

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

RODRIGO FAUCZ PEREIRA E SILVA

**AS FINALIDADES DAS SANÇÕES CRIMINAIS NO DIREITO
INTERNACIONAL PENAL: UMA RELEITURA DA JUSTIÇA UNIVERSAL E
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**CURITIBA
2011**

RODRIGO FAUCZ PEREIRA E SILVA

**AS FINALIDADES DAS SANÇÕES CRIMINAIS NO DIREITO
INTERNACIONAL PENAL: UMA RELEITURA DA JUSTIÇA UNIVERSAL E
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação, como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em
Direito, Faculdades Integradas do Brasil
– UniBrasil.**

**Orientadora: Professora Doutora
Caroline Proner.
Co-orientador: Professor Doutor
Rodrigo Sanchez Rios.**

**CURITIBA
2011**

Aos meus pais...

simples assim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, porque sempre serão os primeiros. Por todas as razões que não precisam de explicação.

Agradeço aos meus orientadores, Professora Carol Proner e Professor Rodrigo Sanchez Rios. Ela por toda compreensão, incentivo e ajuda inestimável, sempre bem-humorada e positiva. Ele por toda paciência, dedicação e imenso conhecimento transmitido. Sem sombra de dúvidas, responsáveis por este trabalho ter chegado aonde chegou.

Aos membros da banca de qualificação que auxiliaram com fundamentais sugestões e conselhos, Professora Larissa Ramina e Professor Eduardo Gomes, este último sempre solícito e disposto a compartilhar seu inesgotável conhecimento para aperfeiçoar esta dissertação.

Ao Professor Alexandre Godoy, pelos esclarecimentos sobre as, sempre confusas, normas técnicas.

À Coordenação da UniBrasil (Professora Estefânia, Professor Ilton e Professora Melina), pela oportunidade dada, compreensão e auxílio para compatibilização das aulas e Mestrado.

Às minhas sócias Lijeane e Denise, sem as quais o tempo seria insuficiente e o trabalho ainda mais desgastante. Obrigado por compreenderem as ausências e auxiliado para conciliar minha vida acadêmica com o escritório.

Agradeço ainda toda minha família (irmãos, primos, avós e afilhada), por fazerem deste período uma época menos angustiante, agradecimento que se estende aos meus queridos amigos.

E, por derradeiro, mas não menos importante, à minha namorada, companheira e amiga, Jéssica, por ter a cada segundo desta jornada me apoiado, incentivado e, muitas vezes sem saber sobre a matéria, tentado ajudar de toda e qualquer forma possível. A tranquilidade e paz que você me proporciona é essencial para o meu crescimento profissional, acadêmico, pessoal...

*No se evita la guerra preparando la guerra. No se
obtiene la paz sino preparando la paz.*

Rui Barbosa

SUMÁRIO

RESUMO	i
ABSTRACT	ii
INTRODUÇÃO	01
1 DIREITO INTERNACIONAL PENAL	6
1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL	6
1.1.1 Tribunais de Nuremberg e de Tóquio	8
1.1.2 Desenvolvimento do DIP Pós Segunda Guerra	10
1.1.3 Os Tribunais <i>Ad Hoc</i> s	11
1.1.4 O Tribunal Penal Internacional	13
1.2 DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL PENAL	17
1.2.1 Jurisdição Penal Universal	19
1.3 FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL PENAL	24
1.3.1 Fontes de Direito e Fontes de Direito Penal	25
1.3.2 Fontes de Direito Internacional	26
1.3.3 Fontes de Direito Internacional Penal	27
1.3.3.1 Estatuto de Roma	29
1.3.3.2 Outras convenções e tratados internacionais	31
1.3.3.3 Costumes internacionais	32
1.3.3.4 Princípios gerais do Direito	34
1.3.3.5 Jurisprudência	36
1.3.3.6 Doutrina e outras fontes	39
1.4 CRIMES INTERNACIONAIS	40
1.4.1 Genocídio	41
1.4.2 Crimes Contra Humanidade	42
1.4.3 Crimes de Guerra	43
1.4.4 Crime de Agressão	44
2 FUNÇÃO DAS PENAS	48

2.1 TEORIA ABSOLUTA	50
2.1.1 A Retribuição Moral de Kant	52
2.1.2 A Retribuição Jurídica de Hegel	53
2.1.3 Críticas e Considerações	54
2.2 TEORIAS RELATIVAS	56
2.2.1 Teoria da Prevenção Geral	57
2.2.1.1 Prevenção geral negativa	58
2.2.1.2 Prevenção geral positiva	61
2.2.2 Teoria da Prevenção Especial	63
2.2.2.1 Prevenção especial negativa	64
2.2.2.2 Prevenção especial positiva	65
2.3 TEORIAS UNIFICADORAS, MISTAS OU ECLÉTICAS	68
3 FUNÇÕES DAS PENAS NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL	74
3.1 FUNÇÃO(ÕES) ELENCADE(S) NO ESTATUTO DE ROMA	75
3.2 RETRIBUIÇÃO NO DIP	77
3.3 TEORIAS RELATIVAS	80
3.3.1 Prevenção Geral Negativa no DIP	80
3.3.2 Prevenção Geral Positiva no DIP	81
3.3.3 Prevenção Especial Negativa no DIP	82
3.3.4 Prevenção Especial Positiva no DIP	83
3.4 TEORIAS UNIFICADORAS, MISTAS OU ECLÉTICAS NO DIP	85
3.4.1 Caso <i>Prosecutor v. Dario Kordic e Mario Cerkez</i>	86
3.4.1.1 Retribuição	87
3.4.1.2 Prevenção geral negativa (<i>deterrence</i>)	87
3.4.1.3 Prevenção especial positiva	88
3.4.1.4 Prevenção geral positiva	88
3.4.2 Caso <i>Prosecutor v. Zejnil Delalic et all.</i>	89
3.4.2.1 Prevenção geral negativa	90
3.4.2.2 Prevenção especial positiva	90
3.4.3 Caso <i>Prosecutor v. Tihomir Blaskic</i>	91

3.4.4	Caso <i>Prosecutor v. Theoneste Bagosora et al.</i>	92
3.4.5	Caso <i>Prosecutor v. Alfred Musema</i>	92
3.4.6	Caso <i>Prosecutor v. Moinina Fofana e Allieu Kondewa</i>	93
3.4.7	Caso <i>Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.</i>	94
3.4.8	Caso <i>Dutch</i>	95
4	CONSIDERAÇÕES, CONTROVÉRSIAS E CRÍTICAS SOBRE AS FUNÇÕES DAS PENAS NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL	97
4.1	CONSIDERAÇÕES ACERCA RETRIBUIÇÃO NO DIP	97
4.2	CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PREVENÇÃO GERAL NO DIP	104
4.3	CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS PREVENTIVAS ESPECIAIS	111
4.4	GARANTISMO PENAL, OUTRAS FUNÇÕES MODERNAMENTE APONTADAS E SUAS PERSPECTIVAS NO DIP	115
	CONCLUSÃO	126
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

ABREVIATURAS

AG – Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

CDI – Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas.

CECC – Câmaras Extraordinárias na Corte de Camboja

CESL - Corte Especial para Serra Leoa

CS – Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas

DI – Direito Internacional

DIP – Direito Internacional Penal

DPI – Direito Penal Internacional

ER – Estatuto de Roma

ONU – Organização das Nações Unidas

PrepCom – Comitê Preparatório sobre a instalação de um Tribunal Penal Internacional

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPII - Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda

INTRODUÇÃO

Independente das acertadas críticas sobre a falência do sistema penal na esfera interna dos Estados, este institucionalizou-se historicamente com o intuito de proteção da convivência em sociedade entre seus membros¹, tornando-se uma importante, quiçá principal, forma de controle social e de coerção na resolução de conflitos.

Ainda, ao se considerar o Direito Penal como legitimado à proteção de bens jurídicos e valores essenciais, não se pode afastar a ideia de universalização, haja vista a própria necessidade de geração de paz jurídica social².

¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. Ed. Granada: Comares, 2002. p. 2.

² Sempre tendo em mente a teoria crítica que acompanhará o desenvolvimento deste trabalho: “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou

Todo Estado possui alguma forma de sistema penal organizado, com características próprias influenciadas pelo desenvolvimento histórico, pelas ideologias dominantes, formas da sociedade, religião e sistema político. Essa forma de sistema penal organizado sofre mutação em decorrência do desenvolvimento social, político e econômico vivido em determinada época.

Atualmente, pode-se visualizar um intercâmbio cada vez mais acentuado em relação à aplicação dos sistemas penais entre os países, fruto da globalização e expansão do direito internacional (por intermédio de tratados, acordos, resoluções, estudos de direito comparado, etc).

Importa ao presente trabalho o estudo das consequências jurídicas dos crimes cometidos, mais particularmente o estudo das funções das sanções criminais no âmbito internacional. Contudo, como não poderia deixar de ser diferente, é fundamental a análise das discussões que legitimam a pena na esfera interna dos Estados, as quais são sustentadas diretamente no Direito Internacional Penal (DIP).

A discussão da sanção criminal, seus fundamentos, suas finalidades, é a discussão do sistema criminal como um todo³.

Não obstante sua função legitimadora, o estudo relativo às sanções criminais tem assumido no âmbito interno um papel secundário, como se as teorias já estivessem acabadas e não houvesse mais espaço para reflexões críticas sobre aquelas⁴. Por outro lado, no âmbito internacional há uma larga lacuna que necessita ser desenvolvida, como forma de construção de um sistema eficaz, porém garantidor.

‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações”. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 116.

³ BERGALLI, Roberto. Aspectos sociológicos-jurídicos: Introducción. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 73-76. p. 71.

⁴ Por mais que se perceba ultimamente um retorno a esta discussão. Neste sentido a crítica de Wolf Paul: “Desde el punto de vista histórico, por tanto, el derecho penal hoy se encuentra en una situación discrepante entre su propio pasado y presente. Esto es, el derecho penal padece, por una parte, de una irremediable y progresiva esclerosis en la vieja discusión sobre las teorías de la pena y al mismo tiempo de una vitalidad producida por la praxis, praxis que paradójicamente es la causante de esta esclerosis. (...) Esta necesidad de renovación de la discusión sobre la teoría de la pena se ha puesto de manifiesto tras los diversos esfuerzos de reforma del derecho penal realizados en muchos países europeos.” WOLF, Paul. Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 59-72. p. 66.

Como bem salienta Faria Costa “a reafirmação do fundamento, da finalidade, do sistema e da função, enquanto traços caracterizadores do direito penal, não é uma benfeitoria teoria sumptuária, mas antes uma necessidade, porquanto é pela análise e aprofundamento daquelas questões que as ‘pontes’ com a disciplina do direito penal se fazem ou se constroem.”⁵,

Analisando o Estatuto de Roma, tratados internacionais, doutrinas e decisões dos tribunais de DIP, vislumbra-se como este utiliza sua consequência coercitiva (a pena) para atingir a segurança jurídica e os objetivos de paz proclamados.

Esses objetivos estruturais, base da construção normativa da Organização das Nações Unidas, são frequentemente abalados pelo cometimento de crimes gravíssimos que comovem a comunidade internacional.

Nessa esteira, a comunidade internacional tem agido, principalmente a partir do último século, no sentido de punir os autores desses crimes, uma vez que as violações de DIP constituem ofensas não somente contra Estados, grupos de pessoas ou indivíduos dos países onde os crimes foram cometidos, mas contra a própria comunidade internacional⁶.

Esses esforços multilaterais das nações, que possuíam o escopo claro de não aceitar o cometimento e a impunidade reinante desses graves crimes, desembocou na elaboração do Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional.

Atualmente o Tribunal Penal Internacional é competente para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

Tais violações consideradas gravíssimas e inadmissíveis pela comunidade internacional raramente eram sancionadas, seja porque se consideravam sujeitos de direito internacional público exclusivamente os Estados (desconsiderando o indivíduo como sujeito), seja porque tais crimes ocorrem, normalmente, no âmbito interno das próprias nações, encontrando a barreira do princípio da soberania.

⁵ COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 20.

⁶ American Journal of International Law. **Editorial Comment: Progress in International Criminal Law?** Vol. 93. No. 2. Abril de 1999.

Após a Segunda Guerra Mundial assentou-se o reconhecimento da responsabilidade individual quando do cometimento dessas graves condutas. Independente das críticas (muitas delas fundamentadas e razoáveis), o Tribunal de Nuremberg e de Tóquio, foram responsáveis pela implementação de uma justiça internacional para punir autores de crimes bárbaros contra a humanidade.

O Tribunal de Nuremberg reconheceu que entidades fictícias (nesse caso o Estado) somente cometem crimes quando manipulados por indivíduos e, desconsiderar tal circunstância, seria somente uma forma de elidir as responsabilidades⁷.

Na década de 90, o Conselho de Segurança das Nações Unidas instituiu tribunais para o julgamento de crimes ocorridos na região da Iugoslávia e de Ruanda. Mesmo em se tratando de tribunais *ad hoc*⁸, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), tiveram grande importância para o desenvolvimento do DIP.

Diante das críticas sofridas por esses tribunais e tendo sido verificada a importância da criação de um tribunal internacional imparcial e permanente, é que foi aprovado em 1998 o Estatuto de Roma. Como assevera Pedro Caeiro⁹, destaca-se na criação do TPI que, pela primeira vez, o advento de uma jurisdição penal internacional não foi fruto da superioridade militar de quem pugnou pela sua instituição.

Independentemente de o Estatuto de Roma prever o princípio da subsidiariedade¹⁰, da vinculação voluntária e do fato de que nem todos os países signatários ratificaram o TPI, o Direito Internacional Penal passa a ter uma relevância maior, atual e imediatista, consolidando-o como ciência jurídica internacional independente e necessitando de bases sólidas de legitimação e fundamentação.

⁷ DELGADO, José Manuel Avelino de Pina e TIUJO, Liriam K. **O princípio da responsabilidade penal individual nos estatutos do Tribunal Militar de Nuremberg e do Tribunal Penal Internacional**. Revista Direito e Cidadania. Ano IV. n. 12/13. Praia: Cabo Verde, 2001.

