento judicial perante o Tribunal Penal Internacional.

Isso permite uma reflexão final sobre o tema: quando houver contradição entre o interesse de um Estado e o interesse da comunidade internacional a respeito de um fato ou fatos que sejam de competência do Tribunal Penal Internacional, o que deve prevalecer? Veja-se o caso da África do Sul, os crimes de *apartheid* são, em tese, de competência do Tribunal Penal Internacional. No entanto, aquele País, na busca de uma reconciliação nacional, optou por buscar solução diversa de um procedimento judicial, através da instituição das *juntas de conciliação e verdade*, mais consentâneas com tal desiderato. Da mesma maneira pode-se citar as *gacacas* criadas em Ruanda. São claramente opções políticas. Em face de tais situações, deve prevalecer a competência do Tribunal Penal Internacional? Apenas apresenta-se tal questionamento, sem o propósito de respondê-lo, apenas para, mais uma vez, denotar-se o caráter político que permeia a atuação do Direito Internacional Penal.

nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

1.4 Aspectos Dogmáticos: a influência do *Common Law*

A dogmática constitui a ciência do Direito Penal por excelência, sendo conceituada como a tentativa de “elaboração de conceitos e de integração desses conceitos num sistema.”⁷⁹ No Direito Internacional Penal não existe uma dogmática elaborada.⁸⁰ Uma das causas é o fato de que a dogmática desenvolvida nos países do sistema continental evoluiu tendo como objeto, em regra, condutas individuais, sendo que no contexto do Direito Internacional Penal as condutas são, ao contrário, coletivas e impulsionadas pelo Estado. É preciso acrescentar, outrossim, que a dogmática no sistema jurídico do direito continental, tenha ela por base uma teoria causal, finalista ou funcional moderada, mantém-se, em maior ou menor grau, vinculadas às estruturas ônticas de uma conduta criminal e ao direito positivado. Matérias que, se não estranhas ao sistema do *common law* certamente não são o ponto dominante de sua doutrina como veremos a seguir na análise do princípio da legalidade e do instituto da *conspiracy*. Pode-se mesmo afirmar que o *common law* como um todo é refratário à dogmática.

Não obstante, Kai Ambos propõe para o desenvolvimento da dogmática do Direito Internacional Penal, uma teoria funcional de direito comparado que:

(...) compartilhe com a teoria do delito funcional (racional final) de corrente *moderada* - orientada aos fins da pena -, a orientação fundamental da político-criminal, isto é: a ideia fundamental de que um sistema de direito penal está mais caracterizado pelos contextos político-criminal e político social os quais têm influência na solução das questões materiais, que pelos sucessos ônticos (estruturas lógico-objetivas).⁸¹

Em que pese a posição de Kai Ambos, baseado na prevenção-integração de Claus Roxin⁸², parece difícil encontrar nas experiências dos julgamentos do Direito Internacional Penal, ou mesmo nos casos tratados atualmente pelo Tribunal Penal Internacional a perspectiva da aplicação da pena com finalidade de reintegração de um condenado - exceção talvez quando se trate de algum participante com reduzida relevância na realização do crime. Por outro lado, inexistente uma política criminal que esteja associada com os fins das penas no Direito Internacional Penal, seja nos tribunais *ad hoc*, seja no Tribunal permanente. Por outro lado, da leitura do preâmbulo do Estatuto de Roma percebe-se a preocupação com relação à prevenção da ocorrência de crimes contra a humanidade, bem como de garantir o "respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional", aproximando-se de uma visão que corresponde à prevenção geral positiva fundamentada na

⁷⁹ SILVA SANCHES, J. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 96.

⁸⁰ AMBOS, cit., p. 166.

⁸¹ Idem, p. 64.

vigência da norma⁸³, de viés funcional radical. Interessante observar que Gunter Jakobs, expoente do funcionalismo radical encontra no direito internacional penal a expressão de sua teoria:

Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial (comunitário-legal), deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: direito penal do inimigo.⁸⁴

Kai Ambos critica severamente a possibilidade de adoção de uma teoria funcional radical de Jakobs, dentre outros motivos, por faltar-lhe o conceito de dignidade da pessoa humana e o não reconhecimento do ser humano em sua individualidade, independentemente de pertencer a um grupo ou um sistema.⁸⁵ Embora reconheça a viabilidade da teoria funcionalista sistêmica para resguardar a vigência e estabilização da norma por meio do Direito Penal, eis que vinculada a prevenção geral.

Não se pretende aqui defender a aplicação de uma ou outra teoria do crime para a dogmática do Direito Internacional Penal. Trata-se de um debate ainda incipiente, até pelo

⁸² Sobre o tema, ver, entre outros: ZAFFARRONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 402 e SS.

⁸³ CALLEGARI, A. L. Et all. **Direito Penal e Funcionalismo**. (cord) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 108.

⁸⁴ JAKOBS, G. Et all. **Direito Penal do Inimigo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

próprio surgimento recente do Tribunal Penal Internacional. No entanto, partirmos do pressuposto de que a elaboração dogmática do Direito Internacional Penal passa pelo conhecimento dos princípios e conceitos do *common law*. É sobre esse aspecto, portanto, que pretendemos abordar neste ponto, tratando acerca de alguns de seus principais institutos criminais.

Feitas essas considerações, passamos a analisar com mais detalhes a influência do *common law* anglo-americano no Direito Internacional Penal em geral e, particularmente, em relação ao princípio da legalidade e do instituto da *conspiracy*, elementos encontrados à sobeja nos julgamentos pelos tribunais internacionais. Iniciamos com uma breve abordagem acerca do surgimento do *common law*.

1.4.1 Origens do *Common Law*

O caso da Inglaterra e da *common law* deve ser analisado como uma exceção, cuja origem deve ser buscada em uma história política original que muito cedo consagrou a anterioridade do direito em relação ao governo, o que se traduziu pela preferência dada ao precedente e não à lei como veículo do direito.⁸⁶

⁸⁵ AMBOS, cit. p. 67.

⁸⁶ GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França** - Cultura Jurídica Francesa e Common Law em um perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.23.

Assim, a precoce centralização do poder trouxe como corolário a criação da jurisdição real que, no entanto, permitiu que as comunidades locais realizassem julgamentos fora do âmbito dessa jurisdição real. Ou seja, a prática da “justiça material, e que dissessem o que seria jurídico diante do caso concreto”.⁸⁷ Com isso, cimentou a consciência de que o direito material é comum: o *common Law*. Portanto, o reconhecimento das regras de *common law* pelas jurisdições reais ocorreu antes de que o poder legislativo do Parlamento se afirmasse. A criação da jurisdição real é, pois, o elemento central, também no que diz respeito ao direito criminal: a partir do estabelecimento das jurisdições reais, os crimes deixavam de ter uma relação exclusiva entre o dano causado e a reparação da vítima (reparação buscada pela própria vítima). A partir daí, quem cometesse um crime acabava por quebrar a paz do Rei. Entre as características desse direito criminal medieval encontramos: a ampla abrangência de uma conduta criminal, um “nexo de causalidade” a ligar o autor ao dano poderia ser facilmente encontrado, inclusive com base em elementos metafísicos. Assim, em suas origens o direito criminal inglês, alguém era punido, não por ter sido o infrator, mas por ter sido também instrumento do dano. Dessa forma, um animal poderia ser executado ou um machado usado em

⁸⁷ RAMOS, J.G.G. **Curso de Processo Penal Norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 47-8.

um crime poderia ser queimado. E as pessoas que haviam utilizado o machado, ou entrado em contato com o animal casuador do dano eram contaminadas pelo mal. Clarkson aponta que, em relação à “contaminação pelo mal”, isso ainda é válido em certa medida.⁸⁸ O que parece ser, em nosso sentir, a manifestação do *versare in ré ilícita*, elemento inegavelmente encontrado em um importante instituto do *common law* que é a *conspiracy*. Somente no final do século XII elementos morais, com base em uma retomada do direito romano a respeito da *mens rea*, foram introduzidos no direito criminal inglês, permitido que os juízes julgassem com base em elementos morais, em escolhas morais. No caso do homicídio, somente no século XV foi dividido segundo a intencionalidade do agente⁸⁹.

Desse processo resultou que o desenvolvimento do direito nesse sistema se deu a partir das interpretações e decisões judiciais, constituindo o sistema dos precedentes e não da lei como fonte fundamental do direito. Sempre visto, também por isso, com muita desconfiança pelos juristas do sistema continental: “Na verdade não se sabe corretamente o que é o direito consuetudinário — especialmente no Direito Penal. (...) o recurso a fundamentos consuetudinário do Direito, no Direito Penal, seria como colocar a mão em uma ‘black box’, em uma caixa mágica, a qual ninguém, exceto o mágico, sabe

⁸⁸ CLARKSON, cit., p. 2.

exatamente o que ela contém.”⁸⁹ Alusão a um direito legislado em contrapartida a um direito costumeiro, como acima referido, trata-se de elemento importante, mas insuficiente para a distinção. Na realidade, os países de *common law* convivem também com o direito legislado. Na Inglaterra, por exemplo, nas últimas décadas, tem ocorrido um incremento na criminalização de condutas em áreas que tradicionalmente não estavam ligadas ao direito criminal, do que são exemplos os *consumer protect act 1987; nurses, midwives and health visitors Act 1997* e *Copyright Design and Patent act 1988*.⁹¹ Em que pese o avanço no sentido de se codificar o direito, seja através dos *acts* ou *Statutes* é ainda válida a distinção entre os crimes tradicionais (*major crimes*) como o homicídio, estupro, roubo, crimes contra a ordem pública, cuja criminalização é encontrada nas raízes históricas do sistema, daqueles crimes constituídos através de atos do parlamento. Se bem que, no pensar de um jurista anglo-americano, a elaboração de um estatuto, nada mais é do que o reconhecimento pelo parlamento de algo que já integrava o *common law*. Em suma, as cortes de *common law* julgavam crimes antes da existência do parlamento. Desenvolvendo um processo indutivo, extraíndo princípios de cada caso concreto, formando lenta e

⁸⁹ CLARKSON, cit, p. 4.

⁹⁰ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres ed., 2005, p. 348.

gradualmente um sistema judicial. Em contraposição, o sistema continental parte de um método dedutivo, ou seja, da regra geral para o caso concreto. Nesse sentido, o *common law* por estar mais perto da natureza das coisas seria um sistema mais racional, ao passo que o sistema continental seria baseado na autoridade do legislador. Reproduzimos abaixo, parte de um artigo de Robert Jackson, publicado em 1949, sob o título *Nuremberg In Retrospect: Legal Answer To International Lawlessness* pela *American Bar Association journal* em que o tema do *common law* é abordado com clareza:

A falácia da ideia de que a lei só existe através desta fonte (o legislador) é demonstrada pelo fato de que diversos crimes são punidos através de nossa filosofia do *common law* muito antes de existirem legisladores. A moderna lei criminal pode ser traçada a partir de decisões judiciais de casos particulares, muito antes de aparecerem em estatutos. Ainda que nos últimos anos o direito legislado tenha sido mais frequente, na Inglaterra, por exemplo, não existe uma lei definindo o homicídio e fixando penas. Alguns estados da nossa União ainda reconhecem os crimes a partir do *common law*, naqueles em que existem códigos, estes fundamentalmente declaram aquilo que era o *common Law*..⁹²

Outro termo usado na literatura do *common law* para distinguir as condutas criminais são o *mala in se* e o *mala prohibita*: essa dicotomia é fundamental na discussão acerca do

⁹¹ CLARKSON, C.M.V. **Understanding Criminal Law**. 4 ed. London: Sweet e Maxwell ltd, 2005, p.4.

⁹² JACKSON, R. H. Nuremberg In Retrospect: Legal Answer To Internatinal Lawlessness. Disponível em <http://www.roberthjackson.org/the-man/speeches->

princípio da legalidade. Para Carl Schmitt, no caso do *mala in se* para uma forma de pensar tradicional consuetudinária, o problema do *nullum crimen* aqui não se apresenta de nenhuma maneira e é incompreensível em seu fundamento.⁹³ Ou seja, para aquela criminalidade como assassinato, estupro e roubo, crimes contra a ordem pública, na perspectiva do *common law* é desnecessária e até incompreensível a sua codificação. De qualquer forma, para Oliver Wendel Holmes “(...) um *malum prohibitum* é um crime da mesma forma que um *malum in se*. Se há uma razão geral para a punição, ela há de se aplicar tanto a um caso quanto a outro”.⁹⁴ Referido autor, presidente da suprema corte estadunidense nas primeiras décadas do século XX, em sua leitura sobre o direito criminal apresenta outras características desse sistema que contrastam com o modelo do direito continental. Vejamos, à guisa de ilustração, a conceituação do instituto da tentativa:

(...) é um ato notório. É um ato criminoso falhado, que quase produziu o resultado que lhe teria dado o caráter do crime principal. (...) Tais atos, entretanto, não são as únicas tentativas puníveis. (...) Alguns atos – aqueles que não poderiam resultar em crime, a menos se seguidos por outros da parte do malfeitor – podem ser tentativas. Por exemplo, acender um fósforo com intenção de por fogo a um palheiro tomou-se como tentativa criminosa de queimá-lo, embora o réu lançasse fora o fósforo, ao sentir-se observado. (Reg. v.

articles/speeches/speeches-by-robert-h-jackson/nuremberg-in-retrospect-legal-answer-to-international-lawlessness/

⁹³ SCHMITT, op. cit. p. 42-3.

⁹⁴ HOLMES, O. H. **The Common Law**. Stilwell: Digireads, 2005, p. 20.

Taylor, 1 F & F., 511) E – se o direito existe para punir de qualquer modo – deve, no caso, alcançar as probabilidades, não os fatos consumados.⁹⁵

Em outra passagem que talvez sirva de síntese em relação à desconfiança a respeito do *common law*, Holmes apresenta o tratamento dado ao desconhecimento da lei:

O interesse público sacrifica o indivíduo ao bem geral. É desejável que a carga se distribua igualmente entre todos, mas é ainda mais importante por fim ao roubo e ao homicídio. É, sem dúvida, verdade haver muitos casos em que o criminoso não poderia saber estar violando a lei; admitir, entretanto, a desculpa de qualquer modo seria encorajar a ignorância ali onde o legislador determinou que os homens conhecessem e obedecessem; e a justiça para o indivíduo é retamente sobrepujada pelos interesses mais amplos do outro lado da balança.⁹⁶

1.4.2 O *nullum crimen sine lege* no direito internacional penal

Trata-se de um dos temas mais polêmicos e que gerou, e ainda ocasiona, acalorados debates no âmbito do Direito Internacional Penal. Foi, com efeito, um dos aspectos mais contrastados nos julgamentos do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg pela suposta violação ao princípio da legalidade, ou seja, a proibição de se condenar alguém por uma conduta que não estivesse previa e precisamente descrita por uma lei penal. Historicamente o princípio da legalidade foi instituído

⁹⁵ Idem, p. 21

⁹⁶ Idem, p. 27.

a partir da Revolução Francesa, sendo enunciado no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem de 26 de agosto de 1789, representando uma garantia mínima de todo o cidadão de qualquer país civilizado e que se difundiu pelos países da Europa continental.⁹⁷ Princípio esse que teria sido violado nos julgamentos de Nuremberg, tendo em vista que os crimes pelos quais os nazistas foram condenados haviam sido criados e aplicados *ex-post factum*. Relembrando, a carta de Tribunal tipificou quatro crimes: crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e conspiração para o cometimento de tais crimes.

Joanisval Brito Gonçalves, em que pese reconhecer a validade dos julgamentos na criação de uma nova ordem internacional pós-Nuremberg, é contundente: “(...) os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal foram claramente violados”.⁹⁸ Menciona também Antoine Garapon, dentre outros, que os crimes contra a humanidade não existiam, sob o ponto de vista de uma tipificação penal, antes do julgamento.⁹⁹ A crítica mais contundente em relação à quebra do princípio da legalidade, bem como em relação a outros aspectos do julgamento de Nuremberg, foi feita contemporaneamente por

⁹⁷ GRANDE, E. **Droit Pénal, Principe de Légalité et Civilisation Juridique: Vision Globale**. In: Revue Internationale de droit Comparé. Paris, ano 56, nº 1, 2004, p.119.

⁹⁸ GONÇALVES, cit., p. 157.

⁹⁹ GARAPON, A. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. Por uma justiça universal. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 25.

Jiménes de Asúa consubstanciada no seguinte vaticínio não confirmado:

Não podemos menos que antecipar nossa profunda desilusão ante o rotundo fracasso jurídico deste primeiro intento de instaurar uma justiça universal. A série dos atos que foram punidos estavam inexoravelmente marcados de coloração política; a 'carta' para julgá-los, editada posteriormente à prática dos crimes; o lento e embromado desenvolvimento do processo; a publicidade exagerada das execuções, **e ainda outros episódios concomitantes e superiores que se tem sucedido, cremos que desacreditam para sempre o ilusionado projeto de um Tribunal e de um código internacional.**¹⁰⁰

Não menos crítica foi a posição de Carl Schmitt em relação à violação do princípio *nulum crimen sine lege* em especial sobre o crime de guerra de agressão.¹⁰¹ Schmitt comparando o princípio da legalidade na perspectiva do *common law* e do direito continental, admite a possibilidade de julgamento e condenação em Nuremberg pelos crimes contra a humanidade, que ele classifica de atrocidades, conforme se verá adiante. Também o conselho de defesa dos acusados em Nuremberg – no julgamento dos líderes nazistas – apresentou uma moção, datada de 19 de novembro de 1945, denunciando a afronta ao *nullum crimen sine lege*, bem como o apelo a que um julgamento justo

¹⁰⁰ JIMÉNES, L. A. **Tratado de Derecho Penal**. Filosofía y Ley Penal. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Lousada, p. 1001. (grifos nosso) (livre tradução)

¹⁰¹ Trata-se de interessante trabalho, espécie de parecer feito por Carl Schmitt para Friedrich Flick, julgado e condenado em Nuremberg a sete anos de prisão por colaboração financeira aos nazistas. Referido trabalho somente foi publicado na Alemanha em 1994. SCHMITT, C. **El Crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional**. Buenos Aires: Hammurbi, 2006, pp 31 a 49.

deveria ter lugar com juizes de países neutros e não dos países vitoriosos:

Isto é repugnante para o direito e jurisprudência consagrados no mundo civilizado. A violação parcial desse princípio na Alemanha de Hitler foi veementemente criticada dentro e fora do país. Esse princípio estabelece que alguém só pode ser punido por ter violado uma lei existente à época em que o fato foi cometido e cuja sanção era prevista. Esse princípio é reconhecido nos sistemas políticos dos países signatários da Carta que criou este Tribunal. É o caso da Inglaterra desde a Idade Média e dos Estados Unidos desde a sua criação. Na França, desde a sua grande revolução e até mesmo na União Soviética. E, recentemente, o Conselho de Controle da Alemanha, estabeleceu o retorno de um sistema jurídico para o País, decretando, em primeiro lugar a restauração da máxima *Não haverá punição sem que haja lei penal em vigor ao tempo da comissão do fato*, do que decorre o reconhecimento de que muitos acusados estão sendo injustamente processados caso venham a ser punidos com base em lei *ex post facto*. (...) A defesa ainda é da opinião de que outros princípios de caráter penal estabelecidos pela Carta estão em contradição com a máxima *Nulla Poena Sine Lege*. ¹⁰²

Diante do exposto, deveríamos chegar forçosamente a conclusão de que, de fato, o princípio da legalidade foi violado? Entendemos que não. Como já mencionado, é preciso ter em conta que o Direito Internacional Penal e, em especial os julgamentos em Nuremberg, e mesmo nos demais tribunais *ad hoc* criados posteriormente, foram marcadamente influenciados pelo

102 MOTION ADOPTED BY ALL DEFENSE COUNS. In: I.M.T., Vol. I, p. 168. (livre tradução)

common law.¹⁰³ Em uma análise inicial, portanto, pode-se afirmar que o problema do respeito ao princípio da legalidade, tal como conhecido no sistema continental, na perspectiva de pensar do *common law* anglo-americanando é apenas aparente. Senão vejamos: para Carl Schmitt, como já mencionado, na ótica do *common law* as ações criminosas são ou *mala in se* ou *mala in prohibita*:

No *mala in se* fica claro sem mais o caráter desvelador do precedente. Aqui não se cria um novo crime, senão que se caracteriza como tal algo que, para qualquer são consciência jurídica, sempre e entre todos os tempos, é um delito, ainda que o estado de coisas apareça como novo e inédito. No *mala prohibita*, ao contrário, se convertem primeiramente, através de disposições legais positivas de estatutos, ações que de outra forma não seriam puníveis. Por isso, esses estatutos são interpretados restritivamente. Para eles vale, inclusive, a proposição *nullum crimen sine lege(...)* Totalmente distinto é o caso do *mala in se*. Para uma forma de pensar tradicional consuetudinária, o problema do *nullum crimen* aqui não se apresenta de nenhuma maneira e é incompreensível em seu fundamento¹⁰⁴.