⁸ Criados após o acontecimento dos crimes, configurando, verdadeiramente tribunais de exceção. Principalmente por este motivo que esses tribunais sofreram pesadas críticas.

⁹ CAEIRO, Pedro. **Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua**. Revista Direito e Cidadania. Ano V. n. 18. Praia: Cabo Verde, 2003.

¹⁰ O Tribunal Penal Internacional não possui, via de regra, competência primária para o julgamento desses crimes. Somente caso os tribunais nacionais não exerçam suas respectivas jurisdições ou se o processo doméstico for reputado como insuficiente, é que o TPI poderá ser acionado.

Para melhor desenvolvimento metodológico, o presente trabalho primeiramente discorrerá sobre a disciplina de DIP, discorrendo sobre seu histórico, principalmente no decorrer do último século, com o julgamento dos primeiros criminosos de crimes graves contra os direitos humanos.

Em seguida, trabalhar-se-á com a nomenclatura e diferenciação entre Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional e a jurisdição penal universal, para em seguida adentrar no âmbito das fontes de DIP. Diferentemente do âmbito interno dos países, onde as fontes resumem-se basicamente às leis (respeito máximo ao princípio da legalidade), aqui não somente o Estatuto e os tratados imperam, mas também é dada especial importância aos costumes, estudos e sentenças dos tribunais internacionais (ao menos como elementos de interpretação).

Posteriormente, como forma de contextualização fática das condutas objeto de análise, tratar-se-á da tipificação dos crimes sob a égide do TPI.

As funções das sanções criminais serão discutidas no segundo capítulo. Primeiramente elencar-se-á as funções historicamente mais aceitas no âmbito interno dos países (retribuição, prevenção geral e prevenção especial), dissertando sobre suas definições e principais críticas.

A identificação e pesquisa relativa às funções das sanções criminais no Direito Internacional Penal serão abordadas no terceiro capítulo. Como no DIP há a utilização de precedentes dos tribunais internacionais como fontes, serão avaliados alguns casos emblemáticos dos mais diversos tribunais internacionais para comprovação de sua aplicação.

No quarto capítulo, sopesar-se-á a respeito de controvérsias e críticas das funções das sanções criminais, contribuindo para coadunação entre o garantismo penal e o DIP.

Salienta-se que a justificação punitiva muitas vezes também será abordada pela ótica dos modelos de investigação, processo, julgamento e consequências deste.

Isso se deve às particularidades do sistema internacional penal, os quais possuem objetivos que vão além da punição¹¹.

Como não poderia deixar de ser diferente, no decorrer do trabalho serão analisadas algumas críticas ao sistema criminal internacional, concluindo na esteira de proteção de direitos fundamentais do acusado e das vítimas e questionando a legitimação e eficácia do DIP.

¹¹ DEGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. **Michigan journal of International Law, Forthcoming**. Temple University Legal Studies Research Paper Series. n. 2011-16. 2011. p. 36.

1 DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Conceitua-se o Direito Internacional Penal como uma disciplina formada por normas internacionais com o escopo de tipificar crimes internacionais, impor aos Estados obrigações para processar e punir, ao menos, alguns desses crimes, bem como de prescrever procedimentos internacionais para processar e julgar pessoas acusadas de tais crimes¹².

A definição abstraída por M. Cherif Bassiouni¹³ traz os objetivos da matéria para sua conceituação, ao afirmar que o Direito Internacional Penal é uma disciplina complexa consistente em diversos componentes conectados por uma relação funcional na busca de seus objetivos principais, dentre os quais a prevenção, a supressão da criminalidade internacional e o estabelecimento de uma justiça criminal internacional.

Trata-se de matéria de destaque no cenário mundial, principalmente pela necessidade de combater a histórica impunidade dos perpetradores de grandes violações de direitos humanos e de crimes contra a humanidade.

De acordo com Cassese¹⁴ “o direito internacional penal ainda é um ramo bastante rudimentar de direito”. Isso deriva do fato de que os elementos constitutivos dos crimes, bem como suas escalas de pena, não estão ainda suficientemente claros. Assim, pode-se considerar o DIP como um ramo “em construção”.

Desta sorte, faz-se necessário uma excursão histórica do DIP, como forma de comparação de seus elementos e compreensão de seu desenvolvimento até desembocar no Estatuto de Roma e a atuação do TPI.

1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

¹² CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Nova Iorque: Oxford University, 2003. p. 15.

¹³ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 1.

¹⁴ CASSESE, Antonio. **International...** p. 17.

A análise do desenvolvimento histórico do Direito Internacional Criminal é controverso e confunde-se com a origem das discussões para criação de um Tribunal Penal Internacional permanente para o julgamento de crimes universais.

Por mais que desde a antiga Grécia se tem notícia de julgamentos de criminosos de guerra¹⁵, o primeiro tribunal internacional implementado para o julgamento de graves atrocidades foi o de *Peter von Hagenbush*, em 1474¹⁶, na Alemanha, julgado pelo cometimento de crimes contra as leis de Deus e da Humanidade. Tais crimes teriam sido cometidos pela tropa comandada por *von Hagenbush* durante a ocupação da cidade de Breisach, tendo sido ele condenado por uma Corte do Sacro Império Romano, formado por 28 juízes de diferentes Estados aliados¹⁷.

Com a solidificação e o reconhecimento dos Estados modernos, além do desenvolvimento em torno de normas sobre conflitos armados¹⁸, a ideia de persecução criminal internacional começou a se delinear.

Em 1872, Gustav Moynier, um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, apresentou proposta clamando pelo estabelecimento de um tribunal permanente com o intuito de fazer cumprir as normas de direito humanitário, contudo sua ideia não prosperou pela mentalidade ainda incipiente a respeito de órgãos supra estatais.¹⁹

Quase três décadas após a proposta de Moynier, foram realizadas as Convenções de Haia de 1899 e de 1907, as quais estabeleceram as primeiras significantes normatizações de direito humanitário em um tratado internacional²⁰. As Convenções determinavam que mesmo em situações de guerra “as populações e os beligerantes permanecem protegidos e sob o império dos princípios do Direito das

¹⁵ SCHABAS, William. A. **An Introduction do the International Criminal Court**. 3a. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 1.

¹⁶ Idem.

¹⁷ MAOGOTO, Jackson. Early Efforts to Establish an International Criminal Court. In: DORIA, José; GASSER, Hans-Peter; BASSIOUNI, M. Cherif. **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 3-22. p.4.

¹⁸ SCHABAS, William. A. Op. Cit. p. 2.

¹⁹ MAOGOTO, Jackson. Op. Cit. p. 5

²⁰ SCHABAS, William. A. Op. Cit. p. 2.

Gentes, tal como resulta dos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, das leis da Humanidade e das exigências da consciência pública”²¹. Ressalta-se que as Convenções (consideradas predecessoras das modernas acepções do direito humanitário²²) não previram normas de responsabilidade criminal individual, contudo são importantes fontes de direito de crimes de guerra²³.

Quando a I Guerra Mundial terminou, deixando um legado de cerca de 22 milhões de mortos e 8 milhões de feridos²⁴, a opinião pública, principalmente na Inglaterra, estava inclinada a identificar e julgar os responsáveis pela violação das leis e costumes de guerra²⁵. Seria a única maneira de começar a reconciliar a comunidade internacional²⁶.

Assim, o Tratado de Versalhes, 1919 determinou a criação de um Tribunal Internacional Especial com o intuito de julgar o Kaiser alemão Guilherme II pela “violação suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos Tratados”²⁷.

No entanto, seguindo o consolidado entendimento da época sobre imunidade da responsabilidade individual dos chefes de Estado, além de considerar as acusações como afronta ao princípio da irretroatividade da lei penal, a Holanda (país onde o Kaiser se refugiou após a guerra) recusou-se a extraditá-lo, o que acabou por inviabilizar a persecução criminal do acusado²⁸.

No período entre as duas grandes guerras algumas associações científico-jurídicas internacionais realizaram esforços com o intuito de desenvolver e o DIP²⁹, mas nenhuma dessas iniciativas encontraram campo fértil para sua efetivação.

1.1.1 Tribunais de Nuremberg e de Tóquio

²¹ Idem.

²² MAOGOTO, Jackson. Op. Cit. p. 9.

²³ SCHABAS, William. A. Op. Cit. p. 2.

²⁴ MAOGOTO, Jackson. Op. Cit. p. 9.

²⁵ SCHABAS, William. A. Op. Cit. p. 3.

²⁶ MAOGOTO, Jackson. Op. Cit. p. 9.

²⁷ SCHABAS, William. A. Op. Cit. p. 3.

²⁸ Idem.

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. p. 127.

Os fracos processos de justiça internacional penal que se seguiram após a Primeira Guerra, não somente falharam em dissuadir os líderes militares, como podem ter auxiliado para a grande carnificina e destruição que se transformou na Segunda Guerra Mundial³⁰. Foi quando as atrocidades cometidas pelos nazistas se tornaram públicas é que a comunidade internacional e, principalmente, os países Aliados, decidiram quebrar a barreira da soberania e responsabilizar individualmente os culpados pelos fatos que chocaram a opinião pública³¹.

Após a II Guerra Mundial, durante a Conferência de Londres, as quatro potências vencedoras definiram as bases para instalação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, com o objetivo de julgar os nazistas perpetradores de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade³².

O Tribunal de Nuremberg³³ possuía a jurisdição para o julgamento de três tipos principais de crimes cometidos contra os judeus: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Dos vinte e quatro nazistas denunciados, dezenove foram condenados, sendo doze à pena de morte³⁴.

Por sua vez, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (também conhecido como Tribunal de Tóquio), foi estabelecido pelos aliados para o julgamento dos criminosos de guerra japoneses, seguindo basicamente as normas definidas para o Tribunal de Nuremberg³⁵.

Esses dois tribunais consolidaram princípios fundamentais que influenciaram diretamente o desenvolvimento do Direito Internacional Penal. Por mais que tenha se tratado de uma justiça dos vencedores, foi a primeira experiência bem sucedida de implementação de um tribunal internacional com visibilidade mundial.

³⁰ MAOGOTO, Jackson. Op. Cit. p. 22.

³¹ Idem.

³² SCHABAS, William. A. Op Cit. p. 5.

³³ Importante ressaltar que não se tratava de um órgão com jurisdição penal internacional, mas sim de um tribunal de ocupação, uma vez que a Conferência de Londres tinha eficácia somente entre as partes e possuía vigência exclusivamente na Alemanha. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas p. 128

³⁴ Ibidem. p. 6.

³⁵ Ibidem. p. 7.

Gustav Radbruch cita que o Tribunal de Nuremberg deixou como legado três importantes lições: (1) impôs a consciência que o Direito Internacional não somente obriga os Estados, mas também seus governantes e seus cidadãos, o que auxilia a caminhada para um Direito genuinamente universal; (2) acrescentou ao rol de delitos internacionais o crime agressão e os crimes contra humanidade, este último afirmando que são fatos que afetam toda a humanidade, mesmo se cometido contra os próprios nacionais; e (3) forneceu uma base importante para que o DIP proteja os povos contra seus governantes e contra outras pessoas.³⁶

Cassese afirma que “foi necessária toda a amplitude das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra mundial para demonstrar as consequências perniciosas que poderiam resultar da busca de noções extremas de soberania dos Estados e sacudir a comunidade internacional, fazendo-a sair de sua complacência”³⁷.

Em decorrência desses fatos, a ONU começou a desenvolver consultas e análises sobre a criação de um órgão judiciário penal internacional e para a codificação de crimes internacionais.

1.1.2 Desenvolvimento do DIP Pós Segunda Guerra

Em 1947 a Comissão de Direito Internacional (CDI) foi acionada para que trabalhasse num anteprojeto para o estabelecimento de um Código de Crimes contra paz e a Segurança da Humanidade. Posteriormente a Comissão também foi questionada sobre o estabelecimento de um Tribunal Internacional permanente³⁸.

³⁶ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad. Wenceslao Roces. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 177.

³⁷ CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma**: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-20. p. 5.

³⁸ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

Em 1951 a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, sendo que a conceituação de genocídio determinado na Convenção é a mesma que se encontra tipificada no Estatuto de Roma (art. 6)³⁹.

Por mais que tenha se produzido inúmeros documentos e trabalhos por parte de diversos organismos internacionais, parte porque as tarefas eram mal articuladas, parte por falta de interesse político, as tentativas fracassaram.

Independente de os trabalhos por parte da CDI não terem parado totalmente, percebe-se um hiato nas décadas seguintes, o que pode ser explicado pela “estagnação política gerada pela Guerra Fria e no funcionamento pouco ágil da ONU, devido ao fato de que seus Estados-membros estavam agrupados em dois blocos políticos rivais e antagônicos. Na verdade, somente em 1989, quando a Guerra Fria chegava ao fim, a Assembléia Geral solicitou mais uma vez que a CDI ‘tratasse da questão da instalação de um Tribunal Penal Internacional’⁴⁰.

Em 1993 a CDI intensificou os esforços para a criação de um Tribunal Penal Internacional. Essa intensificação derivou da maior visibilidade (em decorrência do desenvolvimento da rápida difusão de notícias em todo o globo) de casos de crimes que chocaram a opinião pública internacional⁴¹.

1.1.3 Os Tribunais *Ad Hoc*s

O colapso da Guerra Fria provocou alguns efeitos indesejáveis, principalmente no que se refere a fragmentação da ordem internacional. Assim, em conjunto com ideais nacionalistas / fundamentalistas e diferenças étnicas, religiosas e culturais, alguns conflitos armados graves foram deflagrados e, conseqüentemente, resultou em gravíssimas violações dos direitos humanitários e humanos internacionais⁴².

³⁹ SCHABAS, William. Op. Cit. p. 8.

⁴⁰ CASSESE, Antonio. De Nuremberg... p. 10.

⁴¹ CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 46.

⁴² CASSESE, Antonio. De Nuremberg... p. 11.

Diante de casos graves ocorridos na região Balcãs, com o escopo de restaurar a paz e a segurança internacional, o Conselho de Segurança⁴³ criou o Tribunal Penal Internacional da antiga Iugoslávia. Com sede na cidade de Haia (Holanda), possui a competência para o julgamento de “pessoas responsáveis por sérias violações do Direito Internacional humanitário cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991”⁴⁴.

Em 8 de novembro de 1994 o Conselho de Segurança⁴⁵ criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, o qual possui sede na cidade de Arusha (Tanzânia) e é competente para “julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao Direito internacional Humanitário cometidas no território de Ruanda, bem como os cidadãos ruandeses responsáveis por essas violações cometidas no território de Estados vizinhos, entre 1º de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994, em conformidade com as disposições contidas no Estatuto”⁴⁶.

No lapso temporal entre a instalação deste tribunais e os tribunais militares internacionais da Segunda Guerra Mundial, ocorreram diversos debates jurídicos para legitimação da atuação da jurisdição internacional⁴⁷, o que influenciou positivamente para resolver algumas críticas feitas contra os tribunais militares.

Nesta esteira, Susana Aires assevera que

apesar de se tratarem de Tribunais *ad hoc*, ou seja, não permanentes, criados para julgar os crimes cometidos num determinado contexto – num certo tempo e lugar – estes tribunais diferenciam-se claramente dos tribunais de Nuremberga e de Tóquio: desde logo, na sua criação pois não se trata de tribunais militares e, por outro lado, emanam de um órgão internacional e não das potencias vencedoras. Também se procurou salvaguardar, no processo da sua criação e efectivação, o princípio da legalidade criminal na medida em que se exigiu que estes tribunais aplicassem somente direito humanitário existente, consuetudinário ou plasmado em diversas convenções, *v.g.*, Convenções de Genebra.⁴⁸

⁴³ Resolução 827, de 1993. Conselho de Segurança da ONU.

⁴⁴ Artigo 1º, Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

⁴⁵ Resolução 827, de 1994. Conselho de Segurança da ONU.

⁴⁶ Artigo 1º, Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

⁴⁷ Estes debates e estudos não foram paralisados totalmente durante a Guerra Fria, a qual praticamente engessou politicamente as negociações para sedimentação do desenvolvimento do DPI e de um órgão internacional. Para Bassiouni, este período é considerado os “anos de silêncio”. BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction...** p. 422.

⁴⁸ SOUZA, Susana Aires de. Perseguição de Crimes de Guerra e de Crimes Contra a Paz e a Humanidade. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 795-806. p. 805.

Com a grande divulgação não somente dos sérios crimes internacionais ocorridos nos territórios onde os tribunais internacionais criados possuíam competência para o julgamento, mas também pelas críticas tecidas sobre sua criação⁴⁹, aceleraram-se as discussões sobre a necessidade de um Tribunal Penal Internacional permanente.

Ademais, o alto custo para instalação e funcionamento das cortes *ad hocs* e o elevado dispêndio de questões por parte do próprio Conselho de Segurança, foi um fator fundamental favorável a criação do Tribunal Penal Internacional⁵⁰.

Por derradeiro, importante lembrar que além dos tribunais *ad hocs* discurridos, foram criados alguns tribunais penais híbridos, os quais possuem como característica a combinação de estruturas, normas e recursos nacionais e internacionais⁵¹. Como exemplos podem-se citar os tribunais de Camboja, Timor-Leste, Bósnia-Herzegovina, Kosovo e Serra Leoa.

1.1.4 O Tribunal Penal Internacional

Em 1994 a CDI submeteu a Assembleia Geral um relatório sobre o projeto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional. Para discussão da proposta da CDI, a AG estabeleceu um comitê *ad hoc*. O relatório produzido pelo comitê, em 1996, tornou-se a base para o estabelecimento do PrepCom (o Comitê Preparatório sobre a instalação de um Tribunal Penal Internacional)⁵².

Decidiu-se pela realização de uma conferencia internacional plenipotenciária com o escopo de vincular propriamente os Estados⁵³. A Conferência contou com a

⁴⁹ Críticas principalmente relativas à violação do princípio da legalidade e por se tratarem de tribunais de exceção, uma vez que os tribunais foram criados posteriormente à data dos fatos.

⁵⁰ CASSESE, Antonio. De Nuremberg... p. 15.

⁵¹ JARDIM, Tarciso Dal Maso. Dinamismo do Direito Internacional penal após o Estatuto de Roma: da Sudan Room à Situação em Darfur, Sudão. **Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal: Textos para Discussão**. n. 68. Ago. 2010. p. 4.

⁵² CASSESE, Antonio. De Nuremberg... p. 17.

⁵³ Denominada oficialmente Conferência Diplomática da Organização das Nações Unidas de Plenipotenciários para a Instalação de um Tribunal Penal Internacional.

participação maciça de “diplomatas, ministros, especialistas jurídicos, observadores, ativistas, funcionários da ONU e representantes dos meios de comunicação”⁵⁴.

Para Tarciso Jardim

A marcante pluralidade dos negociadores é o primeiro elemento a ser destacado, a fim de delinear o ambiente da Conferência de Roma de 1998 que inaugurou novo direito internacional penal. Tal pluralidade de atores não é reduzida a ONGs e Estados, pois inclui organizações intergovernamentais, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, agências especializadas e fundos das Nações Unidas. Porém, o mais importante era o fato dessa composição estar acompanhada de dose de coesão internacional necessária para um regime penal (...) ⁵⁵

Em 17 de julho de 1998, após 32 dias de intensos debates, foi adotado o Estatuto de Roma, criando o Tribunal Penal Internacional, primeira corte internacional permanente para o julgamento dos graves crimes contra os direitos humanos e humanitários. Na época 120 (cento e vinte) países assinaram o tratado, o que demonstra uma ampla aceitação da comunidade internacional.

O presidente do Comitê Pleno da Conferência, Philippe Kirsch, asseverou que o estatuto do TPI é o produto de negociações multilaterais difíceis, sobre tópicos delicados, entre grupos diversificados. Para alguns, as disposições do Estatuto são consideradas frágeis demais, para outros, excessivamente ambiciosas. (...) Atrair o apoio mais amplo possível era não apenas indispensável segundo as normas de procedimento da Conferência, mas também essencial no interesse do futuro Tribunal, que precisará de apoio político e financeiro amplo para garantir sua eficácia e sua credibilidade. ⁵⁶

Ressalta-se que a sede do Tribunal situa-se na cidade da Haia (Holanda) e que este foi implementado em 2002 após a ratificação do Estatuto por 60 (sessenta) países. Oficialmente, contudo, o TPI começou suas atividades em 11 de março de 2003.

Independente de se considerar o Estatuto de Roma como principal fonte de Direito Internacional Penal, aquele não o esgota. Ou seja, seguem os estudos para o desenvolvimento de um Código Penal Internacional, uma vez que diversos crimes internacionais ainda não estão tipificados (além de não estarem no rol de competência do TPI).

⁵⁴ KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. A Construção do Acordo na Conferência de Roma. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21-48. p. 21.

⁵⁵ JARDIM, Tarciso Dal Maso. Op. Cit. p. 2.

⁵⁶ KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. Op. Cit.p. 43.

Com o ER o DIP ganhou uma fonte escrita e vinculativa de valor fundamental, uma vez que tipificou alguns dos mais importantes crimes internacionais e previu diretrizes para a acusação e o julgamento de seus autores.

Entretanto, algumas críticas ao TPI não podem ser desprezadas. Primeiramente, importantes países belicosos (potências nucleares e historicamente grandes violadores de direitos humanos) se negaram a ratificar ou assinar o tratado. Dentre eles, Estados Unidos⁵⁷ da América, China, Israel, Paquistão, Índia e Rússia. Essas ausências claramente violam o princípio da igualdade ao impossibilitar o julgamento de perpetradores de crimes internacionais nacionais destes países, tendo consequência a deslegitimação material do Tribunal⁵⁸.

Em segundo lugar, até mesmo como consequência indireta da ausência daqueles países, o TPI tem sido acusado de atuar basicamente em casos de violação acontecidos em território africano, olvidando crimes internacionais que estariam sendo cometido pelas grandes potências do mundo⁵⁹.

Contudo, embora haja severas críticas em relação ao seu funcionamento e criação, o que não é inusitado por se tratar de um órgão recente, é inegável que o TPI consolida um avanço na seara internacional penal⁶⁰.

Para Neumayer⁶¹

⁵⁷ Sobre os Estados Unidos da América, fundamental explicar a posição adotada oficialmente por este país que, em 2002 aprovou a *American Service Members Protection Act (ASPA)*. Esta lei possui algumas previsões, como: proibição de cooperação com o TPI; a restrição da participação norte-americana nas operações de paz da ONU; a restrição de transferência de informações da segurança nacional para o TPI; restrição de assistência militar norte-americana ao TPI; pré-autorização executiva para libertar membros das forças armadas norte-americana ou determinadas pessoas que esteja detidas por mando do TPI. Ademais, este país possui diversos acordos bilaterais com outros países com o objetivo de evitar o alcance do TPI aos seus nacionais. SHARMA, Vishnu Dutt. *International Criminal Law: Crime Prevention and Punishment*. In: PATEL, Bimal N. (coord.). **India and International Law**. vol. I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 189-222. p. 209.

⁵⁸ COSTA, José de Faria. Op. Cit. p. 109.

⁵⁹ Vide TEIXEIRA, Gabriel Haddad. A seletividade do Sistema Penal: uma visão sobre o Tribunal Penal Internacional. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 225, p. 18 - 19, ago., 2011.

⁶⁰ Vide STEINER, Sylvia Helena F. **O Tribunal Penal Internacional** Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 25.06.2001. Acessado em: 15 de dezembro de 2011.

⁶¹ NEUMAYER, Eric. **A New Moral Hazard? Military Intervention, Peacekeeping and Ratification of the International Criminal Court**. *Journal of Peace Research*.,Oslo, v. 46, n. 5, p. 659-670, 2009.

o TPI representa um marco para o movimento dos direitos humanos internacionais. Pela primeira vez na história da humanidade, existe a possibilidade de se processar líderes políticos assim como cidadãos comuns que cometeram crimes de genocídio, crimes de guerra, assim como crimes contra humanidade, perante uma corte internacional com jurisdição *quasi*-universal.

1.2 DIREITO PENAL INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Hodiernamente, ao menos nos países de língua latina, faz-se distinção entre as nomenclaturas Direito Internacional Penal (DIP) e Direito Penal Internacional (DPI). Essa distinção é inexistente na doutrina de língua inglesa, onde o termo empregado é *International Criminal Law*.

De modo geral, o **Direito Internacional Penal** é derivado do Direito Internacional e refere-se à tipificação dos crimes internacionais, regras processuais para o julgamento perante as cortes internacionais e aplicação de sanções criminais. Por outro lado o **Direito Penal Internacional** é derivado do Direito Penal interno dos Estados, mas com reflexos internacionais ou de relações transnacionais.

Dessa forma entende Jescheck⁶², o qual utiliza o termo Direito Internacional Penal em se tratando dos assuntos referentes aos crimes internacionais, e, sobre o Direito Penal Internacional, assevera ser este pertencente ao Direito estatal e não ao internacional (mesmo contendo normas para aplicação do poder punitivo a estrangeiros e a delitos cometidos fora do país).

Em sentido similar, Natacha Viada afirma sobre o DIP:

1. Que se ocupa de delitos que afectan a los bienes superiores del ser humano como universalidad.
2. Que sus fuentes son, fundamentalmente, los Tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derecho humanitario. Aunque también utiliza instrumentos del Derecho penal internacional como herramientas para realizar sus fines.
3. Que es independiente de la voluntad del Estado, ya que es la Comunidad Internacional quien tiene la obligación de proteger tales bienes superiores.⁶³

Por outro lado, sobre o DPI, a mesma autora pontua:

1. Que se ocupa de delitos que afectan a intereses del Estado o del ser humano como individuo.
2. Que sus fuentes son, fundamentalmente, normas nacionales (aunque éstas pueden representar la recepción de un Tratado internacional sobre la materia).
3. Que depende, substancialmente, de la voluntad de los Estados.⁶⁴

⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 156.

⁶³ VIADA, Natacha G. **Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 57.

⁶⁴ Ibidem. p. 59.

Para René Ariel Dotti⁶⁵ o **Direito Penal Internacional** é “definido como o conjunto de disposições penais de interesse de dois ou mais países em seus respectivos territórios”, enquanto o **Direito Internacional Penal** caracteriza-se como “o complexo de normas penais visando à repressão das infrações que constituem violações de Direito Internacional.”

Eugenio Raúl Zaffaroni⁶⁶ delimita **Direito Internacional Penal** tendo como objeto de estudo a tipificação internacional dos crimes derivados de tratados e o estabelecimento da jurisdição penal internacional (ou seja, a tribunais penais internacionais). Já o **Direito Penal Internacional** trata do âmbito de validade da lei penal de cada país e a competência de sua própria jurisdição penal.

José Cretella Neto, afirma que o **Direito Penal Internacional** “ocupa-se em determinar os princípios de competência penal e também o Direito Penal aplicável no espaço”⁶⁷. É a necessária internacionalização do Direito Penal interno para dar uma resposta aos elementos transnacionais. Por outro lado, o **Direito Internacional Penal** “pode ser considerado o Direito dos crimes internacionais”⁶⁸.

Em sentido diverso vide, v.g.: Gerhard Werle⁶⁹, José Cerezo Mir⁷⁰, Alicia Gil Gil⁷¹ e Ana Cristina Andrés Domínguez⁷².

⁶⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 250.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4ª. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 151.