Dessa forma, como já referido, Schmitt aceita para os crimes contra a humanidade, que ele refere como atrocidades - que seriam em última instância o *mala in se* - a possibilidade de punição, na perspectiva do *common law*, sem maiores dificuldades. Vejamos também a resposta do Tribunal à moção apresentada pelos advogados do acusados entre Nuremberg:

¹⁰³ AMBOS, K. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**. Bases para uma

Foi arguido em favor dos acusados, como um princípio de toda a lei internacional, bem como das legislações domésticas, de que não pode haver punição sem lei pre-existente 'Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.' Foi alegado que a punição *ex post facto* é repugnante para a lei de todas as nações civilizadas, que nenhum poder soberano tinha feito da guerra agressiva um crime no momento em que os supostos atos criminosos foram cometidos, que não havia nenhum estatuto definindo o crime de guerra agressiva, que nenhuma pena tinha sido fixada para a sua prática, e nenhum tribunal tinha sido criado para julgar e punir os infratores. Em primeiro lugar, é de se observar que a máxima *nullum crimen sine lege* não é uma limitação da soberania, mas é, em geral um princípio de justiça. Afirmar que é injusto punir aqueles que, a despeito de tratados e garantias, atacaram os Estados vizinhos sem aviso é obviamente falso, pois, em tais circunstâncias, o atacante deve saber que ele está fazendo errado, e tão longe de ser injusto puni-lo, seria injusto se seus erros fossem autorizados a ficar impunes. Ocupando as posições que eles ocuparam no Governo da Alemanha, os réus, ou pelo menos alguns deles sabiam ou deviam saber dos tratados assinados pela Alemanha, que proíbe o recurso à guerra para a resolução de disputas internacionais, que devem ter sabido que eles estavam agindo em contrariedade a todo o direito internacional, quando em deliberação completa realizaram seus projetos de invasão e agressão. Deste ponto de vista do caso, parece que a máxima não tem aplicação aos fatos presentes.¹⁰⁵

No mesmo sentido manifestou-se posteriormente Francis Biddle, representante dos Estados Unidos como juiz no caso dos grandes criminosos nazistas em Nuremberg. Para ele, o

elaboração dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 537.

¹⁰⁴ SCHMITT, cit. pp. 42-3. (livre tradução)

princípio do *nullum crimen sine lege* não poderia afetar a soberania das nações, sendo tão somente um princípio geral de justiça e que não há nada no âmbito do direito internacional que force uma nação a reconhecer tal princípio.¹⁰⁶

O procurador-geral da delegação estadunidense em Nuremberg, Robert Jackson defendeu, evidentemente, a validade e justiça dos julgamentos, não com base somente em princípios do *common law*, mas com base na violação dos tratados internacionais. Em especial o tratado *Briand-Kellogg*, também conhecido como pacto de Paris, inicialmente acordado entre França e Estados Unidos, mas posteriormente ratificado por sessenta e três nações, incluindo Alemanha, Itália e Japão, foi violado pelo Reich alemão. Por tal pacto, em síntese, as nações abriam mão da guerra como uma política de Estado. Outros pactos e acordos internacionais mencionados foram a declaração de Moscou de 1 de novembro de 1943 e a declaração da Nações Unidas de 13 de janeiro de 1942, chamada de St. James, que previam punições aos alemães.

Com certa ironia, o Procurador Robert Jackson afirmou que não duvidava que os acusados estivessem surpresos com a lei que os acusava, mas sim que estavam surpresos com o fato de existir uma lei, já que todo o programa nazista ignorava e

¹⁰⁶ I.M.T., Vol. I, p.219. (livre tradução)

desafiava toda qualquer lei.¹⁰⁷ Acrescentava ainda ser possível que os nazistas ignorassem que o assassinato de pessoas inocentes fosse um crime?

Nesse diapasão, cabe destacar que o regime nazista editou diversas leis penais com efeito retroativo, seja para tipificar condutas ou agravar penas, bem como admitiu o uso da analogia – a sã consciência do povo alemão – para incriminar condutas, em clara violação ao princípio da legalidade, a que agora se aferravam os acusados nazistas.

Donnedieu De Vabre, professor da faculdade de Direito de Paris, representante do governo francês em Nuremberg, após o encerramento dos julgamentos, escreveu artigos e palestrou em diversos países sobre o tema. Foi um dos primeiros a verificar a maior influência do direito anglo-americano nos julgamentos:

A preponderância da influência anglo-americana prevaleceu no procedimento usado em Nuremberg, através do modelo acusatório. (...) Mas prevaleceu por razões de ordem geral que todos conhecem: o papel dominante dos Estados Unidos na condução da guerra, a bravura do Império Britânico quando em 1940 se achava praticamente sozinho na guerra contra os agressores; mas também há razões particulares: o fato de que a carta do Tribunal nasceu em Londres, que o

¹⁰⁶ BIDDLE, F. **Le proces de Nuremberg**. In: Revue Internationale de Droit Penal. Paris: Recueil Sirey, 1948, 19^o anée, p. 8.

¹⁰⁷ "I cannot, of course, deny that these men are surprised that this is the law; they really are surprised that there is any such thing as law. these defendants did not rely on any law at all. their program ignored and defied all law. (...)International law, natural law, German law, any law at all was to these men simply a propaganda device to be invoked when it helped and to be ignored when it would condemn what they wanted to do. JACKSON, R. **The Case Against the Nazi War Criminals**. New York: Alfred A. Knopf, 1946, p. 72.

processo se desenvolveu na Alemanha na zona ocupada pelos Estados Unidos e que o presidente do tribunal era um magistrado britânico...¹⁰⁸

Especificamente sobre princípios da legalidade, o professor francês, assim como fizera Jackson, destaca a importância dos tratados internacionais que regularam o caso, bem como do direito internacional costumeiro, que teriam prevalência sobre o direito interno dos Estados. A própria criação do Tribunal de Nuremberg havia sido fruto de um desses acordos. Destaca ele, contudo, a necessidade de criação de um Tribunal Internacional permanente evitando assim o problema de se ter um tribunal *ad hoc* como fora Nuremberg. E para essa jurisdição permanente, seria preciso dar-lhe um Direito: um direito internacional público, de caráter penal e sancionador.¹⁰⁹ Isso não significa que estivesse reconhecendo que Nuremberg houvesse infringido o princípio da legalidade, até porque seria impraticável raciocinar de forma análoga entre os crimes comuns, cometidos por qualquer pessoa, passíveis, portanto, de tipificação e os crimes de caráter internacional:

Penso que a repressão internacional conserva, pela força mesma das coisas, um caráter principalmente costumeiro. (...) A criminalidade dos Estados é vaga em relação às suas formas, são irregulares, imprevisíveis (...) Assim, as modalidades de repressão entre

¹⁰⁸ VABRES, D. H. **Le procès de Nurember**. In: Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. Nouvelle Série, n° 2. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

¹⁰⁹ VABRES, cit., p. 183.

Estados escapa às previsões. Elas são o segredo do porvir.¹¹⁰

Ou seja, para Donnedieu De Vabres, a própria ideia de tipificação de delitos internacionais é um tanto quanto difícil, já esse tipo de delito não guarda relação com os delitos cometidos e tipificados no âmbito interno dos Estados. Tão somente para verificar-se que a questão não é singela, é possível cotejar esse posicionamento com o de Dendé Matute - ainda que este se refira à tipificação no Estatuto de Roma - a respeito do tema:

Em outras palavras, estamos frente ao nascimento de um sistema de Direito Penal, o qual não difere - nem pode diferir dos sistemas análogos que encontramos em cada um dos Estados. Consequentemente, este sistema jurídico deve ter as mesmas características que qualquer sistema local; para tanto, está sujeito ao mesmo tipo de exigências, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais e direitos humanos que estejam relacionados com o Direito Penal.¹¹¹

Voltando a Nuremberg, em defesa da observância do princípio da legalidade, é importante trazer à colação novamente a posição de Jiménez de Asúa que contradita pontualmente o Procurador Jackson que, lembramos, defendeu a validade dos julgamentos, bem como dos crimes, com base nos tratados internacionais:

¹¹⁰ Idem.

Esquece Jackson a máxima *nullum crimen sine lege* (...). Acerca do valor dos tratados como base dos delitos imputados, disseram palavras definitivas os magistrados estadunidenses, colegas de Jackson na Suprema Corte, ao dissentir da decisão que negou os recursos interpostos por Yamashita e Homma¹¹²

Para Kai Ambos, o princípio da legalidade, observado na perspectiva do *common law*, é um “ordenamento jurídico dinâmico”; assim, um fato pode ser considerado crime, desde que seja punível segundo os princípios não-escritos do direito consuetudinário. Para quem ainda não estiver convencido com tal argumento, aduz o referido autor:

A quem duvida desta argumentação, por não considerá-la suficiente ou por entender que não está dada a punibilidade desses fatos com base no costume internacional, é possível contrapor-lhe a redução material da proibição de retroatividade ao *princípio da justiça*. Desse modo, é possível sua desconsideração quando a justiça não exija a proteção do autor senão, justamente, seu castigo. Esta relativização e, ao mesmo tempo, carga normativa da proibição de retroatividade com um *valor de orientação* adaptável caso por caso foi sustentada em Nuremberg (...).¹¹³

No mesmo sentido, a ilação de Henri Meyrowitz acerca da necessidade de retroatividade da lei com base na exigência da justiça:

¹¹¹DONDÉ, M. Los Tipos Penales entre el Ámbito Internacional In: http://www.derechopenalinternacional.com/pdf_bin/Lostipospenalesenelambitointernacional.pdf. Acesso em 15/07/2010.

¹¹² JIMÉNES, cit, p.1008. (livre tradução)

¹¹³ AMBOS, cit. p. 103.

O adágio *nullun crimen, nulla poena sine lege* não é uma regra absoluta no direito internacional. Há, como declarou o Tribunal Militar Internacional, a consideração de um 'princípio de justiça'. Fazendo uso dessa formula, o Tribunal Militar entendeu o princípio no direito internacional como um princípio de justiça e de equidade (*fair play*). Aplicada no domínio do Direito Internacional, este princípio exige que antes de se condenar um acusado, seja provado que ele sabia ou devia saber que nesses casos de interesse internacional era culpado por participar de um sistema injusto de perseguição, organizado em escala nacional, revoltando o sentimento moral de humanidade, e que ele sabia ou devia saber, que em caso de captura, ele seria possivelmente castigado. (...) **Os crimes nazistas contra a humanidade se enquadram nessa hipótese. Sua punição responde a um imperativo inelutável de justiça.**¹¹⁴

Finalmente, a discussão acerca do princípio da legalidade, estaria definitivamente superada com o advento do Estatuto de Roma e com a definição dos crimes do Direito Internacional Penal? A resposta negativa novamente se impõe. Reconhece-se, em parte, a correção da assertiva de Kai Ambos a respeito de tal discussão ter perdido a importância tendo em vista a codificação dos crimes nucleares e a aprovação adicional dos elementos dos crimes, conforme previsão do artigo 9 do Estatuto de Roma.¹¹⁵ Já se mencionou sobre a influência decisiva do *common law* na formulação do Direito Internacional Penal. No entanto, deve ser reconhecido que os princípios do Direito Penal continental vêm crescentemente fazendo sentir a

¹¹⁴ MEYROWITZ, cit., pp. 358-9. (grifos nossos e livre tradução)

sua influência em especial nas codificações sobre a matéria. Exemplo disso é o próprio Estatuto de Roma que, no que tange ao direito aplicável, reconhece o princípio da legalidade:

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.¹¹⁶

Em uma análise apressada, poder-se-ia afirmar, como o faz Fernandes a respeito do artigo 22 do Estatuto de Roma que: “A afirmação do princípio do *nullum crimen*, impossibilita ao Tribunal cristalizar condutas do direito costumeiro”.¹¹⁷

Em que pese o *nomen juris* do artigo e, especialmente, os itens um e dois que estabelecem a necessidade de definição precisa do crime bem como a vedação à analogia — sub-princípios do princípio da legalidade — o item três do artigo

¹¹⁵ Ver AMBOS, cit., p.45.

¹¹⁶ BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002.

¹¹⁷ FERNANDES, D. A. **Tribunal Penal Internacional**: a concretização de um sonho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171.

22 não nos permite afirmar que o princípio do *nullum crimen sine lege* que consta no Estatuto de Roma tem o mesmo significado tal como ele é tradicionalmente concebido nos países de tradição do direito continental. Com efeito, o item três do art. 22 afirma, de maneira clara, que uma conduta pode ser considerada como criminosa, independente do *nullum crimen sine lege*, desde que o seja nos termos do direito (e não lei) internacional.

O item número três do artigo 22 foi incluído por uma proposta da Áustria. Conforme Per Saland, as delegações que participaram das discussões sobre a definição dos crimes sabiam da dificuldade de tipificar uma conduta que correspondesse adequadamente ao desenvolvimento atual dos crimes internacionais conforme o direito internacional costumeiro. Assim, referido item três do artigo 22 apresenta justamente essa ideia de uma lei que está sempre em desenvolvimento, ao passo em que o Estatuto, pela natureza mesma das coisas, é estático.¹¹⁸

¹¹⁸ LEE. S. R. **The International Criminal Court**. The making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 195. "Paragraph 3 goes back to an austrian proposal. Many delegations were aware that whatever definition of crimes could be agreed upon in rome, no agreement would be possible on the issue of whether the definitions themselves corresponded precisely to the current state of customary international law as understood by the delegations. This law, of course, is under continuous development whereas a statute in the nature of things is static. Paragraph 3 was therefore included to reflect this idea. The wording of this paragraph was subsequently adjusted by the Drafting committe."

Vamos mais adiante. Mesmo que não houvesse essa ressalva no artigo 22, isso não afetaria em nada a possibilidade de se criminalizar uma conduta não prevista no Estatuto de Roma. Já mencionamos a advertência de Donnedieu De Vabres, de que para esse tipo de criminalidade, em geral perpetrada pelos Estados, é difícil se estabelecer uma previsão. As rápidas mudanças e os avanços tecnológicos podem fazer surgir novas condutas, nesse contexto de macrocriminalidades, não tipificadas no Estatuto de Roma. Acaso deixariam de ser punidas por isso? Na perspectiva do *common law* e dos precedentes dos tribunais internacionais, provavelmente não.

Referimos ainda o exemplo de Carl Schmitt acerca da ausência da codificação dos crimes classificados como atrocidades. Quando perguntado a um antigo legislador, o porquê da ausência do crime de parricídio entre suas normas penais, o referido legislador contestou: **“que ninguém deveria nomear, de nenhuma maneira crimes tão terríveis, nem expressar a possibilidade de que eles venham a ocorrer”**.¹¹⁹

Parece evidente, portanto, que o artigo 22 do Estatuto de Roma é, na realidade, um encontro entre o sistema jurídico do *common law* e do direito continental. Destarte, para se compreender o conteúdo jurídico do princípio da legalidade no âmbito do Direito Internacional Penal é necessário vislumbrar

as peculiaridades desse princípio em cada um dos ramos jurídicos mencionados.

Por fim, o sistema jurídico do *common law*, ao não reconhecer expressamente o referido princípio da legalidade, ao menos nos moldes do direito continental, traria por corolário uma menor garantia dos indivíduos perante o poder punitivo do Estado? Não necessariamente, pois como destaca Elisabetta Grande, ao invés de um sistema de legalidade formal, os países do *common law* apresentam um sistema de legalidade realista: para os crimes do *common law*, os precedentes judiciais - *stare decisis* - são um controle para a atuação criadora do juiz e uma garantia para o cidadão; para os crimes criados pelo legislador, o juiz do *common law* observa o princípio da irretroatividade, bem como a sua interpretação de um estatuto serve de controle dos eventuais abusos legislativos. Mais importante, ainda, parece ser em relação à dosagem da pena: ao passo que o juiz do *civil law* está adstrito às determinações legais, o juiz do *common law* dispõe de mecanismos como a *absolute discharge*, isto é, uma possibilidade de sentença sem pena para os crimes legislados, se há abuso do legislador ou quando há uma mudança brusca na jurisprudência; já para os crimes de *common law*, os limites

¹¹⁹ SCHMITT, cit., p. 48. (grifos nossos)

para a aplicação da pena são estabelecidos pelos precedentes.¹²⁰

1.4.3 Conspiracy.

Trata-se de um instituto típico do *common law*, cuja compreensão é necessária tendo em vista sua larga utilização nos julgamentos do Direito Internacional Penal, tanto no Tribunal de Nuremberg quanto nos tribunais *ad hoc* que o seguiram. No estatuto do Tribunal de Nuremberg, estava previsto expressamente no artigo 6. Assevera Carlos Frederico de Oliveira Pereira de que nos estatutos dos Tribunais da ex-Iogoslávia e de Ruanda a ideia da *conspiracy* foi abandonada, dando lugar a uma responsabilização individual, sem distinguir condutores da política e executores.¹²¹ Em que pese o respeitável posicionamento, acreditamos que se encontram nos referidos estatutos: artigo 7 do Estatuto para o tribunal da ex-Iogoslávia e no artigo 3 com previsão expressa de conspiração para o cometimento de genocídio. De fato, a *conspiracy* utilizada nesses tribunais tinha como objetivo punir os gestores do Estado, cuja responsabilização individual restaria mais difícil.¹²²

Sobre o instituto da *conspiracy*, o mesmo encontra-se positivado em alguns estados norte-americanos, como no Código Penal da Califórnia, bem como na Inglaterra através do *Statutory Conspiracy, Criminal Law Act 1977*.¹²³ Para que se configure a conspiração, basta que haja o acordo entre duas ou mais pessoas para o cometimento de um crime. A justificativa

¹²⁰ GRANDE, cit., pp. 124 - 127.

¹²¹ PEREIRA, C. F. O. **Direito Internacional Penal**. A responsabilidade de Comando no Estatuto de Roma e sua Implementação no Código Penal Militar. Curitiba: Juruá, 2010, p. 94.

¹²² Idem, p. 73.

para a existência da *conspiracy* é a ameaça para a sociedade. Quando um autor, individualmente, planeja um crime, a sociedade sofrerá a ameaça quando o agente iniciar a execução do crime. Já na conspiração, ela por si só representa uma ameaça, tendo em vista que o crime tem mais possibilidade de ser perpetrado.¹²⁴ Sob essa perspectiva, que se traduz em uma adequação típica direta ou imediata, encontra similar no Direito Penal brasileiro com a figura da quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal Brasileiro). Como salienta Kai Ambos, tal figura utilizada pode ser interpretada no Direito Internacional de forma ampla, bastando a mera pertença ao grupo político com poder de decisão para ser acusado pela cumplicidade.¹²⁵

No entanto, a conspiração aproxima-se também, em nosso sentir, com uma figura de adequação típica mediata ou indireta, como ocorre no concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. Ou seja, no *common law* para o crime de conspiração pode resultar uma pena autônoma para esse crime, bem como responsabilizar o autor pelo crime planejado pelos conspiradores. Nesse caso, não há uma regra geral para verificar a importância da participação do conspirador no crime almejado ou se o mesmo pretendia uma participação dolosamente distinta, como previsto no Direito Penal brasileiro. Veja-se, no sentido acima apresentado, a manifestação de um dos promotores estadunidenses em Nuremberg, Sidney Alderman:

É familiar no direito do meu país que se duas ou mais pessoas se organizam em um esquema criminoso para roubar um banco e no desenvolvimento da ação um dos conspiradores

¹²³ PEREIRA, C. F. cit., p. 76; CLARKSON, cit., pp. 25-7.

¹²⁴ CLARKSON, cit., p. 25.