⁶⁷ CRETILLA NETO, José. Op. Cit. p. 26.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ “El derecho penal internacional forma parte del derecho penal de trascendencia internacional. Éste se entiende hoy predominantemente en un sentido amplio, comprendiendo todos los ámbitos del derecho penal, que muestran una relación con el extranjero. (...) La comprensión tradicional del término, que caracterizaba como ‘derecho penal internacional’ sólo las normas del ámbito de validez del derecho material estatal, está hoy superada. La moderna acepción de la expresión ‘derecho internacional penal’ tiene un sentido más amplio, y refleja, ante todo, el rápido desarrollo del derecho penal internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente necesidad de diferencial las distintas disciplinas parciales que se agrupan bajo el concepto de derecho internacional penal.” WERLE, Gerhard. **Tratado de Derecho Penal Internacional**. 2ª. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 103.

⁷⁰ “Con el nombre de Derecho penal internacional se denomina, desde Bentam, al conjunto de disposiciones que regulan la eficacia de la ley penal en el espacio. En él incluyen también algunos autores la regulación de la entreatyuda judicial internacional (extradición). Esta denominación es impropia, pues se trata, en realidad, de preceptos de Derecho interno. (...) El nombre de Derecho

Em suma, pode-se concluir que, em decorrência da globalização, integração, circulação de pessoas e mercadorias entre países, dinamismo e facilidade de comunicação e interação entre pessoas, empresas e entidades de diferentes localidades, surge a necessidade dos Estados em prevenir, suprimir e investigar a criminalidade para além de suas próprias fronteiras. Esse aspecto internacional que os países internamente enfrentam é derivado do desenvolvimento do **Direito Penal Internacional**, o qual se cultiva a partir da inquestionável necessidade coibir e averiguar as mais diversas condutas lesivas que contenham características supranacionais.

1.2.1 Jurisdição Penal Universal⁷³

Os crimes internacionais, considerados na disciplina de DIP, constituem, na maior parte das vezes, atentados contra valores e direitos dos seres humanos. Condutas atroztes deliberadas de governantes, governos, grupos ou pessoas que causem mortes em massa, agressões entre países, submissão de pessoas a condições extremamente degradantes, fazem com que milhares de pessoas sejam afetadas danosamente.

penal internacional deve reservarse para la legislación penal de carácter internacional, emanada de la comunidade internacional y a la que están sometidos directamente los ciudadanos de todas las naciones. Estas leyes penales internacionales que tutelan los intereses fundamentales de la comunidade internacional son aplicadas por tribunales internacionales.” CERESO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 311.

⁷¹ “*Algunos autores han propuesto denominar a esta matéria ‘Derecho internacional penal’ para distinguirla del contenido otorgado originariamente a la expresión ‘Derecho penal internacional’.* Pero tampoco esta distinción há sido mantenida con unanimidad (...). Por ello, em mi opinión, problema prioritario al de elegir una denominación – tarea en la que me inclino por la expresión ‘Derecho penal internacional’ – es la delimitación del objeto de nuestro estudio.” GIL GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. p. 25.

⁷² “*(...) la expresión Derecho Penal Internacional es lo suficientemente válida para abarcar tanto los aspectos internacionales del Drecho Penal, o Derecho Penal Internacional en su concepción originaria, como los aspectos penales del Derecho Internacional o Derecho Internacional Penal; distinción que, no obstante, parece condenada a desaparecer dada la penetración de los aspectos penales del Derecho Internacional en el orden jurídico interno, pero que se puede mantener a efectos puramente metodológicos.*” ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. **Derecho Penal Internacional**. Valencia: Tiant Lo Blanch, 2006. p. 66.

⁷³ A utilização da nomenclatura “jurisdição universal” não é pacífica na doutrina, sendo que, por vezes, utiliza-se o termo “competência universal”, “jurisdição penal internacional”, “competência penal internacional”, dentre outros. Neste trabalho, adotar-se-á a nomenclatura “jurisdição universal”.

Tais crimes impedem em seu último grau (através de barbáries) o acesso aos meios mínimos para luta pela dignidade de classes, grupos e etnias mais debilitadas em determinada região geográfica. Entretanto, o impacto negativo na consciência das pessoas independe do local onde aqueles acontecem.

Assim, é perceptível que os delitos sob a égide do DIP afetam a comunidade internacional como um todo e, por sua majorada gravidade, cria nela a necessidade de impedir crimes dessa espécie⁷⁴.

A regra geral, derivada do princípio da soberania, é que cada Estado possui a competência para aplicar sua própria lei dentro de seus limites geopolíticos. O critério da territorialidade é a base fundamental da regra jurisdicional, sendo suas exceções derivadas dos princípios da proteção, da personalidade e da jurisdição penal internacional⁷⁵.

Sobre o princípio da justiça universal, Ana Cristina Domínguez assevera que *“también denominado principio universal; em virtude del mismo, la Ley penal de un Estado es aplicable, respecto determinados delitos, com independência del lugar de su comisión y de la nacionalidade del delincuente. Es un principio complementario del principio de territorialidade, cuya finalidad ultima es impedir la impunidad del delincuente.”*⁷⁶

Para Fernanda Jankov, o princípio da jurisdição universal caracteriza-se como a faculdade de o Estado exercer a jurisdição mesmo se ausentes qualquer outro vínculo jurisdicional quando da ocorrência do delito em questão⁷⁷. Para ela, através do princípio da universalidade “um Estado afirma sua competência sem que exista

⁷⁴ Alfonso Gómez-Robledo cita alguns históricos casos estarrecedores de atrocidades cometidas, principalmente contra seus próprios nacionais, e que mesmo assim muitos de seus perpetradores gozaram impunemente de suas enormes fortunas, alguns até asilados luxuosamente em outros países: Jean-Calude Duvalier (Haiti), Alfredo Stroessner (Paraguay), Mengistu Haile Mariam (Etiópia), Idi-Amin Dada Oumee (Uganda), Jorge Rafael Videla Redondo (Argentina), Pol-Pot (Camboja), Augusto Pinochet (Chile). GÓMEZ-ROBLEDOS, Alfonso. El Alegato de “Genocidio” y de “Jurisdicción Universal”, en Casos de Extradicción Internacional. **Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**. n. 30. 2000. p. 59-85. p. 60.

⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. p. 178, et. seq.

⁷⁶ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. Op Cit. p. 176.

⁷⁷ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. Cit. p. 105.

qualquer critério de conexão direto com a infração, inclusive sem ser necessária a presença do autor em seu território”⁷⁸.

O princípio da competência penal universal, advém da crescente necessidade da cooperação penal internacional em relação à possibilidade dos Estados em punir os autores de certos crimes, derivada de obrigações assumidas por tratados e convenções internacionais⁷⁹.

René Ariel Dotti ao utilizar o termo *justiça penal universal* ou de *extraterritorialidade absoluta*, explana que “o progresso da Civilização e a internacionalização dos direitos humanos tem sustentado a necessidade de se aplicar a lei penal do Estado onde se encontre o criminoso, não importando a sua nacionalidade e nem o lugar do fato, sempre que o delito esteja compreendido na relação que os Estados, mediante tratado, tenham se obrigado a reprimir”.⁸⁰

A jurisdição universal pode ser exercida por algum Estado sem que haja conexão ou vínculo jurisdicional entre o lugar da ação, a nacionalidade do criminoso, a nacionalidade da vítima ou o Estado que a exercita⁸¹. O elemento que permite a atuação é a **natureza do crime**, e possui como objetivo o reforço da ordem global, buscando evitar que ocorra impunidade pelo cometimento de certos delitos⁸².

Assim, por mais que os Estados sejam livres para determinar suas regras e limites jurisdicionais, a jurisdição universal é uma exceção à regra, uma vez que não estão presentes os vínculos historicamente considerados.

Salienta a lição de Maíra Rocha Machado, a qual assevera que

ao lado do conjunto específico de regras a cada ordenamento jurídico, institucionaliza-se, uma forma de aplicação de normas penais que independe do local em que ocorreu o delito, da nacionalidade das pessoas envolvidas e da vinculação aos interesses de proteção de um Estado em particular. Denominado, no âmbito doutrinário, *princípio da jurisdição universal*,

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal, parte geral**. 3ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 45.

⁸⁰ DOTTI, René Ariel. Op. Cit. p. 357.

⁸¹ BASSIOUNI, M. Cherif. Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea. Tit. orig: Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice. **Virginia Journal of International Law Association**. v. 42. 2001. p. 7. Disponível em: http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf. Acesso em: 15 de janeiro de 2012.

⁸² Idem.

confere, ao menos teoricamente, a todos os Estados o poder de conhecer e processar crimes que escapam aos nexos jurisdicionais ordinários (...).⁸³

Ainda que parte da doutrina faça uma distinção entre o princípio da universalidade absoluta e o princípio da universalidade condicionada⁸⁴, trata-se aqui em sua forma geral, como o direito de os Estados em reprimir determinadas condutas internacionalmente tipificadas.

Contudo, importante ressaltar que o princípio não pode ser entendido como faculdade de algum Estado intervir penalmente a toda e qualquer conduta considerada como crime em seu ordenamento jurídico interno, uma vez que “conduziria à existência de um *ius puniendi* estadual sem qualquer fronteira e fomentador por isso em larga medida de conflitos internacionais de carácter jurídico-penal”⁸⁵, mas sim como reconhecer o “carácter supranacional de certos bens jurídicos e que por conseguinte apelam para a sua proteção a nível mundial”.⁸⁶

Segundo M. Cherif Bassiouni

Un Estado puede fundarse en la **jurisdicción universal** en el uso de facultad para legislar. Pero cuando un Estado se funda en la **jurisdicción universal** para ejercer su facultad para hacer cumplir la ley, necesariamente tiene que estar sujeto a ciertas obligaciones legales internacionales, tales como inmunidad de procedimiento para jefes de Estado y diplomáticos, y también tiene que estar subordinado a los reclamos jurisdiccionales de otros Estados que buscan ejercitar su jurisdicción penal cuando dichos reclamos se encuentran fundados em intereses de mayor peso y se busca ejercerlos en forma efectiva y de buena fe.⁸⁷

⁸³ MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do Direito Penal: gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena**. Coleção Direito GV. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 84.

⁸⁴ “Alguns autores distinguem esse princípio, aplicável a determinados crimes, do princípio da universalidade condicionada (*principe de l’universalité conditionnelle*), o qual requer a satisfação de certas condições, dentre elas a presença do autor no território do Estado (*judex loci deprehensionis*), para que a jurisdição possa ser exercida, como resposta à não-extradição deste a outro país. Nessa hipótese, fala-se também, frequentemente, em competência subsidiaária (*subsidaire, subsidiary universality principle*). Alguns falam, ainda, em competência quase universal (*quasi universelle*) ou alternativa (*alternative*), haja vista o Estado que detém o acusado poder escolher entre julgar – por meio do devido processo legal – ou extraditar (*aut dedere aut judicare* ou *aut dedere aut presequi*). Segundo esse raciocínio, deve-se distinguir o princípio da universalidade absoluta (*principe de l’universalité absolue*), aplicável a todos os Estados do princípio da universalidade condicionada (*principe de la compétence relative delegate*), aplicável entre Estados-Partes de um acordo internacional ou de um tratado.” JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. Cit. p. 106.

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, Parte Geral, Tomo I. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 226.

⁸⁶ Ibidem. p. 227.

⁸⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. Jurisdicción... p. 6.

Salienta-se que, no âmbito procedimental, para aplicação do princípio da jurisdição universal, é necessária a presença de algumas condições objetivas de punibilidade. Assim, o princípio não é absoluto, possuindo algumas limitações⁸⁸. Por exemplo, no Brasil, sua aplicação depende das condições previstas no art. 7º, §2º, do Código Penal Brasileiro:

Art. 7º. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...)

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Em Portugal, segundo Figueiredo Dias “o princípio da universalidade ou da aplicação universal visa permitir a aplicação da lei penal portuguesa a factos cometidos no estrangeiro que atentam contra bens jurídicos carecidos de proteção internacional ou que, de todo o modo, o Estado português se obrigou internacionalmente a proteger”⁸⁹.

Na Espanha, José Cerezo Mir afirma que “em nuestro país se aplica el principio de la justicia universal com caracter complementario”⁹⁰. Contudo, o autor acrescenta que a legislação sobre o princípio se omitiu em relação a obrigatoriedade do acusado se encontrar no país como condição de procedibilidade, o que acabou ampliando demasiadamente a aplicação do princípio da justiça universal.⁹¹

⁸⁸ Importante o magistério de Nehal Bhuta, o qual afirma que os Estados que decidem exercer a jurisdição universal geralmente fazem isso por intermédio de previsão legal doméstica. O autor cita que aproximadamente 120 países possuem legislação que possibilitam suas Cortes a exercer alguma forma de jurisdição universal, contudo a forma de exercício da jurisdição varia bastante de um país para outro (entretanto, com o Estatuto de Roma, essa variação entre os países, poderá ser uniformizada). BHUTA, Nehal. How Shall We Punish The Perpetrators? Human Rights, Alien Wrongs and the March of International Criminal Law. **Melbourne University Law Review**. vol. 27. n. 1. 2003. p. 1-21. p. 8.

⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op Cit. p. 226.

⁹⁰ CEREZO MIR, José. Op Cit. p. 307.

⁹¹ Ibidem. p. 308.

De qualquer forma, ou se considerando o princípio em seu sentido irrestrito ou mesmo em suas bases mínimas de atuação⁹², fica claro que a jurisdição universal visa garantir à comunidade internacional a proteção de valores⁹³ elencados em tratados e acordos internacionais considerados fundamentais, evitando assim que a impunidade impere.

Apesar de algumas objeções históricas, principalmente em relação a dificuldades práticas⁹⁴, para Dotti⁹⁵ “a justiça penal universal é uma antiga e renovada aspiração que cresce na medida em que se desenvolvem as praticas delituosas de repercussão transnacional, impondo-se aos Estados o dever de cooperação internacional. (...) O mundo moderno está exigindo a atuação vigorosa e ampliada de tribunais internacionais de justiça”.

1.3 FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL PENAL

O Direito Internacional Penal, por ser derivado do ordenamento jurídico internacional, surge das fontes do próprio Direito Internacional⁹⁶. Assim, as fontes de

⁹² JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. Cit. p. 284. “A obrigação dos Estados em seu padrão mínimo de exercício da jurisdição universal se traduz no princípio consagrado na doutrina por meio da máxima *aut dedere aut judicare*. Trata-se da obrigação imposta a um Estado, no qual se encontra o presumido autor de um crime de extraditá-lo (*aut dedere*) ou de processá-lo e julgá-lo (*aut judicare*).”

⁹³ Importa ressaltar o posicionamento de Juarez Tavares, o qual defende que não existe um valor universal, mas sim “um reconhecimento mútuo acerca de sua proteção conforme os interesses manifestados em cada direito nacional”. TAVARES, Juarez. Criminalidade nacional, transnacional e internacional. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 421-434. p. 428.

⁹⁴ Ver, por exemplo, a lição de Cerezo Mir: “*Su introducción con carácter general tropezaría, por otra parte, como ha señalado ANTÓN ONECA, con insuperables dificultades prácticas: ‘¿Cómo puede reunir las pruebas y juzgar con acierto el magistrado del lugar donde no se ha cometido el delito, donde el reo es extranjero y en muchos casos desconocido, donde también es extranjera y está ausente la víctima?’*” Mir.CEREZO MIR, José. Op Cit. p. 306.; e de René Dotti “a) existem profundas diferenças entre a legislação penal e processual dos diversos Estados; b) o juiz é obrigado a aplicar o Direito estrangeiro que lhe é desconhecido; c) há dificuldades processuais e burocráticas para a colheita da prova; d) o Estado e a sociedade estarão mais protegidos com a expulsão do estrangeiro suspeito ou condenado.” DOTTI, René Ariel. Op. Cit. p. 357.

⁹⁵ DOTTI, René Ariel. Op Cit. p. 250.

⁹⁶ WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 112.

DIP são basicamente idênticas às fontes de DI⁹⁷, com algumas peculiaridades que serão abordadas a seguir.

Todavia, faz-se necessária uma breve análise das fontes de Direito e de Direito Penal no âmbito interno, como forma subsidiária de compreensão do tema.

1.3.1 Fontes de Direito e Fontes de Direito Penal

Entende-se por fontes de Direito “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*.”⁹⁸

Assim, para que seja considerada fonte, deve-se haver um “*poder capaz de especificar o conteúdo*”⁹⁹. No plano doméstico, apontam-se primordialmente quatro fontes: “o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*.”¹⁰⁰

Ainda no âmbito interno dos países, sobremaneira os de tradição romanística, a única fonte formal imediata de produção de normas criminalizadoras admitidas no Direito Penal é a lei¹⁰¹. Esse modelo deriva do princípio da legalidade, verdadeiro pilar do Estado democrático de direito, o qual exige limites rigorosos para evitar uma intervenção estatal arbitrária e excessiva, e conseqüentemente, proteger os direitos, liberdades e garantias dos indivíduos¹⁰².

O princípio da legalidade, formulado sob a máxima latina, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, proíbe “(a) a *retroatividade* como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o *costume* como fundamento ou agravação de crimes e

⁹⁷ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. Op. Cit. p. 32.

⁹⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 140.

⁹⁹ Ibidem. p. 141.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 19.

¹⁰² FIGUEIREDO DIAS, Op. Cit. p. 177.

penas, (c) a *analogia* como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a *indeterminação* dos tipos e das sanções penais”.¹⁰³

Dessa sorte, no âmbito penal, “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos *por lei* o tipo delitivo e a pena respectiva (...)”¹⁰⁴.

Entretanto, a afirmação da lei como a única fonte de direito válida no âmbito penal, refere-se a ela como fonte de produção da legislação penal. De modo que não se exclui, por exemplo, a doutrina, a jurisprudência e os costumes como fontes de interpretação (ou *fontes de conhecimento do saber jurídico-penal e fontes de informação do saber jurídico-penal*)¹⁰⁵.

1.3.2 Fontes de Direito Internacional

Ao discorrer sobre as fontes de DI, Francisco Rezek assevera sua importância para identificação do direito aplicável internacionalmente, como “formas de expressão do direito internacional público”, ou ainda como “um roteiro das fontes onde se poderiam buscar, idoneamente, *normas internacionais*.”¹⁰⁶

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹⁰⁷ tratou de relacionar as fontes de Direito Internacional em seu art. 38¹⁰⁸. Assim, “o estatuto relacionou então os

¹⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal, parte geral**. 3ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 20.

¹⁰⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 126.

¹⁰⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 9.

¹⁰⁷ A Corte Internacional de Justiça é o “principal órgão judicial da ONU, parte integrante do sistema no mesmo nível da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, do Secretariado (...). O Estatuto da CIJ foi anexo à Carta da ONU, sendo os signatários desta *ipso facto* signatários daquela”. CASELLA, Paulo Borba; MÜLLER, Leonardo. Corte Internacional de Justiça. In: ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. (coord.). **Direito Internacional: seus tribunais e meios de solução de conflito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 279-325. p. 285.

¹⁰⁸ “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais. que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;

tratados, os costumes e os princípios gerais do direito. Fez referência à jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação de regras jurídicas, e facultou, sob certas condições, o emprego da equidade.”¹⁰⁹

Para Werle¹¹⁰, são fontes de DI os

tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios generales de derecho reconocidos en los principales sistemas jurídicos del mundo. No como fuentes normativas, sino como fuentes para determinar las reglas de derecho, se consideran las decisiones judiciales y la doctrina sobre derecho internacional. Son asimismo de importancia las decisiones de los tribunales nacionales en aplicación del derecho internacional.

Segundo William Shabas o Estatuto da CIJ definiu três fontes primárias de direito internacional: os tratados internacionais, os costumes internacionais e os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas¹¹¹. Essas fontes primárias possuem igual valor, não existindo hierarquia entre elas, por mais que a prática jurisprudencial tenha reduzido a importância dos princípios gerais do Direito e, subsidiariamente, utilizado a jurisprudência e a doutrina internacional¹¹².

Por mais que o DIP possua uma natureza híbrida ao possuir elementos de disciplinas jurídicas totalmente diferentes (Direito Penal e Direito Internacional)¹¹³, a doutrina, ao considerar o DIP um ramo de DI, majoritariamente assevera que as fontes de DIP são basicamente as mesmas de DI¹¹⁴, com algumas particularidades que serão abordadas a seguir.

1.3.3 Fontes de Direito Internacional Penal

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem.”

¹⁰⁹ REZEK, José Francisco. Op. Cit. p. 9.

¹¹⁰ WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 112.

¹¹¹ SHABAS, William A. Op. Cit. p. 195.

¹¹² Idem.

¹¹³ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. Op. Cit. p. 69.

¹¹⁴ Ver: CASSESE, Antonio. **International...** p. 26; BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction...** p. 501; WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 112.

Diferentemente da ausência de hierarquia entre as fontes primárias de DI, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em seu artigo 21, sob o título de “direito aplicável”, hierarquiza as fontes a serem aplicadas:

1. O Tribunal aplicará:
 - a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;
 - b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;
 - c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.
2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.
3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3o do artigo 7o, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.

Shabas assevera que o Estatuto de Roma criou um regime tripartido especial de fontes: primeiramente estaria o próprio Estatuto, os *Elementos Constitutivos do Crime* e as *Regras Processuais e de Evidência*; em seguida estariam os tratados e princípios de direito internacional (o que corresponde ao determinado no art. 38 do Estatuto do CIJ); e em sua terceira dimensão o direito doméstico¹¹⁵.

De qualquer sorte, salienta que a aplicação e a interpretação das fontes devem sempre respeitar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, sem discriminação de nenhuma espécie¹¹⁶.

Pelo seu aspecto híbrido, ou seja, sabendo que o DIP “no es un Derecho puramente penal sino que comparte principios con el Derecho internacional y el Derecho público internacional”¹¹⁷, há uma maior flexibilização das fontes admissíveis¹¹⁸. Assim, surgem alguns problemas¹¹⁹ e peculiaridades que serão doravante exploradas, seguindo o rol de fontes do art. 21 do ER e do art. 38 do ECIJ.

¹¹⁵ SHABAS, William A. Op. Cit. p. 195.

¹¹⁶ Conforme o número 3, do art. 21, do ER.

¹¹⁷ VIADA, Natacha G. Op. Cit. p. 69.

¹¹⁸ Idem.

1.3.3.1 Estatuto de Roma

Indiscutivelmente a principal fonte de Direito Internacional Penal é o próprio ER, os Elementos dos Crimes e as Normas de Procedimentos e Evidências¹²⁰.

Segundo Gerhard Werle¹²¹ “*hasta la entrada en vigor del Estatuto de la CPI, para el derecho penal internacional los tratados internacionales eran de importancia sólo en ciertos ámbitos. Hoy, con el Estatuto de la CPI, un tratado internacional multilateral es la fuente normativa central del derecho penal internacional*”.

O ER contém previsão sobre: a tipificação dos crimes internacionais sob sua égide; jurisdição e exercício da jurisdição no TPI; status legal; o funcionamento e cargos (juízes, promotores, secretaria, administração); regras sobre a admissibilidade de casos; princípios gerais do direito penal; regras procedimentais gerais sobre investigação; organização interna do TPI; julgamento; penalidades; recursos; cooperação internacional com os países signatários; execução das sentenças; além das disposições gerais sobre a assembleia, financiamento, emendas, dentre outros.

O Estatuto é complementado pelas: (a) *Regras de Processo e Evidências*, instrumento de aplicação do ER que regulamenta principalmente as questões procedimentais do Tribunal (provisões gerais sobre a composição e administração; sobre o funcionamento da promotoria, secretaria, defesa e câmaras; publicações, línguas e traduções; jurisdição e admissibilidade; provas; procedimentos durante o julgamento; tratamento e procedimentos com as partes envolvidas; investigação; etapas da sentença, inclusive sobre a penalidade; recursos; código de ética; poderes; cooperação e assistência das cortes nacionais; execução das sentenças; etc.); e (b) *Elementos dos Crimes*, instrumento complementar de direito material sobre os crimes sob competência do tribunal, que elucida como devem ser conceituadas cada uma das condutas criminosas tipificadas no ER.

¹¹⁹ Como, por exemplo, a incompatibilidade do princípio imperativo indelével da legalidade e a aplicação dos costumes internacionais.

¹²⁰ conforme o art. 21, 1, a, do ER.

¹²¹ WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 114.

Salienta-se que, ao definir o ER como fonte principal e, ao mesmo passo, positivar a aplicação do princípio da legalidade¹²², *s.m.j.*, esta se resolvendo uma das críticas históricas ao DIP, que é, justamente, o afastamento da máxima *nullum crimen sine lege*, seja por intermédio do uso dos costumes internacionais, das normas de *jus cogens*, ou mesmo pelos princípios gerais de Direito. A título de ilustração, nos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, os delitos e as penas aplicadas aos condenados foram determinados após os fatos criminosos, ofendendo frontalmente o princípio da legalidade (por mais que a doutrina favorável ao julgamento, ou nega tal violação¹²³ ou a justifica¹²⁴).

Com o ER, além de as condutas criminosas estarem devidamente tipificadas, o TPI somente possui competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto¹²⁵ e aos crimes elencados no art. 5º daquele¹²⁶.

¹²² “Artigo 22. *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 ambigüidade, 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.

Artigo 23. *Nulla poena sine lege*.

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.”

¹²³ Os que negam a violação sustentam que deve ser feita uma interpretação e adaptação ao princípio da legalidade, considerando as características internacionais. Desta forma, afirmam que os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade já estavam previstos no Direito Internacional (GIL GIL, Alicia. Op Cit. p. 66.)

¹²⁴ Os que justificam a violação sustentam diversas teses, dentre outras: (a) que o princípio da legalidade não deve ser válido no âmbito internacional; (b) que o primado da justiça deve prevalecer sobre o princípio da legalidade; (c) o princípio da legalidade se refere somente ao Direito escrito e, portanto, não deve ser aplicado ao DIP, pois este último se baseia no Direito consuetudinário. (GIL GIL, Alicia. Op. Cit. p. 67.)

¹²⁵ “Artigo 11. *Competência Ratione Temporis*.

1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.”

¹²⁶ “Artigo 5. Crimes da Competência do Tribunal.

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

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;

Portanto, (1) ao considerar o ER como fonte primária e de hierarquia superior de DIP, (2) prever o princípio da legalidade e (3) tipificar os crimes de competência do TPI, afasta-se, num primeiro momento, a violação da máxima *nullum crimen sine lege*, mesmo reconhecendo como fontes de DIP os costumes, princípios gerais e jurisprudência, por exemplo. Isso porque as demais fontes estão abaixo na hierarquia trazida pelo Estatuto e não devem ser consideradas como fontes de produção da legislação penal internacional, e sim como fontes de conhecimento, de interpretação ou ainda de informação.

Dito de outro modo, estando a atuação jurisdicional do TPI delimitada pelo princípio da legalidade, as demais fontes não possuem o condão de criminalizar outras condutas não previstas no ER, servindo apenas para auxiliar na aplicação, funcionamento e desenvolvimento do DIP.

1.3.3.2 Outras convenções e tratados internacionais

O artigo 21, 1, b, do ER, assevera como fontes secundárias “os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados”.

A expressão “direito internacional dos conflitos armados”, refere-se, modernamente, ao direito humanitário internacional¹²⁷. O autor continua indicando que esta norma abre espaço para a caracterização como fonte, principalmente, das Convenções de Haia (de 1899 e 1907) e das Convenções de Genebra (de 1949) com seus respectivos Protocolos Adicionais (1977)¹²⁸.

d) O crime de agressão.”

¹²⁷ SHABAS, William A. Op Cit. p. 196.

¹²⁸ Para Konder Comparato “o ‘direito de Genebra’, um dos ramos do direito internacional humanitário, acha-se hoje compendiado em quatro convenções internacionais, assinadas naquela cidade em 12 de agosto de 1949. A primeira das quatro convenções de 1949 refere-se à proteção dos enfermos e dos feridos em guerras terrestres; a segunda, à proteção de feridos, enfermos e náufragos nas guerras navais; a terceira diz respeito ao tratamento dos prisioneiros de guerra, em substituição à de 1929; finalmente a quarta, à proteção da população civil, vítima de conflitos bélicos.” Em 1979 foram adicionados dois protocolos a estas Convenções. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 251.