¹²⁵ AMBOS, cit. p. 98.

cometem um homicídio, todos os participantes do planejamento e execução são culpados pelo assassinato, tenham ou não participação pessoal na morte. Essa é uma simples regra estabelecida na Carta. Todos os participantes de uma conspiração são responsáveis pelos fatos de todos os agentes.¹²⁶

Parece, inclusive, que a possibilidade de utilização do referido instituto influenciou a decisão americana para a criação do Tribunal Internacional, como referido anteriormente:

O presidente Roosevelt não se pronunciou abertamente nem por uma nem por outra tese. O Secretário da Guerra encarregou um grupo de juristas militares de estudar mais a fundo as questões relativas ao estabelecimento do julgamento dos grandes criminosos de guerra. Quando o grupo reportou oralmente suas conclusões a Henry L. Stimson, um dos membros emitiu a opinião de que era possível englobar na acusação todo o sistema de guerra totalitária do regime nazista, os métodos de guerra empregados por Hitler, contrários às leis e aos costumes da guerra, já que todos os meios serviam aos fins do plano totalitário nazista. **Uma tal acusação encontrava suas bases jurídicas na teoria da conspiracy.**¹²⁷

A utilização do referido instituto nos julgamentos de Nuremberg, em especial sob a forma de conspiração para o cometimento dos crimes contra a humanidade, confirmam a influência do direito anglo-americano no Direito Internacional Penal. Mas para além dessa constatação, importa frisar que para uma melhor compreensão do alcance da responsabilidade

¹²⁶ I. M. T., vol II, p. 244.

penal do indivíduo no âmbito do Direito Internacional Penal, conforme expresso no artigo 25 do Estatuto de Roma, é preciso considerar o conteúdo desse instituto.

¹²⁷ MEYROWITZ, cit, p. 30. (grifos nossos e livre tradução)

1.5 Resumo da Primeira Parte.

Na primeira parte deste trabalho abordamos:

1)A conceituação do Direito Internacional Penal, como sendo aquele que possibilita a responsabilização do indivíduo diretamente com base no Direito Internacional.

2)As vinculações históricas do Direito Internacional Penal, estabelecendo como referência fundamental o Tribunal de Nuremberg.

3)A natureza política do Direito Internacional Penal.

4)A influência do *common law* anglo-americano no desenvolvimento da matéria.

5)Aspectos dogmáticos, em especial sobre o *nullum crimen sine lege* e o instituto da *Conspiracy*.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Para se compreender a atuação do Ministério Público no âmbito do Direito Internacional Penal, desde os tribunais *ad hoc* até o Estatuto de Roma, é premente mais uma vez a necessidade do estudo do direito comparado, quer seja ele considerado um ramo autônomo da ciência jurídica ou apenas uma metodologia:

A comparação não é mera análise de sistemas e sim o passo introdutório. Trata-se, além disso, de um processo criativo e não apenas mera coleta de dados, devendo ser realizada em instrumentos independentes dedicados a cada esfera de estudo (...) O direito comparado pode e deve ser a base do direito universal. Observa-se ainda que este método transforma-o em disciplina internacional, e não apenas no 'direito comparado nacional' (...) ¹²⁸

Com efeito, a adequada investigação sobre o Ministério Público no âmbito de uma jurisdição internacional passa não

¹²⁸ RIBEIRO, M R. de SÁ. **Importância do Direito Comparado**. In: BARROSO, L. R.; TIBURCIO, C. O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem a Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 685.

apenas pela consideração de suas características nos sistemas do *common law* e do *civil law* mas também pela sua contextualização nos marcos dos modelos processuais acusatório e inquisitório. Assim é porque no Estatuto de Roma ocorre a integração que, sob a ótica jurídica, caracteriza-se pela síntese entre o direito anglo-saxônico e o direito continental.¹²⁹ Reitera-se: na condição de órgão vocacionado para a efetivação da justiça, torna-se fundamental o estudo do Ministério Público sob essa perspectiva, cada vez mais premente, de aproximação entre diferentes sistemas jurídicos. O tema, absolutamente, não é novo: já nos primórdios mesmo do Direito Internacional Penal e no surgimento de uma jurisdição internacional a contraposição entre os dois sistemas mencionados, como logo se verá, foi objeto de controvérsia.

Nesse mesmo sentido, mas em uma perspectiva atual sobre o assunto e especificamente em relação ao Ministério Público salientam Azevedo e Dias:

(...) as instâncias internacionais, supraestatais e associativas, têm procurado adoptar princípios orientadores para instituir sistemas judiciais independentes e imparciais, capazes de garantir os direitos dos cidadãos. No entanto, a existência de diversos modelos de organização judicial, gera uma maior

¹²⁹ CANATO, M. A. **O Princípio da Legalidade no Direito Penal Internacional**. Porto Alegre: Norton Editores, 2011, p. 61.

dificuldade em avançar para além desses mesmos princípios.¹³⁰

A assertiva é correta: o reconhecimento dos direitos humanos, seja em âmbito nacional ou internacional, traz subjacente a necessidade de mecanismos jurídicos que garantam e defendam esses valores.¹³¹ Inegavelmente dentre esses mecanismos está o acesso à justiça, uma justiça independente e efetiva. Pertinentes, portanto, as discussões a respeito do Ministério Público: suas atribuições, seus poderes e garantias, especialmente no que diz respeito a sua independência ao agir. No campo do Direito Internacional Penal, mais uma vez enfatizamos, o tema está relacionado com o maior ou menor grau de influência do regime jurídico dos Estados que integram as cortes internacionais. Daí a necessidade do estudo de suas características nos diversos sistemas jurídicos, a fim de possibilitar reflexões sobre o modelo de Ministério Público desejável no âmbito de uma jurisdição internacional permanente. Vale trazer à lembrança, ainda, o alerta de Figueiredo Dias e Costa Andrade no sentido

¹³⁰ AZEVEDO, R.G.; DIAS, J. P. (coord) **O Papel do Ministério Público**. Estudo Comparado dos Países Latino-Americanos.

¹³¹ Sobre a temática dos direitos humanos, Jayme Weingartner Neto e Ingo Sarlet discutem, em interessante texto, a complexa questão dos direitos humanos e do multiculturalismo. Os autores, apoiados em Wallerstein e Boaventura de Sousa Santos consideram que estamos em transição paradigmática - com o diálogo entre a modernidade e pós-modernidade. Nesse diálogo, a tolerância tem papel proeminente, incentivando a livre expressão de opiniões e a circulação de ideias. Nesse processo o Estado tem papel fundamental ao promover a tolerância e incentivar o cotejamento entre os dois paradigmas. WEIGARTNER NETO, J.; SARLET, I. W. **Dignidade (da Pessoa) Humana, Direitos Humanos e Fundamentais e Ensino Jurídico**: Algumas aproximações. In.: NALINI, J. R. (Coord.). **Direitos Humanos e Formação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

de que o Ministério Público é a mais nacional das instituições de controle sendo a análise comparativa dificultada pelas múltiplas diferenças tanto no que respeita a sua estrutura jurídico-formal, bem como no plano de sua atuação concreta.¹³² Levando isso em conta, ressaltamos que não buscaremos aqui a mera descrição comparativa entre sistemas jurídicos, mas, apresentar, na medida do possível, a influência de cada um deles na concretização das instituições que atuam no âmbito do Direito Internacional Penal. Dessa forma, retoma-se a indagação que deu origem a essa pesquisa: considerando o Ministério Público como instituição necessária à própria existência de uma justiça internacional, quais são suas características desejáveis que garantam a efetividade dessa justiça, mantidas garantias de um processo justo aos acusados? Reiteramos nosso entendimento no sentido de que, mais do que exercer uma relevante função processual, em especial a acusação em um processo criminal, a existência do Ministério Público como instituição permanente no âmbito do Direito Internacional Penal é fundamental para a proteção dos direitos humanos em uma perspectiva da comunidade internacional. Esse caráter de fundamentalidade da Instituição pode ser encontrado tanto nos países do sistema do *Common Law*, bem como nos países do direito continental.

¹³² DIAS, J. F; ANDRADE, M. C. **Criminologia**. O Homem delinquente e a sociedade crimonógena. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 474.

O que segue, então, é a tentativa de apresentar o surgimento do Ministério Público inicialmente exercendo uma função processual - em geral na defesa de um interesse do poder executivo - até sua gradual institucionalização dentro dos sistemas jurídicos nacionais bem como no âmbito do Direito Internacional Penal.

É indicativo dessa institucionalização o cotejamento entre a situação do *Attorney General* estadunidense criado em 1789, cuja função era acompanhar os processos de interesse do Estado na Suprema Corte, sem estrutura, sem funcionários e sem maiores prerrogativas, com sua condição atual, em que o *Attorney General* chefe do Departamento de Justiça, empregando aproximadamente cento e vinte mil pessoas em trinta e nove diferentes organizações. Entre elas, incluem-se o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), o *Drug Enforcement Administration* (DEA), o *Bureau of Prisons*, e o escritório do *U. S. attorneys and U. S. marshals* em toda a nação.¹³³

Começamos por analisar, portanto, a característica e evolução do órgão acusador no sistema do *common Law* norte-americano, seguindo pelos modelos do direito continental para finalmente identificar, na medida do possível, a síntese

¹³³ EMERT, P. R. **Attorneys General: enforcing the law**. Minneapolis: The Oliver Press Incj., 2005, p. 7.

dessas experiências que se concretizam, no que tange ao Direito Internacional Penal, no Estatuto de Roma.

2.1 O Ministério Público no Sistema Legal do *Common Law*.¹³⁴

A forma diversa de organização do Ministério Público nos Estados Unidos quando comparada com os demais países americanos pode ser explicada, em parte, pelo pragmatismo¹³⁵ do *Common law* "(...) voltado para conciliar as expectativas populares da justiça efetiva: primeiro, com a realidade criminogênica, segundo, com os recursos de toda a ordem postos a serviço da máquina judiciária"¹³⁶. Aqui reside provavelmente a mais peculiar característica do *prosecutor* estadunidense: a disponibilidade da ação penal. Indicativo da pragmatismo do sistema, o promotor não é obrigado a oferecer a ação penal. Pelo contrário, vai utilizar os recursos orçamentários de que dispõe no combate a determinado tipo de criminalidade tendo em vista as prioridades apresentadas no programa com o qual foi

¹³⁴ O modelo a ser analisado no *Common Law* é o dos Estados Unidos da América. Vale citar o trecho de René David: "Em Inglaterra não existe, junto aos Tribunais de Justiça, nenhum Ministério Público. A presença dum agent, representante do Poder Executivo, parece aos ingleses inconciliável com a autonomia e com a dignidade do Poder judiciário". DAVID, R. p. 395.

¹³⁵ Sobre o desenvolvimento do método pragmático como filosofia política dos Estados Unidos vale conferir RAMOS, cit, p. 53 e ss.

¹³⁶ CARVALHO, P. P. Uma Incursão do Ministério Público à Luz do Direito Comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. In: MORAES, V. L. (org.) Ministério Público e Sociedade. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, p. 103.

eleito.¹³⁷ Corolário da disponibilidade da ação penal é o instituto do *plea bargain*: dispositivo pelo qual entre oitenta e noventa e cinco por cento dos processos criminais são resolvidos diretamente pelo promotor norte-americano.¹³⁸ Através do *plea bargain* o promotor assume a condição de “juiz à porta do Tribunal” negociando com a defesa questões de fato e de direito: o acusado, ao invés de submeter-se a um julgamento – que poderia levá-lo a uma condenação mais grave, – aceita uma pena menor. Ao juiz cabe homologar a referida negociação. Muitas críticas são apostas a essa possibilidade de negociação:

Os críticos apontam insistentemente para a desigualdade e a injustiça que se reflete na *plea negotiation* e que esta, por sua vez, potencia e amplia. Como negociação de factos (e do direito) feita nos gabinetes do MP ou nos corredores do tribunal, subtraída à sindicância da publicidade, os seus resultados concretos dependem directamente do poder das partes em confronto, da respectiva competência de acção.¹³⁹

Com efeito, o *plea bargain* ameaça seriamente consagrados princípios materiais e processuais penais, como a presunção de inocência, a verdade real e o contraditório, colocando em dúvida as visões idealizadas a respeito do modelo adversarial

¹³⁷ SIMON, J. A. **Considerações sobre o Ministério Público Norte-Americano.** In. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n° 23, 1990, p. 24

¹³⁸ DIAS, J. F; ANDRADE, M. C., *cit.*, p. 484.

¹³⁹ *Idem*, p. 485.

característico do sistema estadunidense¹⁴⁰. Os acusados com menos condições de sustentar um processo caro, sujeitam-se a penas menores, ainda que em um processo justo as possibilidades de absolvição ou mesmo de inadmissibilidade da acusação fossem prováveis¹⁴¹. No entanto, os próprios magistrados reconhecem que sem a utilização desse dispositivo, o sistema judicial estadunidense entraria em colapso.¹⁴²

Outra diferença relevante, agora a respeito das características institucionais, é que o ingresso no cargo de promotor público não é realizado mediante concurso e também não se organiza em forma de carreira: há grande movimento de promotores que entram e saem da instituição.¹⁴³ O ingresso se dá através de simples contratação procedida pelo Procurador-Geral que pode inclusive indicar promotores *ad hoc* para atuar em questões específicas. Boa parte dos que ingressam é formada de antigos estagiários, outros conseguem ingressar por terem colado grau com distinção nas faculdades, ou por prestarem exemplar trabalho profissional. Há os que ingressam também a partir de influências políticas. A organização do cargo de promotor em carreira diz respeito mais à Instituição do que a seus membros individualmente. Explica-se: através da

¹⁴⁰ CARVALHO, P. P. *cit.*, p. 105.

¹⁴¹ RAMOS, *cit.*, p. 146.

¹⁴² GUIMARAES Jr., R. **Magistratura e Ministério Público nos Estados Unidos Segundo seus Líderes e um Olhar no Futuro**. In: JUSTITIA. São Paulo: APMP, vol. 98, 3º trimestre de 1977, p. 129.

¹⁴³ *Idem*, p. 128 e ss.

organização em carreira é possível identificar as garantias, prerrogativas e, portanto, o nível de independência e autonomia do órgão acusador. Mais ainda, com a permanência dos promotores na Instituição é possível vislumbrar uma continuidade da política institucional. Daí ser percuciente a assertiva de Antonio Camargo Ferraz: "(...) a circunstância de estar centrado na figura do Procurador-Geral talvez até retire do Ministério Público norte-americano o seu caráter institucional".¹⁴⁴ De fato, a cada eleição, as prioridades de atuação se modificam segundo a orientação do novo Procurador geral eleito que concentra todo o poder político da Instituição. Ao revés, nos sistemas em que há uma carreira organizada, a força da instituição aí se encontra.¹⁴⁵

No que tange à sua organização formal, as atividades desenvolvem-se em três níveis: o federal, o estadual e os condados - subdivisão política dos Estados. No âmbito dos Estados, aparece como chefe do Ministério Público o *State Attorney-General*. A forma de sua assunção ao cargo de Procurador-Geral varia de Estado para Estado. Pode se dar pela forma de indicação do governador, escolhido pelo poder legislativo, que em alguns Estados membros divide-se em câmara e senado. Contudo, em sua maior parte são escolhidos

¹⁴⁴FERRAZ, A. A. M. C. **Anotações sobre o Ministério Público Brasileiro e Americano.** In.: Revista *Justitia*, vol. 144, 4º trimestre de 1988. Publicação eletrônica.

¹⁴⁵No mesmo sentido, FERRAZ, A. A. M. C. cit.

diretamente pelo povo através de eleições. Há, ainda, como referido, os condados, subdivisões políticas dos Estados-membros. Para cada Condado há também um procurador-geral.

Cada condado (county) elege seu próprio "District Attorney" (mais exato seria chamá-lo "County Attorney", uma vez que é escolhido pelo povo do "county" e não do "district"). O "District Attorney" pode ser descrito como o órgão mais elevado do Ministério Público, nos limites do "county", ao qual estão subordinados os demais promotores que o auxiliam na *persecutio criminis*¹⁴⁶.

Nos três níveis supramencionados de atuação estão presentes as funções de assessoramento e aconselhamento jurídico aos órgãos oficiais do Estado, bem como a defesa em juízo dos mesmos.

Ao nível federal, como órgão máximo da instituição, surge a figura do *Attorney-General*, nomeado pelo Presidente da República, mediante aprovação de seu nome pelo Senado, e que ocupa as posições de Ministro da Justiça e Procurador-Geral da Justiça.

O cargo de procurador-geral - nome originário da Inglaterra - foi criado nos Estados Unidos pelo *Judiciary Act of 1789*, tendo como requisito para a indicação, a formação jurídica e com as funções de promover e conduzir todos os

¹⁴⁶ MELLO FILHO, J. C. **O Ministério Público Norte-Americano**. In: Revista Justitia, Ano XXXI, vol. 65, 2º trimestre de 1969, p. 164.

processos na Suprema Corte¹⁴⁷ nos quais os Estados Unidos tivessem interesse, dando seus pareceres e opiniões sobre questões jurídicas quando requerido pelo Presidente ou requisitado pelos chefes de departamento. O *Judiciary Act* criou um sistema de cortes federais e um procurador-geral nacional, mas não estabeleceu uma ligação direta entre esses dois. O procurador-geral não tem uma autoridade centralizada sobre os procuradores federais nos vários Estados, apenas realiza uma espécie de supervisão federal quando a questão chega à Suprema Corte.¹⁴⁸

Assim como eram limitadas as funções do Procurador Geral, eram precárias suas condições de trabalho. O primeiro Procurador-Geral dos Estados Unidos da América foi Edmund Randolph, em 1789, ressentia-se pelo seu pequeno salário, falta de poderes e pelo fato de não ter sequer um escritório, assessores e material de trabalho. Não havia dedicação exclusiva, trabalhando em tempo parcial – no período de funcionamento da Suprema Corte –, praticando a advocacia privada concomitantemente com suas funções públicas.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Em 1870 foi criado o cargo de *solicitor General*, com a função de representar os interesses dos Estados Unidos de auxiliar o Procurador Geral. A partir daí, a função de representar o governo junto à Suprema Corte, seja como parte ou como *amicus curiae* passou ao *Solicitor General*, que é indicado pelo presidente da República.

¹⁴⁸ EMERT, P. R. **Attorneys General: enforcing the law**. Minneapolis: The Oliver Press Incj., 2005, p. 7.

¹⁴⁹ EMERT, P. R., cit, p. 12.

Salvo pequenas melhorias de salário e infraestrutura, foi somente com a criação do Departamento de Justiça, em 1870, que aumentou significativamente a importância do cargo de Procurador-Geral. Aumentaram também suas atribuições: além da fiscalização e promoção dos processos judiciais de interesse governamental, revisava as ordens e proclamações do presidente, aconselhava a respeito da concessão de perdão, recebia consulta a respeito de leis e apresentação de relatórios ao congresso.

Posição completamente dissociada dos dias atuais, tendo crescido e se expandido assim como as demais estruturas governamentais dos Estados Unidos da América. Atualmente, o procurador-geral é o *chief law enforcement officer* do governo central e o chefe do departamento de justiça, uma grande e complexa instituição. Característica que perdura até hoje no modelo americano é a estreita aproximação entre o Presidente e seu procurador-geral.¹⁵⁰

Neste ponto, é importante vislumbrar a atuação como procuradores-gerais estadunidenses, Robert H. Jackson (1940 - 1941) e Francis Biddle (1941 - 1945), tendo em vista que foram, posteriormente, no Tribunal de Nuremberg, respectivamente, acusador e juiz.

¹⁵⁰ Ibidem.

Robert Jackson foi nomeado procurador-geral pelo presidente Franklin D. Roosevelt no ano de 1940, quando a Europa estava em plena guerra e os Estados Unidos ainda na condição, ao menos formalmente, de neutralidade. Uma das principais, se não a maior, controvérsia em sua atuação disse respeito à negociação de cinquenta navios de guerra a serem fornecidos pelos Estados Unidos à Inglaterra em troca de bases militares no território Britânico no Oceano Atlântico¹⁵¹. Jackson emitiu um parecer no sentido de que a negociação poderia ser feita diretamente pelo presidente Roosevelt sem a necessidade de aprovação pelo Senado. Afora as considerações de ordem política, como a suposta violação da neutralidade, além da supressão de competências do Poder Legislativo, o caso suscitou o questionamento acerca do papel do procurador-geral: sua função era a de encontrar uma base legal para justificar a atuação do presidente ou, do contrário, devia interpretar a lei e aconselhar o presidente sem considerações políticas? Em seguida, Jackson foi nomeado juiz da Suprema Corte, para ocupar a vaga deixada por Oliver Holmes. Sua prodigalidade em encontrar soluções jurídicas inovadoras ficou patente, como visto, quando da criação do Tribunal de Nuremberg.