Também neste sentido, Cassese indica como principais tratados que trazem conteúdo relevante para a matéria: a Convenção de Haia de 1907; as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois protocolos adicionais de 1977; além de diversos tratados que proíbem o uso de determinadas armas, dentre outros¹²⁹.

Assim, uma vez que outros crimes entendidos como internacionais não foram contemplados pelo ER, as convenções internacionais que versem sobre a matéria de crimes internacionais (competência, repressão, procedimentos, além da própria tipificação de outros crimes internacionais), são consideradas fontes da disciplina DIP. Pode-se citar, *v.g.*, a Convenção contra Tortura de 1984, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os diversos tratados sobre terrorismo, etc.¹³⁰

Por derradeiro, deve-se salientar também como fonte DIP as leis sobre a interpretação dos tratados, as quais estão contidas na Convenção de Viena sobre as Leis dos Tratados de 1969¹³¹.

1.3.3.3 Costumes internacionais

Conforme redação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os costumes internacionais são considerados como fonte de Direito Internacional (art. 38). E, mesmo não tendo sido elencado¹³² no art. 21 do ER “el derecho consuetudinario conserva un papel relevante en el derecho penal internacional”¹³³.

Essa importância deriva do fato que o direito consuetudinário internacional existe “cuando se puede constatar que a partir de un convencimiento juridico (*opinio iuris sive necessitatis*) se origina en la práctica un uso (*consuetudo, repetitivo facti*)”¹³⁴

Sobre o costume internacional, Rezek¹³⁵ leciona no sentido de que

¹²⁹ CASSESE, Antonio. **International...** p. 27.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ *Ibidem*. p. 28.

¹³² Por mais que não tenha sido contemplado expressamente, Schabas afirma que os costumes internacionais estão contemplados na expressão “princípios e normas de direito internacional”. SCHABAS, William A. *Op. Cit.* p. 196.

¹³³ WERLE, Gerhard. *Op. Cit.* p. 114.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 115.

¹³⁵ REZEK, José Francisco. *Op. Cit.* p. 118.

resulta de "uma prática geral aceita como sendo o direito". Essa expressão dá notícia do *elemento material* do costume, qual seja a prática – a repetição, ao longo do tempo, de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato -, e de seu *elemento subjetivo*, qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e conseqüentemente jurídico.

Para Shahram Dana, costumes internacionais seriam certas práticas obrigatórias amplamente reconhecidas pelos Estados, sendo exigido que essas práticas possuam um certo grau de uniformidade e consistência¹³⁶.

Por outra ótica, é inegável que o direito costumeiro tem íntima ligação com os Tratados, “uma vez que muitos tratados internacionais nesse campo expressam a codificação de um ou mais costumes (...)”¹³⁷. Valerio Mazzuoli explica que “o direito internacional costumeiro tem sido, ao longo dos anos, codificado em inúmeros tratados internacionais”, citando como maior exemplo a Convenção de Viena¹³⁸.

Alguns autores criticam o papel dos costumes como fonte de DIP, uma vez que seria incompatível com o princípio da legalidade (expressamente contemplado no ER)¹³⁹. Entretanto, este tipo de fonte não escrita deve funcionar como ponto de partida construtivo para a produção de normas de direito internacional penal¹⁴⁰. De qualquer forma, essa discussão perdeu importância, haja vista a tipificação restrita dos crimes internacionais contemplados no ER e sua complementação em *Elementos dos Crimes*¹⁴¹.

Exemplo histórico, importante recordar, foram os tribunais militares, os quais idealizaram o julgamento dos acusados dos crimes cometidos durante a Segunda Guerra por terem violado **normas costumeiras** internacionais (as quais criminalizaram os chamados “crimes contra a humanidade”)¹⁴².

¹³⁶ DANA, Shahram. Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. v. 99. n. 4. 2009. p. 857-927. p. 872.

¹³⁷ CRETELLA NETO, José. Op. Cit., p. 139.

¹³⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público: parte geral**. 2a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 35.

¹³⁹ Ver, por exemplo: ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. Op. Cit. p. 98.

¹⁴⁰ AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44

¹⁴¹ Ibidem. p. 45.

¹⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. Cit. p. 35.

Por derradeiro, o art. 21, 3, do ER afirma que “a aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. Dessa sorte, o direito costumeiro sobre os direitos humanos, também pode ser aplicado como forma de encontrar a correta interpretação e aplicação das normas de DIP.

1.3.3.4 Princípios gerais do Direito

Em terceiro lugar na hierarquia trazida pelo ER estão os Princípios Gerais do Direito. Para Cassese, existe uma diferenciação entre os princípios gerais de DIP e princípios gerais de DI. No primeiro caso seriam aqueles específicos de Direito Penal (por exemplo, princípio da legalidade, presunção da inocência, contraditório, etc), e a aplicação desses princípios deriva da sua absorção gradual pelo sistema internacional¹⁴³. Já o segundo seriam os princípios inerentes do sistema jurídico internacional¹⁴⁴.

Gerhard Werle¹⁴⁵ assevera que princípios gerais de DIP são aqueles considerados derivados dos principais sistemas jurídicos do mundo. No entanto, o autor ressalva que não são todas as normas de Direito dos principais sistemas jurídicos do mundo que passam a ser automaticamente parte do ordenamento jurídico internacional.

Werle preleciona que é necessário que a norma jurídica cumpra dois requisitos para se adequar aos princípios gerais de Direito como fonte de DIP: (1) a norma jurídica deve representar um princípio jurídico e (2) este princípio deve ser transladável ao sistema internacional¹⁴⁶.

¹⁴³ CASSESE, Antonio. **International...** p. 31.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 117.

¹⁴⁶ Ibidem. p. 118.

Pode-se perceber que os países e organizações participantes na elaboração do ER fizeram constar muitos princípios gerais de Direito¹⁴⁷, como, por exemplo: (a) *nullum crimen sine lege*¹⁴⁸; (b) *nulla poena sine lege*¹⁴⁹; (c) princípio da não-retroatividade¹⁵⁰; (d) imputabilidade dos menores de 18 anos¹⁵¹; (e) culpabilidade¹⁵², dentre outros.

Contudo, a utilização da fonte dos princípios reconhecidos pelos principais ordenamentos jurídicos do mundo, bem como o direito interno dos países que teriam a jurisdição para atuar no caso serve, principalmente, como elemento de interpretação e como forma de suprir eventuais lacunas jurídicas.

¹⁴⁷ Vide SCHABAS, William. Princípios Gerais de Direito Penal: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 149-190.

¹⁴⁸ “Artigo 22. *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 ambigüidade, 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.” BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002.

¹⁴⁹ “Artigo 23. *Nulla poena sine lege*.”

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.” BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002.

¹⁵⁰ “Artigo 24. Não retroatividade *ratione personae*.”

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.” BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002.

¹⁵¹ “Artigo 26. Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos.

O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.” BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002.

¹⁵² Artigo 25. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002. Sobre o tema ver magistério de Bassiouni. BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction...** p. 259-332.

De forma geral, a importância dos princípios gerais de direito no DIP é maior do que no direito penal doméstico¹⁵³. Isso porque além de estar previsto no ER, a precariedade atual do DIP (em estado de desenvolvimento) possibilita a utilização dos princípios como forma de suprir as inúmeras omissões normativas e avançar no entendimento sobre elementos que já foram objeto de análise pelos sistemas nacionais.¹⁵⁴

A doutrina internacional levanta a questão da diferenciação e complementação entre as fontes de costumes e princípios gerais do Direito. Natacha Viada¹⁵⁵ afiança que, pela concepção moderna, os princípios gerais do direito internacional se assimilam ao direito consuetudinário internacional, sendo que “los Principios Generales jugarían un doble papel, por un lado colaborarían a la formación de la Costumbre Internacional y, por outro, serían ellos mismos fuente autónoma.”

Mister citar a influencia do Direito, princípios e doutrina doméstica dos países ao aplicar a sanção criminal internacional, que decorre principalmente da não previsão expressa sobre a matéria (o que será objeto de estudo nos capítulos 3 e 4 do presente).

1.3.3.5 Jurisprudência

O art. 21, 2, do ER prescreve que “o Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores”. Assim, as decisões internacionais possuem importância significativa, principalmente ao definir a validade de uma norma consuetudinária e para deliberar sobre qual a interpretação mais acertada em relação à determinada norma oriunda de tratados¹⁵⁶.

Influenciados principalmente pelos países da *common law*, não somente no processo de elaboração dos tratados sobre a matéria, mas também na aplicação (por intermédio dos juízes advindos desses países), as decisões dos tribunais internacionais são consideradas fontes de DIP.

¹⁵³ WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 72.

¹⁵⁴ DANA, Shahram. Op. Cit. p. 879.

¹⁵⁵ VIADA, Natacha G. Op. Cit. p. 71.

¹⁵⁶ CASSESE, Antonio. **International...** p. 37.

Os juízes dessas cortes, quando provenientes de países da *common law*, tendem a dar grande importância aos precedentes jurisprudenciais, ao passo que os juízes de países de ordenamento do *civil law* levam em consideração (ou ao menos fazem uma análise íntima) de outras fontes do Direito Internacional Penal (principalmente tratados, estatutos e princípios de direito internacional)¹⁵⁷.

Para Mazzuoli¹⁵⁸, “embora a jurisprudência não crie propriamente o direito, o que ocorre é que ela *favorece* a criação de um novo direito com o passar do tempo de sua atuação no plano internacional, inclusive a criação de regras costumeiras internacionais”.

Na prática os tribunais internacionais utilizam, com frequência, precedentes, decisões interlocutórias e sentenças como forma de interpretar e fundamentar seus posicionamentos. São empregadas tanto decisões anteriores do próprio tribunal que está julgando um caso, como decisões de outros tribunais internacionais.

Luciana Boiteux¹⁵⁹ explana sobre a utilização das jurisprudências do TPI e de outros tribunais internacionais:

Além destas, a jurisprudência do TPI também constitui fonte de direito, na forma do artigo 21 (2), que prevê a aplicação de *princípios e normas de direito tal como já tenham sido interpretados em decisões anteriores*, aspecto que denota a influência do sistema da *common law* na elaboração do Estatuto. Ao interpretarmos o artigo em referência, vemos que a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* da antiga Iugoslávia e de Ruanda pode também ser considerada como fonte de direito, no que não confrontar as regras próprias do ETPI. As decisões destes tribunais, aliás, serão muito úteis na interpretação do ETPI, tendo em vista não só a prática corrente destas Cortes, que já funcionam há alguns anos, como pela semelhança entre os respectivos Estatutos.

O Tribunal Penal Internacional, por mais que ainda não tenha proferido nenhuma sentença terminativa de mérito para que possa se fazer uma análise, utiliza frequentemente decisões de outros tribunais internacionais em decisões preliminares e interlocutórias.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 20.

¹⁵⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. Cit. p. 39.

¹⁵⁹ BOITEUX, Luciana. Os Princípios Penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à Luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (coord.). **Direito penal Internacional, Estrangeiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91-114. p. 99.

No caso *Prosecutor v. Germain Katanga*¹⁶⁰, a *Pre-trial Chamber I*, decidiu por reunir os processos de dois acusados, justificando no respeito ao princípio da economia processual, minimizar o impacto em testemunhas que são compartilhadas, evitar a duplicação de provas, dentre outros motivos. Essas questões já haviam sido enfrentadas pelo TPII e pelo TPIR. Dessa sorte, para fundamentar a decisão de reunir os processos, o TPI citou diversas decisões dessas cortes, além de algumas próprias decisões anteriores¹⁶¹.

Já no caso *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen*¹⁶², o TPI decidiu terminar o processo contra o acusado Raska Lukwiya, uma vez que o objetivo do processo criminal é determinar a responsabilidade individual e que a Corte não pode exercer jurisdição sob alguém que tenha falecido. Um dos argumentos utilizados foi justamente o precedente, classificado na decisão como “relevante”¹⁶³, de julgamentos da mesma espécie pelo Tribunal Penal Internacional para antiga Iugoslávia¹⁶⁴.

As decisões dos tribunais internacionais são importantes fontes que demonstram não somente como, na prática judicial, o DIP é aplicado, mas também é utilizado, sobremaneira, para pacificar questões que não tenham previsões expressas nos estatutos e tratados internacionais.

¹⁶⁰ Caso número ICC-01/04-01/07. Pre-trial Chamber I. Tribunal Penal Internacional. Decisão sobre a formação do litisconsórcio passivo contra Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui. 10 de março de 2008.

¹⁶¹ Jurisprudências citadas: *The Prosecutor v. Mejkic et al* [IT-95-4], TPII; *The Prosecutor v. Theoneste Bagaosora* [ICTR-96-7], TPIR; *The Prosecutor v. Gratiën Kabihgi and Aloys Ntabakuze* [ICTR-97-34] and [ICTR-97-30], TPIR; *The Prosecutor v. Anatole Nsengiyumva* [ICTR-96-12], TPIR; *The Prosecutor v. Vujadm Popovic et al* [IT-02-57], TPII; *The Prosecutor v. Mejkic et al* [IT-95-4], TPII; *The Prosecutor v. Mejkic et al* [IT-95-4], TPII; *The Prosecutor v. Delalic et al* [IT-92-21-T]; *The Prosecutor v. Kayishema* [ICTR-95-1-T], TPIR; *The Prosecutor v. Bagaosora et al* [ICTR-96-7], TPIR; ICC-01/04-01/07-195, TPI; ICC-01/04-01/07-195, TPI; *The Prosecutor v. Popovic et al* [IT-02-57]; *The Prosecutor v. Kayishema* [ICTR-95-1-T], TPIR; *The Prosecutor v. Kovacevic et al* [IT-97-24-AR73], TPII; *The Prosecutor v. Barayagwiza* [ICTR-97-19-I], TPIR; *Prosecutor v. Brdamn and Talie* [IT-99-36-T], TPII; *Prosecutor v. Simic et al* [IT-95-9-PT], TPII.

¹⁶² Caso número ICC-02/04-01/05. Pre-trial Chamber II. Tribunal Penal Internacional. Decisão de terminar o processo em relação ao acusado Raska Lukwiya. 11 de julho de 2007.

¹⁶³ “Noting the relevant case-law of the ad hoc tribunals, in particular of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia” Caso número ICC-02/04-01/05. Pre-trial Chamber II. Tribunal Penal Internacional. Decisão de terminar o processo em relação ao acusado Raska Lukwiya. 11 de julho de 2007.

¹⁶⁴ Jurisprudências citadas: *Prosecutor v. Janko Bobetko* [IT-02-62-I]; e *Prosecutor v. Momir Talic* (IT-00-36/1-T).

Para Werle¹⁶⁵, “el derecho penal internacional aplicable va siendo definido de forma constante por la jurisprudencia de los tribunales internacionales” fazendo com que as decisões dos tribunais internacionais constituam importantes meios auxiliares de determinação do direito.

1.3.3.6 Doutrina e outras fontes

De forma subsidiária, pode-se apontar a doutrina internacional como fonte de DIP, principalmente como meio de aplicação e interpretação das normas. O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça chama de “a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”¹⁶⁶.

Também pode-se visualizar a aplicação, interpretação e influência da doutrina internacional nas decisões dos tribunais internacionais, assim como na própria elaboração dos estatutos, resoluções, convenções, etc.

Cassese¹⁶⁷ afirma que a doutrina internacional contribui de maneira significativa para elucidação das normas internacionais. E, sobre o desenvolvimento dos estudos internacionais, Rezek¹⁶⁸ assevera que “toda tese que obtenha o consenso doutrinário é de ser vista como segura, seja no domínio da interpretação de uma regra convencional, seja naquele da dedução de uma norma costumeira ou de um princípio geral do direito.”

Além da doutrina, o próprio ER (art. 21, 3) pontua que a interpretação e aplicação das normas devem ser de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Assim, considera-se como fonte de DIP, todo sistema de direitos humanos, sua normatização e estudos, dentre eles as diversas declarações de direitos humanos, resoluções, relatórios e estatutos.

¹⁶⁵ WERLE, Gerhard. Op Cit. p. 123.

¹⁶⁶ BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.** Coleção de Leis do Brasil. 1945.

¹⁶⁷ CASSESE, Antonio. **International...** p. 37.

¹⁶⁸ REZEK, José Francisco. Op. Cit. p. 145.

1.4 CRIMES INTERNACIONAIS

O Estatuto de Roma tipificou e possui competência *ratione materiae* para o julgamento dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão¹⁶⁹.

Por mais que esses sejam os crimes reputados como mais graves pela comunidade internacional (até mesmo porque podem ser considerados **gêneros** de uma série de outras graves condutas lesivas **espécies**), este rol não é restritivo em relação ao DIP.

Historicamente, os crimes internacionais surgiram inicialmente pelo direito costumeiro internacional, sendo a pirataria o primeiro crime reconhecido (em meados dos anos 1600)¹⁷⁰.

Contudo, principalmente a partir da década de 50 que os países, muitas vezes por intermédio da Organização das Nações Unidas, passaram a discutir e aplicar resoluções em relação aos mais diversos crimes internacionais. Em 1947 foi dado ao CDI a responsabilidade de desenvolver um “Código Penal Internacional”¹⁷¹, entretanto o resultado foi “engavetado”, nunca tendo se chegado a um acordo sobre seu conteúdo¹⁷².

Independente de não haver ainda um Código Penal Internacional, diversos acordos e tratados com conteúdo de responsabilização criminal individual foram celebrados nas últimas décadas. Bassiouni identificou 267 Convenções que possuem características de constituição de crimes internacionais¹⁷³.

¹⁶⁹ “Artigo 5º. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão.” BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002.

¹⁷⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. **International Criminal Law**. Vol. 1. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 129.

¹⁷¹ *Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind*. (Documento da ONU número A/519, 1947).

¹⁷² BASSIOUNI, M. Cherif. **International...** p. 131.

¹⁷³ *Ibidem*. p. 134.

O mesmo autor, considerando os elementos e características dos crimes internacionais, categoriza-os em 28 espécies de crimes internacionais, quais sejam: (1) agressão; (2) genocídio; (3) crimes contra a humanidade; (4) crimes de guerra; (5) posse ou emprego ilegal de armas; (6) roubo de material nuclear; (7) mercenarismo; (8) *apartheid*; (9) escravidão; (10) tortura e outras formas de cruel, desumano ou tratamento degradante; (11) experiências ilegais com seres humanos; (12) pirataria; (13) sequestro de aeronaves e atos ilegais contra a segurança aérea internacional; (14) atos ilegais contra a segurança da navegação marinha e a segurança de plataformas em alto mar; (15) ameaça ou uso de força contra pessoa internacionalmente protegida; (16) crimes contra as Nações Unidas ou seus funcionários; (17) tomada de reféns civis; (18) uso ilegal de correspondências; (19) ataques com explosivos; (20) financiamento do terrorismo; (21) tráfico de drogas e crimes relacionados a drogas; (22) crime organizado; (23) destruição e/ou roubo de tesouros nacionais; (24) atos ilegais contra elementos ambientais protegidos internacionalmente; (25) tráfico internacional de materiais obscenos; (26) falsificação; (27) interferência ilegal de cabos submarinos; e (28) corrupção de servidores públicos estrangeiros¹⁷⁴.

Esses crimes estão previstos em convenções, acordos e resoluções internacionais, mas não necessariamente possuem implicações sancionatórias diretas, sendo que normalmente resta prevista norma mandamental para que os Estados atuem e reprimam (ao menos internamente) tais condutas.

Obviamente que os crimes internacionais mais graves e que mais abalam a comunidade internacional são aqueles cujos tribunais penais internacionais e, mais recentemente o TPI, possuem competência para atuar¹⁷⁵.

1.4.1 Genocídio

¹⁷⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction...** p. 116.

¹⁷⁵ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. “Artigo 5º. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão.”

Conforme salienta Lyal Sunga, o art. 6º do ER, que tipifica o crime de genocídio, transcreveu *ipsis literis* o art. 2º, da Convenção para Prevenção e Punição para o Crime de Genocídio de 1948¹⁷⁶, a qual surgiu “por força do contexto histórico que envolveu a Segunda Guerra Mundial e, designadamente, o extermínio do povo judeu”¹⁷⁷. O texto legal também está previsto no art. 4º do Estatuto do Tribunal para ex-Iugoslávia e no art. 2º do Estatuto do Tribunal para Ruanda.

Dessa forma, a redação adotada, ao não inovar na definição, possibilita a otimização “das perseguições nas justiças nacionais ou numa Corte internacional”¹⁷⁸.

O crime de genocídio, de acordo com o ER, resta caracterizado por qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir (em todo ou em parte) um grupo nacional, étnico, racial ou religioso: (1) homicídio de membros do grupo; (2) causar graves lesões corporais ou mentais aos membros do grupo; (3) infligir deliberadamente no grupo condições de vida com o intuito de causar destruição física; (4) impor medidas com o objetivo de prevenir nascimentos dentro do grupo; e (5) transferência forçada de crianças de um grupo para outro grupo.

1.4.2 Crimes Contra Humanidade

Ao contrário do genocídio, o qual sua tipificação já se encontrava definida em um tratado multilateral, a caracterização do que seriam “crimes contra a humanidade” foi objeto de intensos debates na Conferência de Roma¹⁷⁹.

Importante a conceituação de Jeschek, o qual ensina que os crimes contra a humanidade são crimes graves contra as garantias mínimas da dignidade humana, principalmente contra a vida, integridade corporal e liberdade¹⁸⁰. Ademais, além deste crime ter por característica o respaldo estatal quando do seu cometimento, possui como pressuposto que aquelas condutas delitivas sejam decorrentes da nacionalidade

¹⁷⁶ SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-219. p. 198.

¹⁷⁷ SOUZA, Susana Aires de. Op. Cit. p. 798.

¹⁷⁸ SUNGA, Lyal S. Op. Cit. p. 198.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 201.

¹⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 133.

da vítima ou por ela ser parte de algum grupo social, comunidade cultural, raça, religião ou convicção política.

Para Susana Aires de Souza, “o conceito de crime contra humanidade tem evoluído, fruto do amadurecimento do direito humanitário, das decisões proferidas pelos tribunais internacionais e dos estudos e escritos publicados pela doutrina”¹⁸¹.

Ao final, a redação do art. 7 do ER, definiu como **crimes contra a humanidade** qualquer dos atos a seguir, quando cometidos no quadro de um ataque (generalizado ou sistemático) contra qualquer população civil: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de uma população; (5) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação às normas fundamentais do direito internacional; (6) tortura; (7) violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; (8) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional; (9) desaparecimento forçado de pessoas; (10) *apartheid*; (11) outros atos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física.

1.4.3 Crimes de Guerra

Não obstante a utilização de “crimes de guerra” com diferentes acepções, desde o entendimento como sendo qualquer conduta punível cometida durante uma guerra ou conflito armado, até para a caracterização das violações de direito humanitário, “se utiliza la expresión para caracterizar delitos de derecho internacional cometidos en conexión con conflictos armados, aunque en el caso concreto se haya tratado de crímenes de lesa humanidad o de genocidio”¹⁸².

¹⁸¹ SOUZA, Susana Aires de. Op. Cit. p. 801.

¹⁸² WERLE, Gerhard. Op. Cit. p. 546.

Historicamente os crimes de guerra se remetem às quatro Convenções de Genebra.

Para Jeschek, crimes de guerra são todos os delitos graves de Direito internacional de guerra que são cometidos por membros pertencentes a uma potência bélica contra combatentes, civis ou mesmo bens materiais de outro Estado (seja Estado inimigo, vencido ou em uma zona o ocupada)¹⁸³.

Gerhard Werle expõe ainda uma definição jurídica menos restritiva, afirmando ser crime de guerra toda violação de uma norma de direito humanitário cuja responsabilização criminal seja oriunda diretamente do direito internacional humanitário¹⁸⁴.

A tipificação exposta no ER, em seu art. 8, prevê um extenso rol de condutas como crimes de guerra, sempre quando cometidas como componente integrante de um plano, política ou parte de prática em grande escala, dentre eles os seguintes gêneros: (1) violações graves às Convenções de Genebra, a saber, atos dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da dita convenção; (2) outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional; (3) em caso de conflito armado que não seja de índole internacional (por exemplo, em conflitos internos ou guerras civis), consideram-se crimes de guerra atos cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido à doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo; e, (4) outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, mas no quadro do direito internacional.

1.4.4 Crime de Agressão

Quando a elaboração e discussões multilaterais para o Estatuto de Roma tomaram parte, as delegações nacionais consentiram na importância de dotar o

¹⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. Ed. Granada: Comares, 2002. p. 133.

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 547.

Tribunal Penal Internacional da competência para o julgamento do *crime de agressão*. Contudo, não se chegou a um consenso nem sobre a sua definição, nem sobre como a jurisdição poderia ser exercida (uma vez que, principalmente, afetaria na mitigação de poderes do Conselho de Segurança, o qual, pela Carta da ONU, possui o poder de determinar a existência do *ato de agressão*)¹⁸⁵.

De qualquer forma, demonstrando a importância de se reconhecer, tipificar criminalmente e, ainda, respeitando o princípio da individualização da conduta, o *crime de agressão* constou no rol dos crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (artigo 5º, do Estatuto de Roma), todavia com a ressalva de que a jurisdição somente seria exercida após ser adotada uma resolução que conceituaria adequadamente o crime, bem como a forma de exercício da jurisdição de acordo com as provisões Carta das Nações Unidas, o que seria feito na Conferência de Revisão¹⁸⁶.

A Conferência de Revisão do Estatuto de Roma aconteceu em junho de 2010, na Uganda, e objetivou a discussão de propostas para emenda do Estatuto, bem como a elaboração de um balanço sobre o funcionamento do TPI, uma vez que ainda é um tribunal considerado novo.

O tema de maior discussão, desde os trabalhos preparatórios da Conferência de Revisão, foi sobre a ativação ou não da jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão, assim como em relação à própria conceituação e requisitos para a jurisdição.

A Resolução 6 (seis) da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, datada de 11 de junho de 2010, resolveu ativar a jurisdição do TPI para o julgamento do crime de agressão e, para isso: (1) tipificou o crime de agressão, acrescentando o artigo 8º, *bis*, no Estatuto de Roma com esta finalidade; (2) determinou os elementos que constituem o crime de agressão; e (3) indicou as condições para o exercício da jurisdição.

Desta forma, passou a ser considerado crime de agressão o planejamento, preparação, iniciação ou execução, por uma pessoa na posição de exercício de controle ou direção de ação política ou militar de um Estado, de um *ato de agressão* que pelo

¹⁸⁵ KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. Op. Cit. p. 33.

¹⁸⁶ Idem.

seu caráter, gravidade ou escala constitui uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas¹⁸⁷.

Ainda, em seu parágrafo segundo, o artigo define *ato de agressão* como sendo o uso de forças armadas por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra maneira inconsistente com a Carta das Nações Unidas. Além disso, também restaram exemplificados, não de forma exaustiva, determinados atos como sendo agressão¹⁸⁸.

Apesar da tipificação do crime, três características devem ser apontadas: a opção *opt-out*, a competência territorial e o período para ativação da jurisdição.

Primeiramente, a Conferência de Revisão previu a opção *opt out*, ou seja, Estados Partes do ER, desde que apresentem declaração prévia ao Tribunal, podem optar por não estarem sob a jurisdição do TPI em casos de crime de agressão¹⁸⁹.

Em segundo lugar, o crime de agressão somente poderá ser investigado quando tanto o Estado territorial quanto o Estado nacional do suposto autor do crime seja parte do Estatuto (e não tenha feito a opção *opt out* supra citada)¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Resolução 6 (RC/Res.6), aprovada por consenso na 13ª sessão plenária de 11 de junho de 2010.