Francis Biddle foi então indicado por Roosevelt para assumir o cargo de procurador-geral. Três meses após a sua

¹⁵¹ Idem, p. 66.

posse, o Japão atacou Pearl Harbor e os Estados Unidos declaram guerra ao Eixo. Suas atividades voltaram-se inteiramente para o episódio da guerra: Biddle emitiu diversos mandados de prisão para estrangeiros japoneses, italianos e alemães que estivessem em território estadunidense.¹⁵² Houve evacuação em massa dos japoneses que viviam na Califórnia, mesmo os da segunda geração de imigrantes, que haviam nascido nos Estados Unidos. Havia um especial preconceito contra os japoneses. Em fevereiro de 1942 um decreto do presidente Roosevelt (*Executive Order* 9066) autorizou o exército a estabelecer áreas militares, excluindo a presença de civis naqueles locais. Uma dessas áreas foi todo o Estado da Califórnia. Cento e dez mil japoneses foram transportados para centros permanentes de detenção, nos Estados de Utah, Arizona, Colorado, Wyoming, Arkansas, a própria Califórnia e Idaho.¹⁵³ A maioria dos japoneses teve que vender seus bens e propriedades a baixos preços para seus vizinhos, levando somente aquilo que podiam carregar. As condições de vida nos campos eram duras: alimentação escassa, pouca assistência médica e raras escolas. Biddle teria se manifestado em carta ao presidente Roosevelt contrariamente à evacuação de japoneses que fossem cidadãos americanos; a medida, segundo ele, somente seria válida para o caso de japoneses não-nascidos nos EUA. Por seu

¹⁵² Idem, p. 67.

¹⁵³ Idem, p. 71.

posicionamento, foi duplamente criticado: à época, pela imprensa, por sua posição contrária aos internamentos em massa; posteriormente, por não ter se oposto de forma mais incisiva na defesa dos direitos individuais.¹⁵⁴ Com efeito, alguns casos de detenção de cidadãos estadunidenses de origem nipônica chegaram à Suprema Corte, que, no entanto, confirmou a constitucionalidade do internamento nos campos. Em 1976, o presidente Gerald Ford revogou o Decreto 9066 e reconheceu a contribuição dos japoneses americanos ao país. O epílogo deu-se no ano de 1988 quando o presidente Ronald Reagan assinou um pedido público de desculpas pelo internamento de japoneses cidadãos estadunidenses durante a Guerra e autorizou o pagamento de indenização de vinte mil dólares a cada remanescente.¹⁵⁵

Outro episódio relacionado à atuação do procurador-geral durante a Segunda Guerra foi a prisão de sabotadores alemães, encontrados tendo a posse de explosivos e grande quantidade de dinheiro, plantas detalhadas sobre ferrovias, pontes, centrais elétricas e indústrias estadunidenses. Após a prisão, Biddle foi informado pelo presidente Roosevelt da intenção de levá-los a julgamento por uma corte marcial e a aplicação da pena de morte. Biddle tinha a noção de que, pela perspectiva do *civil law* os alemães não haviam chegado a iniciar nenhum ato

¹⁵⁴ Idem, p. 69.

de sabotagem, ainda que a intenção fosse clara. Por outro lado, a lei americana aplicável ao caso era a *federal law covering conspiracies to commit crimes*, cuja pena prevista era de três anos de prisão.¹⁵⁶ Portanto, a pena de morte somente poderia ser aplicada em uma corte marcial, o que dependia, no entanto, de decisão da Suprema Corte. O presidente Roosevelt baixou outro decreto instituindo uma comissão militar para julgar os sabotadores nazistas, que por dois terços dos membros julgaram os acusados culpados e os sentenciaram à morte. Biddle atuou como procurador do governo. Houve recurso à Suprema Corte que, no entanto, confirmou o julgamento e a sentença.

Biddle manifestou-se a respeito da decisão que confirmou o julgamento e a sentença:

(...) espiões e combatentes inimigos sem uniforme, ultrapassando secretamente os limites do campo de guerra para perpetrar a destruição da vida e da propriedade, não são, pelos acordos reconhecidos universalmente, intitulados como prisioneiros de Guerra, mas são violadores das próprias leis de Guerra, sujeitos a serem julgados e punidos por tribunais militares.¹⁵⁷

Os episódios elencados são, pensamos, bastante sugestivos do pragmatismo do sistema do *common law*, capaz de encontrar soluções para as controvérsias jurídicas, claramente voltadas

¹⁵⁵ Idem, p. 79.

¹⁵⁶ Idem, p. 74.

para a resolução de um caso concreto, sem estar preso a rígidas fórmulas processuais, muito especialmente em situações como a guerra. Em que pese inviável relacionar do ponto de vista jurídico-dogmático o *common law* com a teoria funcional radical, é impossível não identificar no exemplo acima mencionado características da referida teoria: possibilidade de redução de garantias materiais e processuais, um sistema ligado à noção de segurança e defensismo, com possibilidade de antecipação da tutela penal e interpretação extensiva. Verdadeira manifestação de Direito Penal do inimigo. Ressalte-se mais uma vez, Robert H. Jackson foi o mentor do tribunal de Nuremberg, criado como um tribunal militar para justificar a punição dos nazistas, a base da acusação era o *conspiracy*. Biddle, cuja formação foi influenciada por Oliver Holmes, foi o juiz indicado pelo governo americano para compor o Tribunal de Nuremberg para o julgamento dos grandes criminosos de guerra.

Isso posto, podemos sintetizar as características do Ministério Público nos Estados Unidos como segue: vinculação com o poder executivo (em especial no nível federal), prestação de assessoria jurídica ao governo e defesa de seus interesses em juízo, possibilidade do exercício de atividade político-partidária, ingresso através de indicação política ou

¹⁵⁷ Idem, p. 76. (livre tradução)

de eleições. Desse último aspecto resulta a transitoriedade (inexistência de carreira organizada). Há, ainda, ausência de hierarquia, bem como ausência do princípio da unidade; a ação penal é disponível, existe discricionariedade na atuação e independência funcional - maior no âmbito estadual do que em nível federal.

2.2 O Ministério Público nos Países do Direito Continental

O Ministério Público nos países do chamado direito continental (direito oriundo principalmente do parlamento), em contraste com a maioria das instituições jurídicas e dos institutos do direito, não tem as suas origens no direito romano, mas na Baixa Idade Média francesa. Conforme Hugo Nigro Mazzilli, dentre outros, a Ordenança de 25 de março de 1302 (ou 1303) de Felipe IV, o Belo, Rei da França foi o primeiro texto "(...)legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do Rei¹⁵⁸". Daí o epíteto de certidão de nascimento do Ministério Público para a referida ordenança. O surgimento dessa figura do Procurador do Rei, verdadeiro advogado dos interesses da Coroa, só encontra sentido naquele período histórico, no qual se separava "uma esfera pública autônoma diante do privado, ou seja, o surgimento do próprio

Estado Nacional Moderno"¹⁵⁹. Daí ser possível refutar a ideia de que a origem do Ministério Público tenha lugar na "vetusta figura do magiaí, funcionário do faraó no Antigo Egito¹⁶⁰". Tratava-se de uma outra forma de organização social, verdadeira teocracia, incompatível com a natureza da Instituição Ministerial. Só é possível conceber as raízes do Ministério Público na existência de um poder concentrado na esfera pública ou poder absoluto. *Ab + solutum*: um poder separado (da mistura que se encontrava com o corpo social no feudalismo)¹⁶¹. Essa primeira etapa, a constituição de um poder executivo original, em que o Monarca concentrava todas as funções políticas, foi decisiva, mas ainda insuficiente, para criar as condições do surgimento do Ministério Público. A etapa seguinte, a da especialização do poderes políticos do Estado foi a *conditio sine quoa non* para o surgimento dos Procuradores do Rei. Há uma certa lógica nessa afirmação, afinal, a necessidade de representação do monarca surge somente quando ele não mais incorpora o próprio Estado. Daí a necessidade de separação mínima entre os poderes, inicialmente subtraindo do rei a função de legislar e depois a de julgar para que se fizesse necessária a representação da Coroa.

¹⁵⁸ MAZZILLI, H. N. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 42.

¹⁵⁹ SOUZA JR. C. S. **O Tribunal Constitucional como Poder**: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 31.

¹⁶⁰ AXT, G. **O Ministério Público do Rio Grande do Sul**: Evolução Histórica. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2006, p. 23-4.

¹⁶¹ SOUZA JR, cit. pp. 31-33.

Decorrência natural, portanto, o surgimento dos Procuradores do Rei para representá-lo perante os parlamentos e os tribunais que, crescentemente, iam adquirindo autonomia.

Inicialmente, os Procuradores do Rei não diferiam de outros procuradores que oficiavam perante os parlamentos, em especial os dos poderes eclesiásticos, dos senhores territoriais e das comunas. Todos defendiam os direitos ameaçados de seus patronos: direitos feudais, judiciais e patrimoniais. No caso da *gens du roi*, suas funções relacionavam-se à defesa dos seus domínios, da sua jurisdição e, finalmente, do interesse público, que, numa primeira acepção, era de natureza judiciária. Assim, os procuradores do rei assumiram, a partir do final do século XIII, o encargo de repressão dos crimes mais graves, justamente os que atingiam o interesse público.¹⁶²

Roger Perrot sintetiza:

Paralelamente à sua função inicial que era defender os interesses do Rei, somou-se uma segunda, conexas à precedente, que era a defesa geral dos interesses da sociedade. A dissociação entre os interesses privados do Rei e os interesses da sociedade dos quais o Rei era encarregado enquanto pessoa pública (...) explica essa ambivalência das funções¹⁶³.

¹⁶² CARBASSE, J. **Histoire du Parquet**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 11.

¹⁶³ PERROT, Roger. **Institutions Judiciaires**. Paris: Montcherestien, 1986, p. 263.

Assim, esses agentes foram se diferenciando dos demais procuradores a ponto do monarca reservar para si seus serviços: por volta de 1330 eles já eram parte integrante das jurisdições reais. "Após algumas décadas de gestação, nasceu o ministério público".¹⁶⁴

Em síntese: na França o Ministério Público surge inicialmente com a função de defender os interesses da Coroa junto às cortes; brevemente essa função é ampliada para os interesses gerais da sociedade, em especial em matéria criminal, também junto às cortes. Novamente sua ideia inicial está associada ao exercício de uma função. Nosso objetivo, mais uma vez, é analisar agora na perspectiva do *civil law* a evolução do Ministério Público deixando de meramente exercer uma função processual, ainda que no interesse público, até constituir-se em instituição permanente e essencial à própria existência do Estado. Outrossim, é preciso ainda salientar não se tratar de um processo linear e homogêneo. Nos países cujo sistema é o direito legislado, a instituição Ministério Público é multifacetária no que diz respeito a seu perfil constitucional: independência em relação ao poder executivo, separação em relação ao poder judiciário, organização da carreira, garantias e atribuições, dentre outros aspectos. A

¹⁶⁴ CARBASSE, cit., p. 11.

par disso, é possível analisar estruturas comuns a fins de projetá-las no âmbito do Direito Internacional Penal.

A situação do Ministério Público, paradoxalmente no país berço da Instituição, a França, parece ser a mais confusa, tanto em relação à seleção e ingresso, que pode ser feita ao menos de três formas diferentes. São nomeados pelo Presidente e subordinados ao ministro da justiça:

A lei francesa inclui os promotores e juizes no mesmo corpo judicial, aplica-lhes a mesma forma de ingresso como *magistrats*, e a primeira nomeação na carreira judicial pode ser tanto para uma das funções como para a outra. Em qualquer momento, seus membros podem passar do *siège* ao *parquet* e ao inverso(...) ¹⁶⁵

É importante mencionar que os membros do Ministério Público francês seguem estrita hierarquia em relação ao Ministro da Justiça e não têm, entre suas garantias, a inamovibilidade. Em caso de resistência a uma ordem do Ministro da Justiça, o membro do *parquet* pode sofrer medidas disciplinares que variam de remoção até a exoneração. Segundo Cédric Trassard esse princípio da subordinação seria atenuado, dentre outros motivos, pelo brocardo *si la plume est serve, la parole est libre*: "O magistrado do Ministério Público, que

¹⁶⁵ PAES, cit., p. 67.

deve cumprir ordens quando está no seu gabinete, recupera a sua liberdade de expressão na audiência".¹⁶⁶

Não parece ser possível concordar com tal argumentação, já que a mera possibilidade de o promotor francês expor livremente suas ideias em audiência, mas tendo que se submeter em suas "razões escritas" parece enfatizar mais a dependência e hierarquia do que liberdade e autonomia. Assim, concordamos com as conclusões de Paes:

O certo é que não se pode admitir a independência do promotor francês, principalmente porque sua característica é a dependência hierárquica (...) de nenhuma maneira cabe admiti-la (a independência) ao Ministério Público como corpo. Isso porque todos os membros do Ministério Público dependem do ministro da Justiça, o *Garde des Sceaux*(...)¹⁶⁷

É de se destacar, contudo, a onipresença do Ministério Público no decurso do processo penal:

O Ministério Público intervém do princípio ao fim da cadeia penal, a começar pela recepção das queixas e das denúncias, passando pelo inquérito, pela escolha em função da oportunidade e pela forma de acusar, pela audiência e, por fim, pela execução das penas.¹⁶⁸

¹⁶⁶ TRASSARD, C. O Ministério Público na França. In: AZEVEDO, R. G.; DIAS, J. P. (coordenadores) **O Papel do Ministério Público**: Estudo Comparado dos países Latino-Americanos. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 142.

¹⁶⁷ PAES, cit., p. 65.

¹⁶⁸ TRASSARD, cit., p. 147.

O Procurador da República, em algumas situações, pode determinar a prisão provisória. Não se pode arguir suspeição ao magistrado do Ministério Público. Ou seja, ele não precisa ser isento. Não existe inamovibilidade, dentre outras situações. Na França, até uma lei do ano de 2004, as queixas policiais eram dirigidas ao Procurador da República que determinava investigação, arquivamento, etc. Posteriormente a 2004, essa situação foi alterada, havendo casos em que a polícia investiga sem necessidade de participação do Ministério Público.¹⁶⁹ Outro princípio a reger o Ministério Público francês é o da fungibilidade: “À semelhança do Ministério Público italiano, os membros do Ministério Público podem ser nomeados juízes ou vice-versa(...)”.¹⁷⁰

Em Portugal e Espanha, o atual formato do Ministério Público está relacionado com o fim dos regimes de Franco e Salazar (Estado Novo português), consubstanciado nas Constituições de 1976 e 1978. Ambas as Constituições não delinearão claramente o papel institucional do Ministério Público. A constituição da Espanha inclusive remete ao Estatuto Orgânico do Ministério Público a definição de sua natureza jurídica e, em Portugal fala-se em um "poliformismo":

De facto, uma das características essenciais do Ministério Público em Portugal prende-se com o

¹⁶⁹ TRASSARD, cit, p. 147 e ss.

¹⁷⁰ CARVALHO, cit. p. 83.

seu poliformismo e o conjunto vasto, heterogéneo e transversal de suas atribuições e competências. (...)As funções do Ministério Público poder-se-iam agrupar em quatro áreas, representar o Estado, nomeadamente nos tribunais, nas causas em que ele seja parte, funcionando como uma espécie de Advogado do Estado; exercer a ação penal, defender a legalidade democrática, intervir no contencioso administrativo e fiscal e na fiscalização de constitucionalidade; defender o interesse de determinadas pessoas mais carenciadas de protecção(...)¹⁷¹

Como foi possível perceber da citação, o Ministério Público português defende o Estado em juízo, servindo como verdadeiro advogado do Estado, exercendo, ainda, funções relacionadas à advocacia pública para pessoas carentes e os trabalhadores em geral.¹⁷² Em relação à sua natureza institucional, somente, portanto, com a lei da *Autonomia* de 1992, se trouxe a "maturidade" ao Ministério Público português. Em Portugal, ainda, o Ministério Público é legalmente autônomo em relação ao Executivo; no entanto, o procurador geral é escolhido livremente e não se submete ao controle do Conselho Superior do Ministério Público:

O âmbito de actuação do Conselho Superior do Ministério Público, perante esta estrutura organizativa, está limitado, pelas próprias competências do Procurador-Geral da República, numa espécie de prolongamento ou delegação de atribuições. Destas atribuições, decorre que, ainda por razões que se prendem com a natureza

¹⁷¹ DIAS, J. P. *et all.* O Ministério Público em Portugal. . In: AZEVEDO, R. G. de; DIAS, J. P. (coordenadores) **O Papel do Ministério Público**: Estudo Comparado dos países Latino-Americanos. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 51.

¹⁷² Idem, p. 27.

do cargo, o **Procurador-Geral da República não está sujeito à autoridade do Conselho(...)**¹⁷³

Síntese desse poliformismo e de uma atuação tão heterogênea é encontrada no artigo 3º da Lei Orgânica do Ministério Público de Portugal (LO 60/98). Importante mencionar a competência do Ministério Público de "participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania; dirigir a investigação criminal, inclusive quando seja realizada por outras entidades; promover e coordenar ações de prevenção da criminalidade; fiscalizar a atividade processual dos órgãos da polícia criminal"¹⁷⁴. Enfim, em que pese o Ministério Público de Portugal deter, formalmente, autonomia, por outro lado é impossível negar a sua vinculação e hierarquização em relação ao governo, decorrentes da Constituição e da legislação estatutária.

O Procurador-Geral da Espanha é também *out-sider* em relação aos magistrados de carreira, conforme o art. 124 da Constituição Espanhola: *O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Rei, sob proposta do governo, ouvido o Conselho Superior da Magistratura*. No mais, em relação à natureza jurídica da Instituição, a constituição foi silente:

Neste sentido, convém assinalar que desde o primeiro momento faltou à Assembleia Constituinte um posicionamento claro

¹⁷³ Idem, p. 59. (grifos nossos)

¹⁷⁴ Art. 3º da Lei 60/98 - Lei Orgânica do Ministério Público de Portugal.

relativamente à natureza jurídico-política do Ministério Público. (...) por um lado, suprimiu-se qualquer menção explícita à natureza jurídico-política do Ministério Público e, por outro, alterou-se o sistema de nomeação do Procurador-Geral do Estado, que (...) passou a ser designado pelo Poder Executivo.¹⁷⁵

Na Espanha a questão é mais complexa, tendo em vista a existência de regiões autônomas, onde o Ministério Público cumpre um papel de também representar o poder central nesses locais. Assim, em conformidade com a Constituição espanhola de 1978 o Ministério Público se configura como um órgão de Estado com previsão constitucional, cuja missão precípua é o exercício da ação pública em defesa da legalidade.¹⁷⁶

Importa mencionar que a defesa da legalidade é considerada uma responsabilidade do governo "enquanto director da política interna", assim:

(...) o Ministério Público é uma das articulações do sistema político, não estando integrado hierarquicamente em nenhum dos três poderes clássicos do Estado, **embora a eles esteja ligado, especialmente ao Governo**, com o fim de cumprir os objetivos propostos pela direção política da constituição.¹⁷⁷

Assim, um dos princípios institucionais do Ministério Público na Espanha é o da *dependência hierárquica*, que

¹⁷⁵ PRADA, I. F. O Ministério Público na Espanha. In: AZEVEDO, R. G.; DIAS, J. P. (coordenadores) **O Papel do Ministério Público**: Estudo Comparado dos países Latino-Americanos. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 77.

¹⁷⁶ Idem, p. 89.

¹⁷⁷ Idem, p. 89. (grifos nossos)

objetiva garantir a organização e funcionamento verticalizado do órgão. Dessa forma, tanto o procurador-geral (indicado pelo governo) como os procuradores-chefes de cada órgão podem transmitir a seus subordinados ordens e instruções, gerais e particulares, convenientes para o serviço.¹⁷⁸ Ainda, em relação ao princípio da dependência acrescenta Prada:

O Procurador-Geral do Estado ou o Procurador-Chefe respectivo também poderão chamar qualquer magistrado do Ministério Público para lhe pedir informações sobre qualquer intervenção em que participe, assim como designar qualquer membro da instituição para que intervenha num assunto concreto (art. 26º).¹⁷⁹

Por fim, é bastante clara a posição de Paes a esse respeito:

O *Fiscal General del Estado*, que vai dirigir o Ministério Público, é de livre indicação do Governo, segundo as condições que a Constituição espanhola especifica, sem exigir que seja um membro da carreira. Não se espera que a eleição do Governo recaia sobre alguém que não seja de sua confiança e, destituível *ad nutum*, todo seu cometido vai seguir uma linha coerente com as propostas governamentais, ou seja, do partido que está no Poder.¹⁸⁰

Em consonância com o que ocorre em Portugal, também na Espanha a participação do Ministério Público no inquérito e investigação criminal é efetiva, em alguns casos, dirigindo e orientando a investigação. Segundo Prado, o Ministério Público espanhol está no meio termo de um órgão público com poderes de

¹⁷⁸ Idem, p. 98.

¹⁷⁹ Idem, p. 98.

¹⁸⁰ PAES, op. cit., p. 113.

investigação e um órgão de controle da fase de instrução processual, inclusive nos processos mais modernos se "potenciou a sua faceta investigadora autônoma, tendo-se-lhe chegado a atribuir exclusividade a direcção da fase de investigação nos processos de responsabilidade criminal de menores".¹⁸¹

A seleção para ingresso e formação dos magistrados do Ministério Público e do Judiciário é feita conjuntamente, tanto na França, Portugal e Espanha.

Na Itália, não foge à regra ter o Ministério Público seu surgimento vinculado à representação do poder executivo - do governo mais especificamente - junto ao poder judiciário, sendo que desde 1890 tanto a carreira do juiz como a do promotor eram organizadas conjuntamente.¹⁸² Durante o período do fascismo, a 'magistratura requirente' era hierarquicamente dependente do ministro da justiça.¹⁸³ O ocaso do fascismo, o final da Segunda Guerra e uma nova constituição em 1948 trouxeram grande repercussão ao sistema judicial italiano: a maioria dos deputados constituintes votou no sentido de tornar a 'magistratura requirente' independente, tanto quanto

¹⁸¹ Idem, p. 102.

¹⁸² FABRI, M.; CAVALLINI, D. **O Ministério Público em Itália**. In: AZEVEDO, R. G.; DIAS, J. P. (coordenadores) **O Papel do Ministério Público: Estudo Comparado dos países Latino-Americanos**. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 170.

¹⁸³ CARVALHO, P. P. cit. p. 91.

possível, do Poder Executivo.¹⁸⁴ No mesmo sentido manifestam Fabri e Cavallini:

A Constituição republicana de 1948 sancionou definitivamente a inclusão do Ministério Público na magistratura e alargou ao Ministério Público as garantias de autonomia de todos os outros poderes. Este deixa de ter como missão representar o Governo através da sujeição ao Ministro da Justiça, e passa a estar incumbido de promover a função jurisdicional para defender o interesse público na correcta aplicação da lei.¹⁸⁵

De fato, os artigos da Constituição italiana consagrados à magistratura referem-se tanto aos juizes como ao membro do Ministério Público. Reitere-se, na organização judicial italiana vige o princípio da fungibilidade: a passagem de uma para outra função é sempre autorizada podendo ocorrer diversas vezes durante a carreira. O artigo 107 da Constituição reconhece, dentre outras garantias, a da inamovibilidade.¹⁸⁶ A doutrina aponta ainda como uma das condições que garantem a independência do Ministério Público a obrigatoriedade da ação penal expressa no artigo 112 da Constituição da Itália. Sendo obrigado a agir, não teria como beneficiar ou favorecer quem quer que fosse. No campo prático, no entanto o princípio da

¹⁸⁴ Idem, p. 90.

¹⁸⁵ FABRI, M.; CAVALLINI, D. **O Ministério Público em Itália**. In: AZEVEDO, R. G.; DIAS, J. P. (coordenadores) **O Papel do Ministério Público: Estudo Comparado dos países Latino-Americanos**. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 172.

¹⁸⁶ Idem, p. 177.

obrigatoriedade esbarra na limitação de recursos, assim há propostas de regulação do exercício da ação penal.¹⁸⁷

Em síntese, reconhece-se ao Ministério Público italiano a característica de um magistrado independente de qualquer outro poder do Estado (decorrência da Constituição de 1948), cuja função é a de defender o interesse geral pelo respeito à lei. No âmbito civil, defendo o interesse público e os interesses do Estado em juízo. Em relação a sua atuação na área penal, como já mencionado, vige o princípio da obrigatoriedade e o da exclusividade da ação penal ao Ministério Público. Realiza funções de investigação, dirigindo a polícia judiciária. É, portanto, o *dominus* do inquérito,¹⁸⁸ necessitando de autorização judiciária somente em relação às medidas que restringem a liberdade. No âmbito processual atua na função de acusação, participando do contraditório com o defensor em um sistema atualmente predominantemente acusatório (tendo em vista que a fase da investigação é predominantemente inquisitória).

É importante trazer ainda algumas características do Ministério Público alemão, em especial porque no direito penal desse país é vinculado ao princípio da legalidade. Seguindo o

¹⁸⁷ Idem, pp. 180-1.

¹⁸⁸ Idem, p. 196.

modelo francês, o Ministério Público alemão é baseado na hierarquia relacionada ao poder executivo:

(...)exercendo o Ministro da Justiça Federal o controle e supervisão sobre o Procurador-Geral da República e sobre os procuradores, enquanto os Ministros da justiça dos Estados Federais exercem o controle e supervisão sobre os Promotores do Estado Federal.¹⁸⁹

Decorrência do princípio da hierarquia é a possibilidade de o procurador-chefe substituir um dos membros do Ministério Público em determinado processo. Sendo que a quase totalidade de suas atribuições ocorrem no âmbito penal: a ação penal é pública e o Ministério Público detem o seu monopólio, inclusive em relação à decisão de arquivar ou não um inquérito. Vigem o princípio da legalidade, mas que pode deixar de ser observado em algumas situações, como a falta de relevância e de repercussão social da conduta.¹⁹⁰ Reconhece-se na Alemanha o princípio da unidade do Ministério Público, ainda que não exista hierarquia entre o Ministério Público que atua no âmbito federal e o que atua no âmbito estadual. A lei de organização judicial alemã trata o Ministério Público como um órgão independente cuja função é a de realizar a perseguição penal estatal, devendo obediência à lei e propugnando pela apuração da verdade. No entanto, não é reconhecido ao Ministério Público as garantias de

¹⁸⁹ SOUB, cit. p. 87.

independência reconhecidas ao juízes pelo mesmo diploma legal.¹⁹¹

Dentre as características comuns que podemos elencar do Ministério Público nos países da Europa Ocidental estão: o princípio da hierarquia e da unidade do Ministério Público, ausência de independência funcional, exceto em relação à Itália. Estão em regra vinculados à política do poder executivo e realizam a defesa do governo em juízo. Em que pese o princípio da fungibilidade, são integrantes da burocracia estatal e organizados em carreira, não havendo a transitoriedade tão característica do *common law*. São responsáveis pela direção da polícia judiciária inclusive no controle do inquérito policial. Vigem o princípio da obrigatoriedade da ação penal, com as limitações já apresentadas.

2.3 O Ministério Público nos tribunais penais internacionais

Apresentadas as características principais da instituição Ministério Público no modelo do *common law*, bem como do direito continental, procederemos à análise do perfil do órgão acusatório nos tribunais internacionais tendo em conta, tanto

¹⁹⁰ SZNICK, V. **O Ministério Público no Direito Germânico**. In. Revista Justitia, São Paulo, vol. 126 - jul-set, 1984, p. 125.

¹⁹¹ PAES, cit., p. 75.

quanto possível, a influência de ambos os modelos. Imprescindível para esse desiderato a consideração dos diplomas legais dos tribunais internacionais, bem como a atuação em concreto do Ministério Público nos julgamentos. Quando se menciona a atuação em concreto é necessário trazer à liça - inclusive com a perspectiva de superá-la - a discussão a respeito do modelo processual adotado no âmbito do Direito Internacional Penal: acusatório, inquisitório ou misto?

Historicamente construiu-se uma clivagem entre modelo acusatório, de origem anglo-americana, e modelo inquisitório, de origem continental cuja diferença fundamental reside na atuação mais ativa ou mais passiva do juiz ou do tribunal em relação às partes. O modelo inquisitório, de origem medieval, teria a característica de concentração do ato de acusar e julgar pelo mesmo órgão, em um processo escrito e sigiloso, sendo a tortura um meio admissível para obter a confissão. No modelo adversarial, o juiz atua como um árbitro entre dois adversários, a velar pelas regras do jogo (*fair play*). Os adversários (as partes) apresentariam suas versões destinadas a convencer um júri formado pelos cidadãos. Evidentemente, tal dicotomia não mais se pode sustentar, subsistindo somente como valor histórico.¹⁹² Kai Ambos acrescenta ainda que o significado original do sistema acusatório (*processus per*

acusationem) dizia respeito a processos iniciados pelos cidadãos, o que caracterizaria a aproximação inicial do processo civil anglo-saxônico com o procedimento penal, o que não é mais válido.¹⁹³ Dessa forma, atualmente, como a fase pré-processual, ou fase investigatória, em qualquer dos sistemas é realizada pelo Estado: seja através da polícia, do Ministério Público ou de um juiz de instrução (no caso da Europa ocidental) ambos os modelos poderiam ser considerados inquisitoriais nessa fase.

Outro aspecto comumente relacionado a um modelo inquisitorial é a não menos imprecisa e controversa busca da verdade real: enquanto no sistema adversarial a busca da verdade é processual, ou seja, o centro do conflito está nas mãos das partes (*two cases approach*), no modelo inquisitório o centro das discussões está na responsabilidade de o Estado, através de seus órgãos - seja a polícia ou o Ministério Público -, de provar as acusações (*one case approach*) bem como a situação do juiz que atua em posição de hierarquia, ao passo que no modelo acusatório o juiz atua como árbitro entre dois adversários.¹⁹⁴

¹⁹² CALVO-GOLLER, K. N. **The Trial Proceedings of the International Criminal Court.** ICTY and ICTR precedents. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 142

¹⁹³ AMBOS, K. **International Criminal Procedure: 'adversarial, inquisitorial or mixed'**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 3.

¹⁹⁴ Idem, p. 4.

Desde já fica evidente que mesmo no âmbito dos Estados nacionais não parece ser possível identificar um modelo puro, seja inquisitorial ou acusatório. Tal situação no âmbito internacional é ainda mais complexa. Veja-se por exemplo que uma das características fundamentais do sistema acusatório do *common law* é o júri, algo impensável no âmbito dos tribunais internacionais. Contudo, o sistema do *cross examination* tem sido essencial nos tribunais internacionais: nenhuma testemunha ou prova pode ser admitida sem que a defesa tenha possibilidade de contestá-la diretamente.¹⁹⁵

Assim, com algumas reservas, é possível identificar no tribunal de Nuremberg uma maior preponderância (mas não exclusiva) de um modelo acusatório e uma maior síntese entre ambos os sistemas no tribunal da ex-Ioguslândia e no estatuto de Roma. Nas palavras de Claude Jorda, presidente do Tribunal Penal Internacional para a ex-Ioguslândia:

Progressivamente o regulamento de procedimento e de prova, extremamente sucinto no início, cresceu e se tornou uma espécie de regulamento composto sem precedentes, alguns dizem *sui generis* - diz-se que ele ficou 'inquisitorializado', sem saber se o termo é pejorativo, emblemático ou enfático -, que representa assim valores comuns a essas duas grandes famílias jurídicas.¹⁹⁶

¹⁹⁵ CALVO-GOLLER, K. N. **The Trial Proceedings of the International Criminal Court. ICTY and ICTR precedents.** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 144.

¹⁹⁶ JORDA, C. **O Ponto de Vista Jurídico.** In. CASSESE A.(org), cit., p. 78-9.

O fato de ser inegável a crescente influência do modelo do direito continental, não afasta a preponderância do *common Law* no sistema processual dos tribunais internacionais, menos pelo aspecto do modelo acusatório e mais pelo seu pragmatismo em encontrar soluções para o caso concreto.

Como já mencionado, a pesquisa a respeito do Ministério Público estará cingida ao Tribunal de Nuremberg, ao Tribunal para a ex-Ioguslândia e ao Tribunal Penal Internacional permanente que pelas suas representatividades são bastantes para os fins desse trabalho.

2.3.1 O Ministério Público em Nuremberg.

A constituição, o funcionamento e as atribuições do órgão encarregado de efetuar a acusação contra os líderes nazistas estavam previstas na Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg em seus artigos 14 e 15. Vejamos:

Artigo 14. Cada País signatário nomeará um Procurador-chefe para investigar e acusar os maiores criminosos de guerra. Os Procuradores-chefes formaram uma comissão com os seguintes objetivos: (a) decidir sobre o plano de trabalho de cada um dos Procuradores e seus auxiliares; (b) identificar os grandes criminosos de guerra que serão submetidos a julgamento; (c) aprovar o indiciamento e seus anexos; (d) submeter ao tribunal as acusações e demais documentos; (e) redigir e recomendar à aprovação do Tribunal propostas acerca das normas processuais. O tribunal terá competência para aceitar, com ou sem emendas, ou rejeitar, as normas propostas. A comissão deverá

pronunciar-se sobre todos os pontos acima especificados, por maioria de votos, e designará um Presidente, em caso de necessidade, observado o princípio da rotatividade; no caso de empate em relação a ser levado ou não um acusado a julgamento, prevalecerá a opinião do procurador que apresentou a acusação.¹⁹⁷

Como se percebe, coube a cada uma das nações vencedoras, signatárias do acordo de Londres de 08 de agosto de 1945, indicar um procurador-chefe para atuar como acusador no Tribunal de Nuremberg. Cada um desses procuradores-chefes poderia nomear sua equipe de trabalho, bem como as funções que cada um nela desempenharia. Não havia nenhuma restrição a que o procurador-chefe ou seus assistentes fossem substituídos. Mesmo os juízes poderiam ser afastados, no entanto, quando houvessem iniciado o julgamento de algum caso deveriam concluí-lo.

O já mencionado Robert H. Jackson, um dos mentores do Tribunal de Nuremberg, foi indicado como o procurador-chefe da delegação dos Estados Unidos. Representando a Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte o *Attorney General* Hartley Shamcross. Pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o General Roman Andreyevich Rudenko. Finalmente, a França apresentou François de Menthon e Auguste Champetier de Ribes, como procuradores-chefes.

¹⁹⁷ I. M. T., vol I, p. 9. (livre tradução)

Os procuradores-chefes podiam indicar um que representasse todos, mas não havia nenhuma unidade ou hierarquia entre eles. Na verdade, formava-se não um, mas quatro ministérios públicos, haja vista o elevado nível de autonomia e independência de cada um deles. Representavam, antes de tudo, o interesse de suas próprias nações. As peculiaridades dos diversos sistemas jurídicos, bem como interesses políticos no mais das vezes contraditórios levavam também a dificuldades de harmonização do desempenho da função acusatória.¹⁹⁸ Contudo, para além das divergências nacionais, foi a própria situação extraordinária originada pelos julgamentos de Nuremberg que explicam a peculiar atuação do Ministério Público no primeiro processo realizado perante um tribunal penal internacional.

A primeira tarefa dos procuradores foi a de definir a lista dos grandes criminosos de guerra que deveriam ser levados a julgamento. O indiciamento, texto assinado conjuntamente pelas quatro potências vencedoras da Segunda Guerra, foi lido na sessão de abertura, em 20 de novembro de 1945, por Sidney S. Alderman, integrante da delegação estadunidense. Trazia a acusação contra 24 líderes nazistas, que simbolicamente representavam o Terceiro Reich. Salta à evidência o caráter de discricionariedade do órgão acusatório na seleção de quem seria acusado: trata-se de apanágio

¹⁹⁸ DE VABRES, D. H. **Le Pròces de Nuremberg**. In.: Revue de Science Criminele et de

decorrente da impossibilidade de se levar a julgamento todos os responsáveis pelo cometimento desse tipo de criminalidade. Essa característica manteve-se nos tribunais *ad hoc* posteriores a Nuremberg e mesmo no Tribunal Penal Internacional de caráter permanente.¹⁹⁹

O artigo 6º da carta do Tribunal previa o julgamento de três crimes: a) contra a paz; b) crimes de guerra e c) crimes contra a humanidade. A acusação, por influência do *common law* anglo-americano apresentou também o crime de conspiração para o cometimento daqueles crimes. Assim, a tarefa acusatória ficou dividida da seguinte forma: acusação 1, a cargo dos Estados Unidos, previa o crime de conspiração para o cometimento de crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade; a Grã-Bretanha apresentaria a acusação 2, os crimes contra a paz; a França e URSS apresentariam conjuntamente a acusação 3 e 4 dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade.

Como exposto, o modelo processual adotado em Nuremberg era predominantemente acusatório: o Ministério Público não era um órgão integrante do Tribunal; estava, ao menos formalmente, em igualdade de posição com a defesa. Conforme De Vabres:

Droit Pénal Comparé. Paris: Recueil Sirey, n°3, abr - jun, 1947, p.175.

¹⁹⁹ DEL PONTE, C. **Investigation and Prosecution of Large-scale Crimes at the International Level**. The experience of the ICTY. Journal of International Criminal Justice. Oxford University Press, 2006, p. 539. Disponível em:

Quanto ao processo conhecido como de tipo acusatório, afirmamos que ele se apresenta sob o aspecto dominante de um duelo entre dois adversários: O ministério público, que em lugar de ser, como conhecemos, um elemento do tribunal, está no mesmo plano dos advogados da defesa. O tribunal representa acima de tudo a figura de um árbitro, e os acusados são expectadores... vivamente interessante. O ensaio desse sistema, especificamente britânico, sobre um teatro internacional, é uma das invenções mais sugestivas, a mais fecunda, talvez, do processo de Nuremberg.²⁰⁰

De fato, a forma como a acusação foi apresentada com os réus podendo declarar-se culpados ou inocentes, o exame das testemunhas diretamente pelas partes e a apresentação de proposições (moções ou protestos) de forma oral e imediata denotam a preponderância de um modelo acusatório. No entanto, além das ressalvas já feitas, a questão da prova, que segundo o modelo acusatório deveria ser publicizada pela parte que a apresenta foi tema de constante debate em Nuremberg e continua a ser um ponto delicado nos tribunais internacionais. Tal situação trouxe embaraços à atuação dos defensores, na maioria alemães, que não estavam familiarizados com esse sistema, como se denota da passagem abaixo:

DR. DIX: Tenho um requerimento. Estamos aqui, como advogados alemães, em face de grandes dificuldades. Este procedimento está sendo conduzido de acordo com os costumes anglo-americanos. Estamos fazendo o melhor possível

<http://jicj.oxfordjournals.org/content/4/3/539.full.pdf+html?sid=175c5f04-1c3e-45d3-ba05-15e7f898eedd>. Acesso em 06/09/2011.

²⁰⁰ DE VABRES, D. H. **Le Pròces de Nuremberg**. In.: Revue de Science Criminele et de Droit Pénal Comparé. Paris: Recuil Sirey, n°3, abr - jun, 1947, pp. 176-7.

para observar esses princípios e ficaríamos muito agradecidos se o presidente do tribunal levasse em consideração essas dificuldades. Tenho ouvido - mas não tenho certeza de que isso está correto - que de acordo com os princípios anglo-americanos, é necessário apresentar moções imediatamente. Caso haja objeções ao conteúdo de um documento, se não for apresentada imediatamente, não há mais possibilidade de fazê-lo em outra ocasião.²⁰¹

Rudolf Dix era o defensor de Hjalmar Schacht, banqueiro e ministro da economia na Alemanha, um dos réus absolvidos no julgamento.

De outra parte, as disposições processuais na Carta do Tribunal eram por demais abertas, dessa forma, a maioria das questões sobre as regras do procedimento eram realizadas no decorrer dos julgamentos, o que foi criando, assim, uma jurisprudência que influenciou os demais tribunais internacionais. Conforme Canato:

Os instrumentos constitutivos têm lacunas, pois não conseguem prever os meios e poderes necessários para enfrentar e resolver todas as possíveis situações nos procedimentos judiciais para tornar efetiva a jurisdição.²⁰²

Em que pese entendamos que tal característica é própria do modelo anglo-americano, modernamente busca-se justificar a possibilidade que os tribunais internacionais têm de criar suas regras de procedimento através da teoria dos poderes

²⁰¹ I. M. T., Vol. II. p. 191.

²⁰² CANATO, cit, p. 195.

implícitos ou inerentes tais como estabelecer a própria jurisdição (*compétence de la compétence*), revisar as próprias decisões, etc.²⁰³

Jiménez de Asúa que já havia assestado suas críticas ao Tribunal de Nuremberg também atacou a atuação do Ministério Público:

Reiteradas acusações de promotores americanos, ingleses, russos e franceses descobrem fatos... que todo o mundo sabe: que os alemães preparavam a guerra desde 1935, que os nazistas invadiram a Áustria e Tchecoslováquia, etc., etc. Para escutar tudo isso, gastaram-se dias e mais dias.²⁰⁴

Robert H. Jackson foi uma das figuras mais criticadas não só pela idealização do Tribunal de Nuremberg, mas também pela sua atuação como acusador, que o teria tornado tão impopular em seu país, retirando-lhe a oportunidade de ser o presidente da Suprema Corte Estadunidense em 1946.²⁰⁵

Uma das críticas a Jackson foi a maneira como conduzia o interrogatório dos acusados, em especial seus debates com Göring, carreando apoio da opinião pública estadunidense ao líder nazista. A esse respeito reproduzimos sintomático debate entre ambos em uma audiência em 19 de março de 1945:

²⁰³Idem, p. 195.

²⁰⁴JIMÉNES, cit. p. 1023.

²⁰⁵Idem, p. 1025.

MR. JUSTICE JACKSON: Você quer dizer que os preparativos não eram preparativos militares?

GORING: Aqueles eram preparativos gerais de mobilização, como todos os países fazem, e não tinham o propósito de ocupação da Renânia.

MR. JUSTICE JACKSON: Mas eram um tipo de preparativo que tinha de ser mantido inteiramente em segredo dos demais países?

GORING: Não recordo de haver lido anteriormente a publicação sobre as ações de mobilização preparatória dos Estados Unidos.

MR. JUSTICE JACKSON: Bem, quero respeitosamente representar a este Tribunal que este depoimento não está sendo útil e que o interrogado... [O acusa interpõe algumas palavras que não foram gravadas.] É inútil gastar nosso tempo se não obtemos respostas às nossas perguntas.

Acerca disso comentou Jiménez de Asúa "(...) do enorme perigo de se processar homens muito inteligentes por magistrados que só tem o hábito de lidar com homens vulgares".²⁰⁶ Como é consabido, Göring cometeu suicídio poucas horas antes de sua execução. Novamente o penalista criticou a postura de Jackson que teria feito um infeliz comentário:

O acusador dos Estados Unidos e juiz da Suprema Corte, Robert Jackson, disse que o suicídio de Hermann Goering foi um desenlace burlesco depois de uma abertura wagneriana e que havia perdido o suicida a única oportunidade que lhe restava de converter-se em mártir e herói alemão. Com tão insensatas palavras, Jackson confessa que os enforcados alemães haviam convertido-se em heróis e mártires do povo alemão.²⁰⁷

Não se pode deixar, ainda, de referir que a atuação dos procuradores não se limitava a provar a culpa de cada um dos

²⁰⁶ JIMÉNES, cit., p. 1041.

acusados, mas de mostrar ao mundo a conta terrível da ascensão e queda do nazismo:

A história e a necessidade da raça humana exigiam um relatório das mortes em massa e das torturas, do assassinato de prisioneiros, dos hediondos campos de concentração, sistematicamente desenvolvidos e minuciosamente previstos.²⁰⁸

Episódio dos mais marcantes pelo tipo de atrocidades cometidas foi a atuação do *Einsatzgruppen* (grupos de trabalho), já referido de passagem na primeira parte deste trabalho. Como dito, uma das funções das equipes de acusação era a de analisar as centenas de milhares de documentos criados pela burocracia nazista. Dentre esses documentos foram encontrados aqueles relacionados à atuação do *Einsatzgruppen* cuja função era atuar junto a um grupo militar com a função de dar cabo da população, particularmente russos e judeus, dos territórios ocupados ao leste. O coronel John Harlan Amen, integrante da equipe de acusação estadunidense interrogou, (*cross examination*) a testemunha Otto Ohlendorf integrante de um dos *Einsatzgruppen*, em 03 de janeiro de 1946.²⁰⁹ No seu depoimento Ohlendorf reconheceu que no período de junho de 1941 a junho de 1942, quando estava a frente do *Einsatzgruppen*

²⁰⁷ Idem, p. 1024.

²⁰⁸ BIDDLE, F. **Le Procès de Nuremberg**. In: Revue Internationale de Droit Penal. Paris: Recueil Sirey, n°1, 1948, p. 3.

²⁰⁹ A íntegra do depoimento encontra-se no volume IV dos Anais do Julgamento de Nuremberg, pp. 311 - 355.

D, ligado ao 11º regimento, atuando na região ao sul da Rússia, teria registrado a morte de 90 mil russos e judeus:

COL. AMEN: Quais eram suas instruções a respeito dos judeus e funcionários comunistas?

OHLENDORF: As instruções nas áreas de operação para o *Einsatzgruppen*, bem como para os comissários políticos soviéticos, era de que fossem liquidados.

COL. AMEN: E quando você diz liquidado, você quer dizer assassinado?

OHLENDORF: Sim, quero dizer assassinado.

COL. AMEN: Você sabe quantas pessoas foram liquidadas pelo *Einsatzgruppen* D sob a sua direção?

OHLENDORF: Nos anos entre junho de 1941 e junho de 1942 o *Einsatzkommandos* relatou noventa mil pessoas executadas.

COL. AMEN: Isto incluía homens, mulheres e crianças?

OHLENDORF: Sim.

COL. AMEN: Em que são baseados esses números?

OHLENDORF: Nos relatórios enviados pelos *Einsatzkommandos* para o *Einsatzgruppen*.²¹⁰

Foi também através desse depoimento que os métodos de execução do regime nazista tornaram-se públicos: inicialmente os prisioneiros eram executados com um tiro na nuca, posteriormente para as mulheres e crianças foi introduzida a execução pelo gás em caminhões, quando era possível então a eliminação de vinte a trinta indivíduos de cada vez num período de dez minutos. Os objetos de valor retirados das vítimas eram destinados ao ministério das finanças; as roupas podiam ser usadas, eventualmente, pelos próprios militares.

²¹⁰ I. M. T., vol. IV. pp. 316-18.

A testemunha era inquirida inicialmente pela acusação, sendo que os juízes podiam solicitar a qualquer momento esclarecimentos a respeito das respostas. Em seguida os advogados dos acusados tinham oportunidade de inquirir diretamente a testemunha e, por fim, novamente os procuradores podiam formular questões tendo em vista as respostas dadas. Otto Ohlendorf no julgamento dos líderes nazistas atuava como testemunha; no entanto, foi julgado posteriormente e condenado à morte.²¹¹

Por outro lado, e a denotar a importância da independência e isenção do integrante do órgão acusador, foi a grave tentativa de o promotor soviético Rudenko de usar documentos falsos para culpar os nazistas pelo massacre de Katyn, quando milhares de oficiais poloneses foram executados pelos comunistas soviéticos. Conforme a denúncia apresentada em 14 de fevereiro de 1946 pelo procurador russo coronel Pokrovsky:

Encontramos, no indiciamento, um dos mais importantes atos criminosos, pelo qual são responsáveis os maiores criminosos de guerra: **a execução em massa de poloneses prisioneiros de guerra, fuzilados na Floresta de Katyn, próximo a Smolensk pelos invasores nazistas.** Submeto a este tribunal, como prova deste crime, documentos oficiais da comissão para o estabelecimento e investigação das circunstâncias nas quais ocorreram as execuções. A comissão atuou em acórdância com

²¹¹ SIMONS, M.; STUART H.V. **The Prosecutor and the Judge.** Amsterdã: Pallas Publications, 2009, pp. 13-25.

as diretivas da comissão extraordinária criada pela União Soviética. Em adição aos membros da comissão extraordinária atuaram integrantes das Academias *Burdenko, Alexis Tolstoy, e Metropolitan Nicolas* - essa comissão foi composta pelo Presidente do comitê pan-eslavo, oficial General Gundorov; o chefe executivo da união da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, Kolesnikov; o comissário do povo para a educação da URSS, o Supremo Chefe do departamento médico do Exército Vermelho, General Smirnov; e o chefe do comitê executivo de Smolensk, Melnikov. A comissão inclui também diversos dos melhores médicos legistas.²¹²

Dentre as “provas” obtidas pelas referidas comissões encontravam-se a análise dos cadáveres exumados e o testemunho de habitantes locais, o que teria permitido determinar de “forma exata o tempo e a circunstância do massacre cometido pelos invasores alemães.”²¹³ Diversos advogados dos nazistas questionaram as provas apresentadas, o que levou à seguinte manifestação do procurador-chefe da União Soviética no sentido de que as evidências apresentadas não estavam sujeitas à contestação:

GENERAL R. A. RUDENKO (Procurador-Chefe da U.R.S.S.): Membros do Tribunal, a acusação soviética diversas vezes expressou seu ponto de vista a respeito das moções apresentadas pelo conselho de defesa que chamou testemunhas a respeito do fuzilamento em massa dos oficiais poloneses pelos nazistas na floresta de Katyn. Nossa posição é esta: o episódio das atividades criminosas por parte dos hitleristas foi estabelecido de forma completa pelas evidências apresentadas pela *Comissão Extraordinária para investigação das circunstâncias do fuzilamento*

²¹² I. M. T., vol. VII, p. 425 e seguintes.

²¹³ *Ibidem.*

*em massa dos oficiais poloneses pelos nazistas. Estes documentos foram apresentados pelo Procurador Soviético sob o número USSR-54, em 14 de Fevereiro de 1946, e "foi admitido pelo Tribunal"; e, como previsto no artigo 21 da Carta, não está sujeito à contestação.*²¹⁴

O massacre de Katyn foi um dos episódios mais traumáticos da Segunda Guerra Mundial para a Polônia. Durante décadas, foi negada pela União Soviética e pelo regime comunista que dominava o país dos oficiais executados a responsabilidade pelas execuções. Conforme expressou Hannah Arendt: "(...) os russos parecem ser também responsáveis pelo assassinato de 15 mil oficiais poloneses cujos corpos foram encontrados na floresta de Katyn"²¹⁵. Somente na década de noventa a URSS assumiu a responsabilidade pelos acontecimentos. Por outro lado, ficou patente a tentativa do estado soviético de eximir-se da responsabilidade do massacre de Katyn, utilizando-se para isso das prerrogativas que os procuradores dispunham no Tribunal de Nuremberg.

O episódio relatado retrata que a indevida utilização das prerrogativas das funções do Ministério Público podem ocasionar graves injustiças tanto para o acusado individualmente bem como, e talvez de forma mais grave, para a coletividade. Como já visto, num julgamento de um tribunal penal internacional, e o caso do massacre de Katyn é

²¹⁴ I. M. T., vol. XV, pp. 289-290.

emblemático, mais do que a condenação dos responsáveis, muitas vezes está em questão a história e a memória coletiva das vítimas e de seus familiares. Dessa forma, não chegamos à mesma conclusão de Maria Anaides do Vale Siqueira Soub de que a atuação dos Procuradores em Nuremberg possibilitou a busca de verdade real:

Por esse resultado pode-se chegar à conclusão de que o Ministério Público desempenhou bem seu papel de órgão acusador, tendo tido sucesso na persecução criminal, demonstrando tal fato que os poderes que lhe foram conferidos pelo Estatuto permitiram-lhe alcançar esse desiderato.²¹⁶

Por todos os aspectos apresentados e dado o caráter de ineditismo dos julgamentos é tarefa difícil tecer críticas acerca da legitimidade ou da eficácia das acusações proferidas em Nuremberg. No entanto, é possível elencar algumas características acerca da primeira experiência de um Ministério Público em uma corte penal internacional:

Não havia uma unidade no Ministério Público nem hierarquia entre seus membros, o que levou diversas vezes a posicionamentos diferentes; nem todos os que atuaram em Nuremberg tinham experiência na função de acusação perante um Tribunal - o que foi exigido nos tribunais posteriores, bem

²¹⁵ ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.278.

²¹⁶ SOUB, M. A. V. S. **O Ministério Público na Jurisdição Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 117.

como no Estatuto de Roma; Não havia independência e nenhuma garantia de estabilidade àqueles que integravam os conselhos de acusação (que nesse caso seria um fator importante também para os acusados); os interesses políticos dos Estados estavam acima das questões jurídicas; consoante disposições da Carta de Nuremberg, nem os procuradores nem juízes poderiam ser objeto de suspeição. Uma situação peculiar em Nuremberg era o fato de que a maioria dos acusados estava à disposição do Tribunal, eis que haviam sido feitos prisioneiros durante ou ao fim da guerra. O fato de a Alemanha ter sido ocupada pelas potências vencedoras foi crucial, já que além de possibilitar a obtenção das provas documentais, facilitava o interrogatório de acusados e o depoimento de testemunhas. Situação bastante diferente dos tribunais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional Permanente.

Como mencionado, a atuação do Ministério Público no Tribunal de Nuremberg precisa ser entendida à luz dos acontecimentos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, em um mundo chocado com os horrores do nazismo. E dessa forma, assim como os princípios de Nuremberg, formalmente reconhecidos fonte do Direito Internacional Penal, também a constituição do órgão acusatório nesse tribunal influenciou o seu desenvolvimento posterior.

2.3.2 No tribunal para a ex-Ioguslândia.

Em maio de 1993 o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Ioguslândia foi criado pela ONU em resposta às atrocidades que estavam sendo cometidas na Croácia e Bosnia-Herzegovina pelos grupos de origem sérvia, contando com o apoio da República da Sérvia. Relatórios indicavam crimes graves, como execuções em massa, limpeza étnica, estupros coletivos, internação em campos de concentração, deportações, causando grande repercussão na comunidade internacional. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Ioguslândia, criado de acordo capítulo VII da carta das Nações Unidas foi a primeira corte internacional criada desde o Tribunal de Nuremberg. Ainda continua em atividade, com previsão de funcionamento até pelo menos o ano de 2014.

No primeiro relatório apresentado às Nações Unidas, Antonio Cassese, presidente do Tribunal Penal Internacional para a ex-Ioguslândia, evidenciou a experiência histórico-jurídica do Tribunal de Nuremberg, anotando, contudo, os pontos em que o tema diferiu, em especial através da incorporação de institutos de outros sistemas jurídicos. No entanto, a influência preponderante do direito anglo-americano ainda prevalecia:

Na falta de disposição no estatuto ou de precedentes jurisprudenciais que determinem, os

juízes buscarão uma solução apelando para o direito comparado (...) contudo, por fim, a maioria da câmara terminou ficando com as 'considerações práticas' fundadas em grande parte no direito inglês e mais amplamente nos sistemas de *common law*.²¹⁷

Canatto também sintetiza algumas diferenças entre os tribunais:

Percebe-se uma evolução institucional, cujas características principais são resumidas por Beigbeder. O ICTY diferiu, quanto à sua origem, dos tribunais militares que o precederam, Nuremberg e Tóquio: não é um Tribunal estabelecido pelos Estados vitoriosos, mas órgão subsidiário das Nações Unidas e, como tal, vincula todos os membros da ONU com maior representatividade na comunidade internacional e legitimidade que os anteriores. Quanto à constituição, o novo Tribunal tem uma composição internacional, em significativo progresso em relação a Nuremberg, onde os Juízes são eleitos pela Assembleia Geral através de uma lista oferecida pelo conselho de Segurança. O presidente é eleito pelos juízes. O promotor age independentemente, como um órgão separado do Tribunal, não recebendo instruções de qualquer governo ou outras fontes. O promotor é indicado pelo Conselho de Segurança e nomeado pela Assembleia Geral. Ao contrário de Nuremberg, uma pessoa não poderá ser processada *in absentia*. O Tribunal tem Câmaras de Julgamento e apelação.²¹⁸

O estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia traz a seguinte previsão a respeito do Ministério Público.

²¹⁷ MARTY-DELMAS, M. **A influência do Direito comparado sobre a atividade dos Tribunais Penais Internacionais.** In: CASSESE, A.; MARTY-DELMAS, M. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais, p. 121.

²¹⁸ CANATTO, cit., p. 185-86.

Artigo 16

O Procurador

1. O Procurador é responsável pela investigação e acusação de pessoas responsáveis pelo cometimento de sérias violações ao direito internacional humanitário cometidas no território da antiga Ioguslândia, desde 1º de janeiro de 1991.
2. O Procurador deve atuar de forma independente e como um órgão separado do Tribunal Internacional. Ele não recebe ordens ou instruções de nenhum governo e de nenhuma outra fonte.
3. O gabinete será composto por um Procurador e por auxiliares técnicos como for requerido.
4. O Procurador será indicado pelo Conselho de Segurança e nomeado pelo Secretário-Geral. O Procurador deve possuir elevado caráter moral e deve possuir experiência e alto nível de competência em condução de investigação e acusação de processos criminais. O Procurador pode servir durante um mandato de quatro anos e ser reeleito. As condições de trabalho do Procurador devem ser equiparadas ao de um sub-Secretário-Geral das Nações Unidas.
5. O pessoal do gabinete do Procurador serão indicados pelo Secretário-Geral após recomendação do Procurador.²¹⁹

Os seguintes Procuradores atuaram no Tribunal para a ex-Ioguslândia: O venezuelano Ramon Escovar Salom foi indicado para atuar como primeiro procurador no Tribunal para a ex-Ioguslândia em 1993, contudo renunciou antes de tomar posse. Richard J. Goldstone, da África do Sul, foi o primeiro procurador a atuar de fato no Tribunal entre agosto de 1994 a setembro de 1996. Louise Arbour, do Canadá, foi procuradora

²¹⁹ Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute-/statute_sept09_en.pdf. acesso em janeiro de 2011.

entre outubro de 1996 até setembro de 1999. Carla Del Ponte, da Suíça, foi procuradora entre 1999 e 2007.

Conforme atesta a procuradora no Tribunal para a ex-Iugoslávia, o estatuto de tribunal silenciava em relação à forma pela qual as tarefas do órgão acusador seriam desenvolvidas. Assim, o procedimento de investigação e os atos processuais, como uma simples intimação, foram desenvolvidos e testados caso a caso, utilizando-se de técnicas tanto do sistema do *civil law* como do *common law*. É necessário acrescentar a esse contexto, diferente do que ocorreu em Nuremberg, que o Tribunal no mais das vezes necessitava da cooperação de Estados frequentemente *hostis* a seus mandatos.²²⁰

O artigo 16 do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia previa que os procuradores seriam indicados pelo Conselho de Segurança da ONU e nomeados pelo secretário-geral da mesma instituição. Deviam ter experiência na área de investigação e acusação criminal. Mesmo o gabinete do procurador fazendo parte da Estrutura do tribunal, tem garantida a sua independência, em relação ao tribunal bem como a qualquer outro Estado ou órgão internacional.

Em que pesem as óbvias diferenças entre o Ministério Público em Nuremberg e seu congênere no tribunal da ex-

²²⁰ DEL PONTE, cit, p. 540.

Ioguslândia, tanto no que diz respeito aos aspectos temporais, bem como pela influência muito maior da comunidade internacional representada pelas nações Unidas, o tipo de criminalidade que denunciavam era substancialmente parecida. Não é demais lembrar que o tipo de crime objeto do Direito Internacional Penal são as atrocidades cometidas em grande escala. Dessa forma, há características semelhantes entre as funções dos procuradores que atuam em Nuremberg em relação ao Tribunal para a ex-Ioguslândia. Primeiramente, o caráter de discricionariedade na seleção dos suspeitos e dos acusados:

O Tribunal não foi criado para acusar todos os envolvidos nos crimes de sua jurisdição, e desde o início tem havido cuidado em relação à seleção dos alvos. Em certas jurisdições nacionais, como na Itália, a Constituição determina a investigação e acusação de todos os participantes em um crime, deixando o procurador sem escolha, mas devendo investigar todos os envolvidos no crime.²²¹

A Procuradora suíça Carla Del Ponte, supracitada, já havia obtido experiência no combate à criminalidade transnacional ao atuar conjuntamente com o governo italiano no combate a crimes financeiros.

Evidencia-se, portanto, o princípio da discricionariedade do procurador em relação aos crimes e aos agentes a serem acusados. Mais do que uma característica do modelo do *common*

²²¹ DEL PONTE, cit, p. 541.

Law, tal situação retrata a peculiaridade dessa criminalidade perpetrada em larga escala, que em geral estão implicados dezenas ou centenas de agentes, do mais baixo aos mais altos escalões civis e militares. Não havendo recursos humanos e financeiros para processar todos, os tribunais internacionais concentram-se nos principais líderes e responsáveis. Como a participação dos referidos líderes nos fatos criminosos dificilmente deixa evidências conclusivas a respeito de seus intentos criminais, a utilização de testemunhas que atuavam internamente aos grupos que cometiam atrocidades foi um dos meios de prova mais utilizados.²²²

Um dos primeiros casos julgados pelo Tribunal foi o de Dusko Tadic (*CASE no. IT-94-T*). O procurado sul-africano Richard J. Goldstone apresentou as seguintes acusações contra Tadic: estupro, mutilações, tortura e homicídios. Uma das atrocidades explicitadas pelo procurador foi a de fazer com que prisioneiros bebessem água de poças no chão como animais, após isso foram espancados até que não conseguissem andar e então o acusado Tadic descarregou o conteúdo de um extintor de incêndio na boca de uma das vítimas.²²³ As condutas eram imputadas de forma alternativa: o estupro, por exemplo, foi imputado como grave violação à convenção de Genebra ou,

²²² *Idem*, p. 544.

alternativamente, como violação aos costumes de guerra ou ainda como um crime contra a humanidade.²²⁴

Contudo, o que importa retratar do caso Tadic foi o debate acerca da competência, bem como da legitimidade do Tribunal *ad hoc*. A defesa realizada pelo advogado Michail Wladimiroff, de forma semelhante ao já ocorrido em Nuremberg, apresentou uma moção, em junho de 1995, questionando à competência do Tribunal. Os seguintes itens foram elencados:

1)O Tribunal para a Ex-Ioguslândia foi criado pelo conselho de segurança da ONU e não pela Assembleia Geral. Segundo à moção: “Uma corte permanente baseada em tratados seria preferível a tribunais *ad hoc*.”²²⁵ (CASE no. IT-94-T, p.2)

2)Não se tratava de um conflito internacional, mas sim um conflito interno da Bosnia-Herzegovina. A criação de um tribunal, com base no capítulo 7 da carta das nações não encontraria bases jurídicas: “O estabelecimento do tribunal não é uma medida que encontre fundamento na carta, porque o conflito entre sérvios e muçulmanos, dentro da *Bosnia-Herzegovina*, não é um conflito internacional”.²²⁶ Além disso, as condutas descritas no artigo 5º do Estatuto violariam o

²²³ Prosecutor vs. Tadic. Case n°. IT-94-1-I. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-ii950213e.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2011.

²²⁴ Prosecutor vs. Tadic. Case n°. IT-94-1-I.

²²⁵ Case n°. IT-94-T, p. 2. Disponível em <http://www.icty.org/sid/7242>. Acesso em 12 de setembro de 2011.

princípio da legalidade, pois somente poderiam representar crimes segundo o direito internacional costumeiro em um conflito de âmbito internacional, tal como estava previsto no artigo 6 da carta de Nuremberg, violando novamente o *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

3) questionava-se a imparcialidade do referido tribunal, na medida em que fora criado pelo Conselho de Segurança, apresentado como razões a posição do Brasil: *Brazil (s/25540, paragraph 16): (...)* se o tribunal foi estabelecido para ser um órgão subsidiário ao Conselho de Segurança ou, de outra forma, se for um órgão subordinado ao Conselho de Seguranças, a sua imparcialidade está comprometida.²²⁷

4) A ausência de “circunstâncias excepcionais” que legitimassem a criação do Tribunal também foi apresentada pela defesa. De fato, a violação da lei internacional humanitária na antiga Ioguslândia não foi uma situação excepcional. Similares situações têm ocorrido na Coreia, Vietnã, Algeria, Camboja, Libano, Afeganistão, Congo Belga, Iraque e Panamá.²²⁸ Tal situação, entendemos, reforça apenas o caráter de decisão política na criação desse tipo de Tribunal.

²²⁶ Idem, p. 4.

²²⁷ Idem, p. 7.

²²⁸ Idem, p. 8.

5) Ausência de jurisdição sobre os indivíduos. Segundo a defesa, são os Estados, e não indivíduos, os atores no cenário internacional e são eles que podem representar ameaça à paz e segurança internacional, não os indivíduos.²²⁹

Em síntese, percebe-se que a maior parte dos argumentos apresentados, já haviam sido objetos de discussão em Nuremberg. E tanto lá, como no Tribunal para a Ex-Iugoslávia, não prosperaram.

Em resposta à moção, o Ministério público rebateu os argumentos apresentados pela defesa alegando que não cabia ao Tribunal rever decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Aduzindo ainda que a criação do Tribunal estava de acordo com o capítulo VII da referida carta o que lhe conferia legitimidade perante a comunidade internacional, inclusive pelo fato de que a Bosnia-Herzegovina (território em que ocorreram os fatos), bem como a República Federal da Alemanha (país onde Tadic foi preso) aceitaram incondicionalmente a jurisdição do Tribunal. Em relação à jurisdição sobre os indivíduos, os Procuradores lembraram as palavras de Jackson em Nuremberg, de que os crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas; defendeu ainda a imparcialidade do Tribunal, bem como do gabinete do procurador; por fim, em relação ao princípio da

²²⁹ Idem, p. 8.

legalidade, defendeu a validade das imputações com base no direito internacional, quer seja oriundo dos tratados ou do direito costumeiro.²³⁰

O Tribunal, à evidência, rejeitou a moção apresentada pela defesa.²³¹ Interessante, contudo, que os pontos apresentados pela defesa em sua moção retratam aspectos que, se já não estavam superados tendo em vista os precedentes de Nuremberg, ficam definitivamente superados com o Estatuto de Roma, em que as questões a respeito da responsabilidade individual, da subsidiariedade da jurisdição, o princípio da legalidade e a imparcialidade do Tribunal estão tratadas em seus atos constitutivos.

Já referimos que, à diferença do que ocorrera em Nuremberg, no tribunal da antiga Iogoslávia, as principais regiões em que eventuais provas documentais pudessem ser encontradas estavam sob o domínio dos Estados cujos réus eram acusados. Assim o uso de testemunhas era imprescindível, contudo, muitas eram acusadas ou suspeitas de terem cometido os mesmos crimes que agora testemunhavam. Abria-se, na perspectiva do direito anglo-americano a possibilidade de utilização do instituto do *guilty plea* que permite ao acusado

²³⁰ Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>. Acesso em 12/09/2011.

²³¹ Decision on the Defence Motion on Jurisdiction. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm>. Acesso em 12/09/2011.

declarar-se culpado e pela sua colaboração ter a pena diminuída. Essa possibilidade havia sido prevista na Carta de Nuremberg, mas não no estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia. Neste ponto, a procuradora Carla Del Ponte relata a confronto entre as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*:

Para diversos integrantes do gabinete do Procurador, bem como do Tribunal, o *guilty plea* e o conceito de *plea agreements* não eram uma prática conhecida. Procuradores e juizes oriundos de países em que o *guilty plea* e o *plea agreements* não faziam parte do sistema jurídico hesitavam em aceitá-los.²³²

Mesmo havendo juizes que questionavam a utilização *plea guilty*²³³ como forma de diminuição da pena, tal instituto acabou sendo incorporado à jurisprudência do Tribunal e, em 2001, foi adotado formalmente como uma regra de procedimento.²³⁴ Verifica-se, portanto, um instituto do *common Law* sendo positivado no âmbito de uma jurisdição internacional. Disso é possível depreender que, em que pese aumentar a participação e influência do sistema do direito legislado, não se pode mitigar a influência do direito anglo-americano, mesmo quando não previsto em seus estatutos. No mesmo sentido, também a utilização do *plea agreement* ou *plea bargain*:

²³² Idem, p. 545.

Ora, se o regulamento de procedimento e de prova específica que a escolha deve ser feita por ocasião do primeiro comparecimento, diante da câmara ou do juiz que deve confirmar o ato de acusação, nada diz a respeito da negociação prévia entre o Gabinete do Procurador e o acusado, nem sobre o alcance de um eventual acordo entre as partes. (...) Mas caberá à jurisprudência especificar as regras aplicáveis, quer se trate das condições de validade, quer dos efeitos do acordo entre a acusação e a defesa.²³⁵

Essa foi a construção jurisprudencial que ocorreu no Tribunal da ex-Iugoslávia no caso Drazen Erdemovic. Drazen, nascido na Bósnia-Herzegovina, era de origem sérvia e atuava como soldado da infantaria do exército sérvio daquele país. Ele e seu pelotão foram acusados de fuzilar centenas de civis bósnios muçulmanos no episódio conhecido como massacre de Sebrenica²³⁶. Drazen Erdemovic apresentou-se espontaneamente ao tribunal e declarou-se culpado. Inicialmente foi acusado de ter cometido crimes contra a humanidade. Após um acordo com o Procurador Richard J. Goldstone, em que colaborou esclarecendo detalhes do episódio, teve a sua acusação alterada para crimes contra as leis ou costumes de guerra, de penas mais brandas.

O tribunal debateu muito o fato de o acordo ter sido realizado diretamente pelo gabinete do procurador sem que

²³³ Sentencing judgment, *Erdemovic* (IT-9622-T, Trial Chamber I, 29 November 1996, § 13.

²³⁴ DEL PONTE, C. cit. p. 545.

²³⁵ MARTY-DELMAS, M. **A Influência do Direito Comparado sobre a Atividade dos Tribunais Penais Internacionais.** In: CASSESE, A.; MARTY-DELMAS, M. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais.* Barueri: Ed. Manole, 2004, p. 124.

houvesse autorização prévia do tribunal. Outro aspecto do caso debatido pelos juízes, em especial no voto de Antonio Cassese foi a não aceitação daquilo que chamaríamos no Direito Penal brasileiro de estado de necessidade exculpante, cujo instituto mais aproximado no *common Law* é o *duress*. A alegação da defesa de Erdemovic era de que caso o soldado se negasse a cumprir as ordens, seria ele a perder a vida. Denotando mais uma vez a perspectiva do sistema anglo-americano, o *duress* não foi reconhecido no caso mencionado por ter o próprio soldado Erdemovic causado a situação de perigo quando voluntariamente ingressou no exército sérvio. Tal decisão foi criticada por Kai Ambos que, defendendo a perspectiva do direito penal alemão, entende ser possível o reconhecimento de tal instituto mesmo naquela situação.

Do exposto, podemos concluir - evitando qualquer perspectiva idealista - que houve avanços em relação à legitimidade do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia: tratava-se de um órgão criado pelas Nações Unidas e não apenas pelas nações vencedoras em um conflito, os juízes são indicados pela Assembleia Geral, os próprios juízes escolhem o presidente e existem câmaras de julgamento e apelação.²³⁷ Não podemos deixar de lembrar, contudo, a moção

²³⁶ PILICA FARM (IT-96-22). Disponível em http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/ind/en/erd-ii_960529e.pdf. Acesso em 11/09/2001.

²³⁷ No mesmo sentido, citando Beigbeder, CANATTO, cit., p. 185-6.

apresentada pela defesa no caso Tadic lembrando diversos outros conflitos, em que houve a violação do direito humanitário, como Vietnã, Coreia, Afeganistão, Camboja e para os quais não se cogitou a criação de tribunais.

No que diz respeito à conformação e atuação do órgão acusatório, também é possível observar avanços: independência do procurador, eis que indicado pela Assembleia das Nações e nomeado pelo Secretário-Geral da ONU, mas dela não recebia ordens, assim como também não recebia orientações do seu país de origem.

O artigo 18 do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia garantia, assim, a autonomia do Procurador ao concentrar nele o exame da existência de fundamentos para uma ação penal. Ou seja, tanto a abertura de um inquérito para realizar investigações bem como a apresentação da denúncia (literalmente o artigo se refere ao indiciamento) não estão sujeitas a nenhum controle prévio, seja judicial ou político:

Investigação e preparação da acusação.

1. O Procurador pode iniciar investigações *ex-officio* ou com base em informações obtidas de fontes diversas, particularmente de governos, das Nações Unidas, organizações intergovernamentais e não-governamentais. O Procurador deve analisar as informações

recebidas e verificar se são suficientes para iniciar um procedimento.²³⁸

Há garantia de estabilidade, já que o mandato é por tempo definido e tanto o procurador como os juizes têm as mesmas imunidades concedidas aos agentes diplomáticos;²³⁹ outra característica importante do Ministério Público encontrada no estatuto é a unidade, já que o órgão, ao contrário do que ocorrerá em Nuremberg, é uno, chefiado apenas por um procurador. Tais características reforçam o papel do Ministério Público como um órgão necessário para garantir a legitimidade de uma justiça de âmbito internacional, para além de cumprir apenas uma função - ainda que relevante - acusatória, como o fez no Tribunal de Nuremberg.

Por fim, à semelhança do que ocorrera em Nuremberg, parece que os tribunais internacionais têm sempre a tarefa de fazer um registro da história. No Tribunal para a ex-Ioguslândia, também foi tarefa do Ministério Público reconstruir os eventos trágicos da desagregação do país ocorrida nos anos anteriores. Devido à já mencionada dificuldade probatória, em especial a impossibilidade de utilização de técnicas de investigação contemporâneas ao episódio, o recurso à oitiva de testemunhas mostrava-se indispensável para a tarefa de resgate histórico:

²³⁸ Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute-/statute_sept09_en.pdf. acesso em janeiro de 2011.

²³⁹ Artigo 30 do Estatuto do Tribunal para a ex-Ioguslândia.

O novo papel do testemunho não se compreende fora da especificidade do crime contra a humanidade. Ao testemunhar na vez dos desaparecidos, ao tornar seus rostos ou nomes imperecíveis, consignando-os nas actas ou projectando-os num ecrã de uma sala de audiências (...) o processo tira as testemunhas do estado de aniquilação total, salva-as do esquecimento. (...) **O processo não repete a história das vítimas, mas fá-la nascer historicamente.**²⁴⁰

A etapa seguinte consolidando o papel do Ministério Público no âmbito internacional se deu com o Estatuto de Roma.

2.3.3 O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional, criado em 17 de julho de 1998 pelo Tratado de Roma, começou a funcionar em julho de 2002 após a obtenção do número de ratificações necessárias. Apresenta significativos avanços em relação a seus precedentes tribunais *ad hoc*, ainda que seja caudatário de um processo histórico – não necessariamente contínuo ou linear – iniciado em Nuremberg. Sua legitimidade é maior, porquanto criado através de tratados multilaterais e não como manifestação unilateral de potências vencedoras; também lhe é favorável o fato de não ter sido criado *ex post factum*, com o escopo de julgar um determinado conflito; do contrário, sua proposta é de permanência. No mesmo passo, a estrutura, organização e

²⁴⁰ GARAPON, cit. p. 138-9. (grifos nossos).

funcionamento do Ministério Público recebeu um tratamento mais acurado com previsões detalhadas no próprio estatuto.

A escolha do Procurador é realizada através de escrutínio secreto pela maioria absoluta dos Estados signatários do tratado de Roma, conferindo-lhe maior legitimidade do que se fosse indicado apenas por um Estado. O argentino Luis Moreno-Ocampo foi escolhido pela Assembleia dos estados partes para ser o primeiro procurador do Tribunal Penal Internacional, para mandato até o ano de 2012. Cabe ao Procurador-chefe indicar os procuradores adjuntos, seus auxiliares, em forma de lista tríplice para que novamente a Assembleia faça a escolha. Todos devem ser de nacionalidades diversas.²⁴¹

À vista do artigo 42, número 2 do Estatuto, o Procurador tem plena autoridade para dirigir e administrar o gabinete, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos, sendo coadjuvado, como já mencionado, pelos procuradores adjuntos. Garante-se assim a unidade de atuação do Ministério Público, evitando posicionamentos divergentes em relação a um mesmo acusado, como ocorreu, por exemplo, em Nuremberg. O mandato do procurador é de nove anos, sem possibilidade de recondução. O estatuto também apresenta os requisitos necessários para o ocupante do cargo:

²⁴¹ BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002, artigo 42.

O Procurador e os Procuradores-Adjuntos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Deverão possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.²⁴²

Além desses requisitos, a isenção dos procuradores é exigida: não podem ter atuado em algum caso conexo, em âmbito nacional, que tenha sido parte um acusado. A qualquer tempo é possível a uma pessoa acusada levantar a suspeição do Procurador ou de seus adjuntos, questão que será decidida, então, pelo Tribunal. Os procuradores devem dedicar-se integral e exclusivamente às suas atividades. Não podem exercer nenhuma outra função ou cargo em organismos nacionais ou internacionais.

Um dos aspectos bastante debatidos e controvertidos durante as negociações para a aprovação do Estatuto de Roma foi a independência e autonomia do Procurador. Segundo relata Kai Ambos, durante as negociações do Estatuto, havia delegados de países do sistema do common Law (não incluindo os Estados Unidos) contrários a um controle judicial na fase pré-processual, pois isso ameaçava a independência do Procurador. Mas por uma influência, em especial da França e Alemanha, ficou estabelecido um modelo de controle judicial prévio. Mais ainda, além do controle judicial, ficou estabelecido o

²⁴² Idem.

controle prévio de matiz político, que pode ser realizado pelo Conselho de Segurança da ONU.²⁴³ Assim, o artigo 15 não contém uma boa redação, já que permite ao procurador realizar investigações prévias para confirmar a seriedade das informações e somente após essa confirmação de seriedade é que deve solicitar autorização a um juiz de instrução para que o inquérito seja formalmente instaurado. Senão vejamos:

1. O Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal.

2. O Procurador apreciará a seriedade da informação recebida. Para tal, poderá recolher informações suplementares junto aos Estados, aos órgãos da Organização das Nações Unidas, às Organizações Intergovernamentais ou Não Governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal.

3. Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o Procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao Juízo de Instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido. As vítimas poderão apresentar representações no Juízo de Instrução, de acordo com o Regulamento Processual.

4. Se, após examinar o pedido e a documentação que o acompanha, o Juízo de Instrução considerar que há fundamento suficiente para abrir um Inquérito e que o caso parece caber na jurisdição do Tribunal, autorizará a abertura do inquérito, sem prejuízo das decisões que o Tribunal vier a tomar posteriormente em matéria de competência e de admissibilidade.

²⁴³ AMBOS. K. **International Criminal Procedure: 'adversarial, inquisitorial or mixed'**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 9.

5. A recusa do Juízo de Instrução em autorizar a abertura do inquérito não impedirá o Procurador de formular ulteriormente outro pedido com base em novos fatos ou provas respeitantes à mesma situação.

6. Se, depois da análise preliminar a que se referem os parágrafos 1º e 2º, o Procurador concluir que a informação apresentada não constitui fundamento suficiente para um inquérito, o Procurador informará quem a tiver apresentado de tal entendimento. Tal não impede que o Procurador examine, à luz de novos fatos ou provas, qualquer outra informação que lhe venha a ser comunicada sobre o mesmo caso.²⁴⁴

Atente-se ainda que uma das justificativas para que o Estados Unidos “desassinassem” o acordo de Roma residia justamente na suposta falta de controle sobre os poderes conferidos ao Procurador.²⁴⁵ Tal argumento destoa, à evidência, dos termos do Estatuto, em especial ainda do artigo 16 que permite ao conselho de Segurança da ONU suspender o procedimento por um ano, podendo essa suspensão ser renovada:

Adiamento do Inquérito e do Procedimento Criminal

Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o

²⁴⁴ BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002, art. 15.

²⁴⁵ AMBOS, K. **International Criminal Procedure: 'adversarial, inquisitorial or mixed'**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 10. No mesmo sentido CANATTO, cit., p. 278, mencionando ainda as críticas da China em relação aos poderes conferidos ao Procurador.

pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.²⁴⁶

Nesse item, verifica-se que houve certo retrocesso, em relação à autonomia do Ministério Público, eis que tal possibilidade de limitação do órgão acusatório não existia no tribunal para a ex-Ioguslândia. Evidentemente isso está relacionado à jurisdição muito mais ampla no que se refere a aspectos temporais e espaciais do Tribunal permanente em relação a seus congêneres temporários. Enfim, somente a atuação em concreto do Tribunal permitirá evidenciar o quanto essa possibilidade de intervenção, em especial a decorrente do Conselho de Segurança da ONU, vai influenciar na atuação do órgão acusador.

No que concerne à imparcialidade do Procurador, o estatuto de Roma trouxe a previsão de que a investigação por ele realizada busca estabelecer a verdade dos fatos quer no interesse da investigação ou da defesa. *Itu verbos:*

Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito

1. O Procurador deverá:

a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias

²⁴⁶ BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002, art. 16.

que interessam quer à acusação, quer à defesa;²⁴⁷

Notadamente a imparcialidade do Ministério Público é uma característica mais presente nos países do direito continental ao não ser um acusador sistemático, do que se nota a influência desse sistema jurídico no Estatuto de Roma. Nos estatutos dos tribunais anteriores não havia expressamente esse dever de atuar com imparcialidade, ainda que esse princípio tenha sido reconhecido em julgamentos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iogoslávia.²⁴⁸ Evidentemente, também o Procurador do *common law* é concitado à busca da verdade no processo, mas, como visto, está muito mais adstrito ao sistema de versão da acusação contra a versão da defesa. Nesse aspecto, ressaltamos, o Ministério Público no direito continental adquire a característica mais de órgão imparcial do que de parte no processo. Já o artigo 67 implementa um padrão reconhecido pelo *common law* - inclusive com previsão na Constituição do Estados Unidos - que é o da *disclosure/Discovery* (revelação/descoberta):

Art. 67. 2. Além de qualquer outra revelação de informação prevista no presente Estatuto, o Procurador comunicará à defesa, logo que possível, as provas que tenha em seu poder ou sob o seu controle e que, no seu entender, revelem ou tendam a revelar a inocência do

²⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002, art. 54.

²⁴⁸ Por exemplo: *Prosecutor v. Kupreskic* (IT 95-16-T). Disponível em <http://www.icty.org/case/kupreskic/4>. Acesso em 26/05/2011.

acusado, ou a atenuar a sua culpa, ou que possam afetar a credibilidade das provas de acusação. Em caso de dúvida relativamente à aplicação do presente número, cabe ao Tribunal decidir.²⁴⁹

Sobre o tema, leciona Ramos:

Esse padrão de revelação/descoberta apresenta-se, assim, como uma maneira de frear os impulsos competitivos das partes e garantir que o processo esteja voltado rigorosamente para o estabelecimento da verdade.²⁵⁰

Na condição de *domminus litis* o estatuto parece ter reconhecido que somente o procurador pode aditar a denúncia, cabendo à Câmara tão somente rejeitá-la ou aceitá-la:

7. Com base nos fatos apreciados durante a audiência, o Juízo de Instrução decidirá se existem provas suficientes de que o acusado cometeu os crimes que lhe são imputados. De acordo com essa decisão, o Juízo de Instrução:

a) Declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou terem sido reunidas provas suficientes e remeterá o acusado para o juízo de Julgamento em Primeira Instância, a fim de aí ser julgado pelos fatos confirmados;

b) Não declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou não terem sido reunidas provas suficientes;

c) Adiará a audiência e solicitará ao Procurador que considere a possibilidade de:

i) Apresentar novas provas ou efetuar novo inquérito relativamente a um determinado fato constante da acusação; ou

ii) Modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime

²⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002, art. 67.

²⁵⁰ RAMOS, cit. p. 185.

distinto, da competência do Tribunal, foi cometido.²⁵¹

Para Kai Ambos, o disposto no Estatuto aproxima-se do *common law* na medida em que a atuação da corte fica restrita aos fatos apresentados pelo Procurador, ao contrário da perspectiva do *civil law* que, segundo o mesmo autor, através do princípio *iura novit curia* o tribunal não apenas rejeita ou aceita a denúncia, mas pode ela própria emendá-la.²⁵²

Outro elemento importante a denotar o grau de institucionalização do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional foi a regulação de sua atuação através do ato normativo ICC-BD/05-01-09²⁵³, cuja entrada em vigor ocorreu em abril do ano de 2009. Tal regulamento explicitou diversos pontos da atuação do Procurador em suas tarefas de investigação e acusação junto ao Tribunal, bem como a estrutura de seus órgãos auxiliares.

O ponto 14 da regulação estabeleceu que cabe ao Procurador elaborar a sua estratégia de atuação, em consonância com o plano estratégico do Tribunal. Vejamos:

Norma 14

Estratégia de atuação do Gabinete.

²⁵¹ BRASIL. Decreto nº 4388 de 25 de setembro de 2002, art. 61.

²⁵² AMBOS. K. *International Criminal Procedure: 'adversarial, inquisitorial or mixed'*. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 9.

²⁵³ Disponível <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Regulations+of+the+OTP.htm>. Todas as citações ao regulamento têm como base essa referência.

1. O Gabinete do Procurador publicará seu plano estratégico e participará da elaboração do plano estratégico da Corte.

2. Conforme o caso, o Gabinete do Procurador tornará públicos os documentos que expressem sua política de atuação bem como os princípios e normas essenciais de sua estratégia.

Impossível não relacionar esse item com a característica de seletividade de atuação ocorrente no ministério público dos países de *common law*, em especial os Estados Unidos. Da mesma forma aqui, tendo em vista os recursos limitados, deve o procurador em consonância com os objetivos do tribunal estabelecer suas prioridades de atuação.

Também questões de caráter administrativo foram reguladas, desde a previsão de uma política de treinamento e aperfeiçoamento dos funcionários do gabinete para melhor desempenho de suas atividades até o estabelecimento de tabelas com funcionários de plantão para a atuação em casos que necessitem de medidas emergenciais:

Norma 19

Escala de serviço dos funcionários. O Gabinete, as divisões e as seções de apoio organizarão uma lista permanente de funcionários encarregados de tratar de questões urgentes que surgirem após o horário normal de funcionamento.

Outra regulamentação importante foi a criação das três divisões de assessoramento do gabinete do Procurador:

- 1) Divisão de Competência, Complementariedade e de Cooperação: cabe a essa divisão a coleta de informações preliminares para subsidiar a opinião do procurador a respeito da abertura de um inquérito. Trata-se de verificar se as condutas são de competência do Tribunal, tendo em vista o princípio da complementariedade. Busca também a cooperação com os estados para troca de informações conforme previsão do Estatuto.
- 2) Divisão de Inquérito: cabe a essa divisão a preparação dos planos de investigação, o que inclui a proteção as vítimas e testemunhas, dar suporte técnico às investigações inclusive com o envio de agentes ao local dos acontecimentos para a análise dos fatos e busca de evidências.
- 3) Divisão de Procedimento: prestar assessoramento jurídico em pontos relevantes em cada caso e que possam influenciar nos julgamentos. Estabelecer a estratégia para o julgamento dos casos apresentados ao Tribunal.

Digno de referência também é o artigo 42 - 9 que estabeleceu uma unidade de assessoramento para os casos de violência sexual e de violência contra crianças, com o

objetivo de auxiliar na investigação, coleta de provas e de depoimentos nesse tipo de situação.

Até junho de 2010 o Procurador recebeu e analisou 8.792 comunicações na forma do artigo 15 do Estatuto. Contudo, até o ano de 2011 o Tribunal deu início à abertura de apenas seis procedimentos, sendo que os três primeiros: Uganda (2004), República Democrática do Congo (2004), República Centro-Africana (2005) tiveram início através de representação dos próprios Estados; os outros dois casos Darfur/Sudão (2005) e da Líbia através de solicitação do Conselho de Segurança da ONU pelas resoluções 1593/2005 e 1970/2011.²⁵⁴ Em relação ao Quênia (2009) através de iniciativa do Procurador. Existem ainda investigações preliminares realizadas pelo Procurador no Afeganistão, Colômbia, Palestina dentre outras²⁵⁵. Até o momento foram emitidas 18 ordens de prisão, sendo que cinco acusados encontram-se presos.

Enfim, denota-se inegável avanço do Ministério Público em seu sentido de institucionalização a partir do Estatuto de Roma, contudo ainda é cedo para se avaliar o seu grau de efetividade. Ao longo dos seus quase dez anos de existência, o

²⁵⁴ Informe de La Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/2010. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA7DF985-4549-40EF-A0DC-814BE440655C/282602/ICC6RepSpa.pdf> Acesso em 09 de setembro de 2011.

²⁵⁵ Disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/TheCourtTodaySpa-.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2011.

Procurador abriu procedimentos apenas contra países africanos. Essa situação deve ser superada, sob pena de ser considerado um tribunal dos fortes sobre os militarmente mais fracos e, ainda, como reprodutor ideológico das potências centrais, como assevera Wallerstein.²⁵⁶ A necessidade de superar os entraves políticos para a atuação do Tribunal será um dos principais desafios, em especial do procurador.

2.4 Resumo da segunda parte.

Na segunda parte deste trabalho abordamos:

1) A evolução do Ministério Público no *common law* norte-americano, denotando a transitoriedade da carreira, a discricionariedade da ação penal e o uso do *plea bargain*.

2) O Ministério Público nos países do direito continental, ressaltando a ampla atuação do *parquet* na área penal, sua vinculação ao governo, com a exceção da Itália, a hierarquização e fungibilidade da carreira.

3) A influência dos modelos acusatórios e inquisitório nos tribunais penais internacionais.

4) A atuação do órgão acusador nos tribunais internacionais de Nuremberg, da ex-Iugoslávia e no Estatuto de Roma,

²⁵⁶ WALLERSTEIN, I. **O Universalismo Europeu**. A retórica do poder. São Paulo:

ênfatizando sua estrutura, organizaçãõ, prerrogativas, garantias e competências.

À GUIZA DE CONCLUSÃO

É inegável a preponderância do Ministério Público no combate à criminalidade que se manifesta tanto no âmbito interno dos Estados como no âmbito Internacional. Resta evidente também que a má utilização de seus poderes, através do uso impróprio ou indevido da ação penal causa consequências negativas como um todo: para as vítimas, familiares, acusados, enfim para a sociedade em geral.

No plano do Direito Penal Internacional, a situação é mais premente, na medida em que o tipo de crime cometido, verdadeiras atrocidades, afetam muito mais do que apenas as vítimas, mas a humanidade como um todo. Do que se pode concluir que a existência do Ministério Público, como órgão responsável pela investigação e acusação desse tipo de condutas vai além do exercício de uma mera função processual. A sua existência como Instituição é elemento fundamental para a efetivação de uma Justiça que se queira universal, a defender os direitos elementares da pessoa humana. Nesse

sentido, procuramos demonstrar ao longo da pesquisa o desenvolvimento do Ministério Público que surge inicialmente com o exercício de uma função, seja nos procedimentos penais ou atuando em defesa do Estado junto aos tribunais, até a sua institucionalização, tornando-se um elemento fundamental para a existência e realização da própria Justiça.

Restou claro, igualmente, que não existe uma uniformidade em relação ao Ministério Público, sequer mesmo entre países cujos sistemas jurídicos têm a mesma origem. Contudo, foi possível vislumbrar um desenvolvimento e evolução da Instituição, tanto no *civil law* como no sistema do *common law*. Da mesma forma no âmbito do Direito Internacional Penal: suas funções são precípuas à realização da Justiça. Comparando seu funcionamento em Nuremberg, resumido basicamente à função de realizar a acusação contra os nazistas, com a maior complexidade de funções consolidadas no Estatuto de Roma, denotam inegavelmente uma grande evolução institucional. Evolução que ocorreu paralelamente ao desenvolvimento da própria justiça internacional penal. Compete ao Gabinete do Procurador a investigação e acusação dos graves crimes ainda perpetrados contra a humanidade. Também temas relacionados à reparação, quando possível, as vítimas e à proteção das testemunhas são tarefas confiadas ao Ministério Público. A

busca da verdade real e histórica, sem ser um acusador sistemático, é também missão confiada ao Ministério Público.

A estrutura com pessoal especializado e a possibilidade de o Procurador por conta própria entabular contatos visando a cooperação com os Estados nacionais denotam seu caráter de instituição independente em relação ao próprio Tribunal, com quem deve, no entanto, atuar em harmonia e consonância. Observe-se que o Procurador tem poderes e estrutura, inclusive podendo solicitar a colaboração dos estados, mediante termos de cooperação. Enquanto a defesa, em função de eventuais mudanças de regime político no país onde ocorreram os eventos, pode encontrar dificuldade na obtenção de elementos de prova. Dessa forma, a garantia de um processo justo que respeite também o direito dos acusados indica a necessidade de independência e autonomia do Procurador. O próprio Tribunal, caso não tenha as devidas precauções, e novamente a independência do procurador é elemento fundamental nesse processo, pode ser utilizado como instrumento de perseguição política. Tudo isso não significa, necessariamente, que terá êxito em sua tarefa de punir aqueles que cometem atrocidades ou mesmo conseguir realizar uma atividade profilática em relação a essas mesmas condutas. É bastante claro que o Procurador é indicado de forma política e atua no meio da política, da diplomacia e do militarismo. E como visto quase à

exaustão, no Direito Internacional Penal as questões de caráter político não raro se sobrepõem ao jurídico. Portanto, só a atuação em concreto do Procurador, bem como do próprio Tribunal Penal Internacional, que ainda são recentes para chegar-se a ilações precisas, é que permitirá avaliar a sua efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 AMBOS, K. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**. Bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- 2 AMBOS, K.; CARVALHO S. (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- 3 AMBOS, K. **International Criminal Procedure: 'adversarial, inquisitorial or mixed'**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003.
- 4 ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- 5 ÁVILA, R.; RANGEL, L. A. **A Guerra e o Direito Internacional**. São Paulo: Editora Dela Rey, 2009, 164 p.
- 6 AXT, Gunter. **O Ministério Público do Rio Grande do Sul: Evolução Histórica**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2006.
- 7 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; DIAS, João Paulo. (coordenadores) **O Papel do Ministério Público: Estudo Comparado dos países Latino-Americanos**. Coimbra: Edições Almedina. S.A, 2008, 376 p.
- 8 AZEVEDO. T. P. **Legitimação Penal pela Constituição: o poder punitivo no Estado de Direito**. Porto Alegre: Curso de Pós-Graduação em Direito (UFRGS). Tese de Doutorado, 2006.
- 9 BASSIOUNI, C. M. **International Criminal Law**. International Enforcement. 3º ed. Vol. III. Martinus Nijhoff: Leiden, 2008.

- 10 BASSIOUNI, C. M. **International Criminal Law**. Sources, Subjects and Contents. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- 11 BIDDLE, F. **Le proces de Nuremberg**. In: Revue Internationale de Droit Penal. Paris: Recueil Sirey, 1948, 19^o anée.
- 12 CALLEGARI, A. L. ET all. **Direito Penal e Funcionalismo**. (coord.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- 13 CALVO-GOLLER, K. N. **The Trial Proceedings of the International Criminal Court. ICTY ans ICTR precedents**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- 14 CANATO, M. A. **O Princípio da Legalidade no Direito Penal Internacional**. Porto Alegre: Norton Editores, 2011.
- 15 CASSESE, A.; MARTY-DELMAS, M. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Barueri: Ed. Manole, 2004.
- 16 CARBASSE, Jean-Marie. **Histoire du Parquet**. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- 17 CARVALHO, P. P. **Uma Incursão do Ministério Público à Luz do Direito Comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética**. In: MORAES, V. L. (org.) **Ministério Público e Sociedade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.
- 18 CLARKSON, C.M.V. **Understanding Criminal Law**. 4 ed. London: Sweet e Maxwell ltd, 2005.
- 19 DIAS, J. F; ANDRADE, M. C. **Criminologia**. O Homem delinquente e a sociedade crimonógena. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- 20 DONNEDIEU DE VABRES. H. **Introduction a L'étude du Droit Pénal International**. Paris: Recueil Sirey, 1922.
- 21 DONNEDIEU DE VABRES, H. **Les Principes Modernes du Droit Pénal International**. Paris: Recuil Sirey, 1928.
- 22 DONNEDIEU DE VABRES, H. **Le procès de Nurember**. In: Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. Nouvelle Série, n^o 2. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.
- 23 EL ZEIDY, M.M. **The Principle of complementarity in International Criminal Law**. Origin, Develpment and Practice. Martinus Nijhoff: Leiden, 2008.

- 24 EMERT, P. R. **Attorneys General: enforcing the law.** Minneapolis: The Oliver Press Incj., 2005.
- 25 FERNANDES, D. A. **Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- 26 FERRAZ, A. A. M. C. **Anotações sobre o Ministério Público Brasileiro e Americano.** In.: Revista Justitia, vol. 144, 4º trimestre de 1988. Publicação eletrônica.
- 27 FERRO. A. L. A. **O Tribunal de Nuremberg.** Dos precedentes à confirmação de seus princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- 28 GARAPON, A. **Crimes que não se podem punir nem perdoar.** Por uma justiça universal. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- 29 GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França - Cultura Jurídica Francesa e Common Law em um perspectiva comparada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- 30 GLASER, S. **Introduction a L'Étude du Droit International Pénal.** Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1954.
- 31 GONÇALVES, J. B. **Tribunal de Nuremberg 1945 - 1946.** A gênese de uma nova ordem no direito internacional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- 32 GRANDE, E. **Droit Pénal, Principe de Légalité et Civilisation Juridique: Vision Globale.** In: Revue Internationale de droit Comparé. Paris, ano 56, nº 1, 2004.
- 33 GUIMARAES JÚNIOR, R. **Magistratura e Ministério Público nos Estados Unidos** Segundo seus Líderes e um olhar no Futuro. In: JUSTITIA. São Paulo: APMP, vol. 98, 3º trimestre de 1977.
- 34 HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres editor, 2005.
- 35 HOLMES, O. H. **The Common Law.** Stilwell: Digireads, 2005.
- 36 JACKSON, R. H. **The Case Against the Nazi War Criminals.** New York: Alfred A. Knopf, 1946.
- 37 JAKOBS, G. Et all. **Direito Penal do Inimigo,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- 38 JAPIASSU, C. **O Direito Penal e o Direito Internacional.** In: DIREITO C. *et all.* **Novas Perspectivas do Direito Intenacional Contemporâneo.** Estudos em homenagem ao

- professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- 39 JAPIASSÚ, C. E. A. **O Direito Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- 40 JIMÉNEZ, L. A. **Tratado de Derecho Penal**. Filosofía y Ley Penal. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Lousada, 1950.
- 41 LYRA, R. **Direito Penal Normativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.
- 42 LEE, S. R. **The International Criminal Court**. The making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results. Hague: Kluwer Law International, 1999.
- 43 MAZZILLI, H. N. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- 44 MEROWITZ, H. **La Répression par les Tribunaux Allemands des Crimes Contre L'Humanité et de L'appartenance a Une Organisation Criminelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1960.
- 45 ODA, Shigeru. **El Individuo entre el Derecho Internacional**. In: SORENSEN, M. Manual de Derecho Internacional Publico. México: FCE, 1981.
- 46 PEREIRA, C. F. O. **Direito Internacional Penal**. A responsabilidade de Comando no Estatuto de Roma e sua Implementação no Código Penal Militar. Curitiba: Juruá, 2010.
- 47 PERROT, R. **Institutions Judiciaires**. Paris: Montcherestien, 1986.
- 48 PORTO. H. A. M. **Direito Penal Internacional e o Julgamento de Nuremberg**. In: Revista *Justitia*. São Paulo: APMP, vol 57, 2º trimestre, 1967. publicação eletrônica.
- 49 QUEIROS JR. F. M. **Da Estrutura Filosófica do Ministério Público**. In: Revista *Justitia*, Ano XXX, vol. 61, 2º trimestre de 1968.
- 50 RAMOS, J.G.G. **Curso de Processo Penal Norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- 51 RIBEIRO DE SÁ, M. R. **Importância do Direito Comparado**. In: BARROSO, L. R.; TIBURCIO, C. O Direito Internacional

- Compemporâneo: Estudos em homenagem a Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- 52 SCHIFF, B. N. **Building the International Criminal Court**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- 53 SCHMITT, C. **El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- 54 SIMONS, M.; STUART H.V. **The Prosecutor and the Judge**. Amsterdã: Pallas Publications, 2009.
- 55 SILVA SANCHES, J. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- 56 SIMON, J. A. **Considerações sobre o Ministério Público Norte-Americano**. In. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 23, 1990.
- 57 SOUZA Jr. César Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.
- 58 SOUZA Jr. César Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora.
- 59 SZNICK, V. **O Ministério Público no Direito Germânico**. In. Revista Justitia, São Paulo, vol. 126 - jul-set, 1984.
- 60 SOUB, M. A. V. S. **O Ministério Público na Jurisdição Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.
- 61 WALLERSTEIN, I. **O Universalismo Europeu**. A retórica do poder. São Paulo: Boitempo editorial, 2007.
- 62 WEIGARTNER NETO, J.; SARLET, I. W. **Dignidade (da Pessoa) Humana, Direitos Humanos e Fundamentais e Ensino Jurídico: Algumas aproximações**. In.: NALINI, J. R. (Coord.). **Direitos Humanos e Formação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- 63 ZAFFARRONI, E R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

FONTES CONSULTADAS

ANAIS DO PRIMEIRO CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PENAL INTERNACIONAL. BRUXELAS, 1926. Disponível em: http://penal.onifin.com/IMG/pdf/NEP20_franca_is.pdf. Acesso em 11 de abril de 2011.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG. Trial of the Major War Criminals, Nuremberg: Germany, 1947. A íntegra dos 42 volumes do julgamento encontra-se disponível em: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html. Acesso em 27 de janeiro de 2011.

Informe de La Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2009/2010. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA7DF985-4549-40EF-A0DC-814BE440655C/282602/ICC6RepSpa.pdf> Acesso em 09 de setembro de 2011.

PROSECUTOR vs. TÁDIC. Case n°. IT-94-1-I. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-ii950213e.pdf>. Acesso em 21/05/2011.

PROSECUTOR vs. KUPRESKIC (IT 95-16-T). Disponível em <http://www.icty.org/case/kupreskic/4>. Acesso em 26/05/2011

RESOLUÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, N° 95 (I) de 11 de dezembro de 1946. Confirmación de los principios de Derecho

Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg Disponível em: <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/1/ares1.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2011

Resolução DAS NAÇÕES UNIDAS, 898 (IX) de 14 de dezembro de 1954. Jurisdicción penal internacional. <http://www.un.org/documents/ga/res/5/ares5.htm>. Acesso em 02 de fevereiro de 2011.

YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1952, Vol. II, p. 374. Disponível em <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1952.htm>.