¹⁸⁸ Atos qualificados como “atos de agressão”, conforme § 2º, artigo 8º, do Estatuto de Roma, após a Resolução 6:

“a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.”

¹⁸⁹ TRAHAN, Jennifer. The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference. **International Criminal Law Review**. vol. 11. 2011. p. 49-104. p. 94.

¹⁹⁰ REYES, Michelle. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma: Estados Partes adoptan crimen de agresión. **Panorama Mundial: Boletín Electrónico del IDEI**. n. 9. Jul/ago 2010. p. 2.

Por último, a jurisdição do TPI somente será ativada pelo crime de agressão após a ratificação da Revisão por trinta países e depois do dia 1º de janeiro de 2017 (o que ocorrer depois)¹⁹¹.

¹⁹¹ Ibidem. p. 3.

2 FUNÇÃO DAS PENAS

A função do Direito Penal está intimamente ligada à função da sanção penal. Para Figueiredo Dias, a discussão a respeito da finalidade da pena criminal é tão antiga quanto à da própria história do Direito Penal¹⁹². Ao discutir o Direito Penal e suas consequências coercitivas, discute-se, na verdade, toda a teoria penal¹⁹³.

O estudo das medidas repressivas no âmbito do sistema penal ganha contornos críticos por tratar-se de uma dimensão punitiva com sérias consequências aos indivíduos e à própria sociedade¹⁹⁴. A sanção penal afeta diretamente a liberdade, a dignidade e a vida dos cidadãos.

Numa visão tradicional, o Direito Penal historicamente é utilizado como instrumento a possibilitar a convivência pacífica da sociedade¹⁹⁵, protegendo os bens-jurídicos (valores) essenciais¹⁹⁶. Contudo, hodiernamente percebe-se o emprego do Direito Penal para manutenção das classes socioeconômicas dominantes no poder¹⁹⁷. Entretanto, esta crítica recorrente no plano doméstico, torna-se abrandada no internacional¹⁹⁸.

¹⁹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit. p. 43.

¹⁹³ Bustos Ramirez assevera que até mesmo a estruturação da teoria do delito é influenciada diretamente pela concepção da pena. RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 13.

¹⁹⁴ Sobre o tema, ver lição de Winfried Hassemer. HASSEMER, Winfried. **Crítica del Derecho Penal de Hoy**. Trad. Patricia Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 18, et. seq.

¹⁹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. p. 2.

¹⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

¹⁹⁷ Ou, conforme Álvaro Pires, a manutenção da estrutura da sociedade: “a função do direito penal seria a de manter a estrutura do direito penal tal qual (adaptando-a aqui e ali as condições do entorno sem destruir o seu próprio desenho) e, assim, manter (ou mais modestamente: contribuir a manter) a estrutura da sociedade tal qual.” PIRES, Álvaro. A Fase Bélica das Formações Sociais do Capitalismo Pós-Industrial e Globalizado: do Sistema Penal Regular à Eliminação das Garantias dos Direitos Fundamentais – as Sombrias Perspectivas a Partir de Guantánamo. In: KARAM, Maria Lúcia. (org.) **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 191-220. p. 198.

¹⁹⁸ A crítica, cada vez mais recorrente fora dos eixos das grandes potências, refere-se ao fato de que o Tribunal Penal Internacional estaria julgando e investigando somente países considerados marginalizados, sobremaneira países Africanos não alinhados com os países do Conselho de Segurança.

Considerando que, inegavelmente, a sanção penal cumpre um papel social básico¹⁹⁹, as doutrinas nacionais, principalmente dos países ocidentais, desenvolveram diversas teorias com o intuito de explicar as finalidades das penas, bem como racionalizá-las com a delimitação de seus objetivos. Essas teorias sempre foram influenciadas pela ideologia dominante em dado momento histórico.

Conforme afirma Uri Shild²⁰⁰ sobre as finalidades das sanções, “diferentes pessoas possuem diferentes pontos de vistas relativas aos conceitos de sanções, e que a sociedade também pode alterar suas visões também com o passar do tempo”, o que demonstra que tais conceitos e teorias estão constante evolução.

Historicamente sempre houve discussões e estudos para identificar o “por quê(?)”, “para que(?)” e “como(?)” castigar os indivíduos que cometeram alguma conduta considerada ilícita.

Qual é o motivo que leva a sociedade a punir alguém? Quando uma conduta deve ser considerada lesiva à sociedade ou à outro indivíduo a ponto de o Estado ter que punir o perpetrador? De que forma, se é que há necessidade, deve-se castigar?

Essas questões, diretamente ou indiretamente, pretendem ser respondidas pelas teorias das funções das sanções criminais, quais sejam: a teoria retribucionista (absoluta) e as utilitaristas (preventivas). Em linhas gerais, “a primeira estima o sofrimento do castigo como algo moralmente correto com a finalidade de expiar e compensar o mal causado, porque o sujeito merece, por ser culpado de ter cometido uma ofensa”²⁰¹, por sua vez, a utilitarista “é doutrina do tipo consequencialista, que considera que o único aspecto relevante de uma ação são as boas ou más ações e as consequências que produz”²⁰².

Contudo, lembra que

conquanto existente esta segmentação, não implica que as teorias absolutas também não considerassem o aspecto da prevenção, nem que as teorias relativas não aceitassem as características da retribuição. Tal distinção se faz pertinente em razão da atribuição de maior

¹⁹⁹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Trad. Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

²⁰⁰ SCHILD, Uri J. **Criminal Sentencing and Intelligent Decision Support**. Artificial Intelligence and Law. Doordrecht, v. 6., p. 151-202, 1998.

²⁰¹ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 174.

²⁰² Idem.

carga valorativa a certas características em detrimento de outras. Dessarte, apesar de uma das teorias considerar, de certo modo, aspectos característicos da outra, não os contempla a ponto de influir na própria existência ou finalidade da pena, mantendo, portanto, os atributos que lhes são peculiares.²⁰³

Importante também advertir que nenhuma dessas teorias possui aceitação irrestrita em todos os países. Desta sorte, varia no âmbito jurídico interno dos Estados a rejeição a uma ou outra teoria. Obviamente, já que cada país soberano possui valores culturais, religiosos, políticos e doutrinários próprios, a construção dos fins das penas também acompanha essa diversidade.

Assim, quando se trabalha com o Direito Internacional Penal, ramo no qual há a participação dos principais sistemas jurídicos do globo, é impossível definir uma única teoria que abranja o produto de todos os processos histórico-culturais.

Todavia, é possível identificar alguns pontos de congruência entre as finalidades das sanções elencadas pelos Estados soberanos e o Direito Internacional Penal.

Por uma questão metodológica, analisar-se-á as funções oficiais²⁰⁴ das penas elencadas pela doutrina nacional (suas concepções, teorias e críticas) para no próximo capítulo vislumbrar seus reflexos no DIP.

2.1 TEORIA ABSOLUTA

A teoria absoluta, também conhecida como retribuição (*retribution*) ou *just deserts* (em parte da doutrina da *common law*), possui como objetivo a compensação do mal efetuado pelo perpetrador do crime, como uma espécie de “expição”.

²⁰³ MATTA, Marcelo Cabistani da. **A sanção penal entre o crime e o potencial criminoso: uma abordagem jurídico-econômica da pena**. Porto Alegre: UFRS, 2008. Originalmente apresentada como dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 24.

²⁰⁴ No presente trabalho analisar-se-ão somente as “funções declaradas” ou “oficiais” da pena e não as “funções reais” destacadas pelas escolas criminológicas críticas. *Vide*: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* 472, et. seq.; WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

Mais antiga função identificada, a retribuição de um mal causado está presente no Código de Hamurabi (por volta do ano 1700 a.c.), assim como possui raízes no pensamento de Protágoras e Sêneca²⁰⁵. Nesta época, onde ainda havia a justiça privada, a pena é utilizada como vingança.

Na Idade Média, com a influência crescente da Igreja Católica, instituição soberana na época, comparou-se o crime a um pecado. Assim, o criminoso era equiparado a um pecador. A pena travestiu-se na função de expiação como para buscar o perdão divino. O condenado sofre a sanção penal para que seja perdoado por ter infringido a lei.

Baseado em ideais que confundem o Direito e a Moral, essa conceituação da pena se remete a três concepções: de vingança, de expiação e de reequilíbrio entre o delito e a pena²⁰⁶.

A retribuição é a teoria que popularmente possui maior aceitação, guardando o ideal simplista de que a pessoa que violou a lei deve ser punida por isto. A utilização dessa antiga teoria amplamente difundida possui singularidades quando aplicada no âmbito internacional.

Para os defensores desta teoria, a necessidade da justiça retributiva reflete no imperativo de conservação da sociedade e do ordenamento jurídico, uma vez que sem a pena retributiva os delitos aumentariam de tal modo que impossibilitariam a vida em sociedade²⁰⁷.

Percebe-se, entretanto, que a pena não possui uma função ulterior, ou seja, não há utilidade para a pena. Sanciona-se porque pecou. E justamente por isso, essa não utilização da pena para algo positivo, que a teoria sofre suas maiores críticas.

Historicamente diversos autores desenvolveram suas teorias baseadas na retribuição, dentre os quais, Francis Bredley, Giuseppe Bettiol, Pellegrino Rossi, Karl Binding. Contudo, Immanuel Kant e Friedrich Hegel, são considerados os autores principais desta teoria.

²⁰⁵ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: Parte general**. 1. vol. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 86.

²⁰⁶ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 182.

²⁰⁷ BERISTAIN, Antonio. **La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas**. Buenos Aires: De Palma, 1982. p. 51.

Nas teorias destes dois últimos autores, que serão brevemente analisadas a seguir, percebe-se uma confusão entre direito e moral, de forma que “en las doctrinas de derivación kantiana de la pena como ‘retribución ética’, justificada como el valor moral del imperativo violado y del castigo consecuentemente aplicado”²⁰⁸ e, por outro lado, “en las doctrinas de ascendencia hegeliana de la pena como ‘retribución jurídica’, justificada por la necesidad de reintegrar con una violencia opuesta al delito el derecho violado, el cual, a su vez, es concebido como valor moral o ‘substancia ética’”²⁰⁹.

2.1.1 A Retribuição Moral de Kant

Para Kant o direito de castigar é proveniente do direito que o soberano possui de punir o súdito, como consequência da sua violação da lei²¹⁰. Por essa definição pode-se vislumbrar duas características do castigo retributivo: a necessidade do cometimento de um crime anterior e o sofrimento como consequência da sanção²¹¹.

Dessa forma, para Kant, a justiça penal se arquiteta como um imperativo categórico, afastando a ideia da utilização da sanção com fins utilitaristas (mesmo que benéficos à sociedade)²¹², chegando ao ponto de afirmar que caso a sociedade civil seja dissolvida por decisão de seus membros, seu último ato deveria ser a de executar todos os assassinos em prisão, sob o risco de que todos sejam cúmplices de uma violação da justiça²¹³.

Assim, a sanção criminal “responde a uma necessidade absoluta de justiça (...) de um imperativo moral incondicional”²¹⁴, não havendo nenhuma finalidade política ou social posterior. Nas palavras de Kant “a punição imposta por um tribunal (...)

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 25-48. p. 32.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 190.

²¹¹ Idem.

²¹² Ibidem. p. 191.

²¹³ Ibidem. p. 192.

²¹⁴ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 3a. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil”²¹⁵.

Ao se contrapor as teorias utilitaristas, afirma que a punição precisa ser infligida ao criminoso “somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso (...)”²¹⁶.

Percebe-se que para o autor somente a pena de talião pode delimitar de forma adequada a qualidade e a quantidade da punição, sendo que qualquer outro princípio utilizado no momento da aplicação de uma sentença justa deve ser considerado inadequado²¹⁷.

2.1.2 A Retribuição Jurídica de Hegel

Friedrich Hegel afirmava que o ato criminoso reflete a vontade de um determinado indivíduo contraposta a vontade geral da sociedade. Sendo assim o “conceito de delito equivale à ação que provem de um ser livre, que é um ataque contra todos os seres livres”²¹⁸.

Se, através do ato criminoso, violam-se as instituições do próprio Estado, é necessário que o Direito seja restaurado. Essa restauração se dá com sanção criminal, a qual visa anular o delito cometido. Assim, em sendo “o delito uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; a pena é assim a negação da negação do direito representada pelo delito”²¹⁹.

Para Hegel o direito a sancionar é derivado “do respeito da dignidade pessoal e seria um direito natural, inalienável e absoluto, cuja negação implicaria a negação de todos os direitos e obrigações de caráter moral”²²⁰.

²¹⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 174.

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ Ibidem, p. 175.

²¹⁸ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit.. 197.

²¹⁹ QUEIROZ, Paulo. Op. Cit. p. 25.

²²⁰ Ibidem. p. 198.

A sanção criminal, em última análise, restaura a validade do direito, sendo uma necessidade lógica fundamental. Defendendo o caráter retributivo como necessidade de correlação valorativa entre o crime e a pena, Hegel, na obra *Princípios da Filosofia do Direito*, assevera que “a supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é a igualdade qualitativa, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor.”²²¹

2.1.3 Críticas e Considerações

Há uma forte corrente doutrinária contrária a retribuição e a ideia de que a pena encontra sua justificação em si mesma.

Sobre a retribuição possuir um caráter divino, Roxin²²² afirma que “*la idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el de sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del Pueblo*”.

De acordo com Figueiredo Dias²²³, a doutrina da teoria absoluta é “social-negativa” ao não permitir a socialização do agente e a restauração da paz jurídica na sociedade afetada pelo delito, além de impossibilitar qualquer pretensão preventiva da criminalidade.

Em relação a graduação da pena ser analisada pelo âmbito da gravidade da ofensa e não pela culpabilidade, Falcón y Tella assevera que

em condições sociais reais, o castigo retributivo é claramente imoral, pois o criminoso não costuma ser livre e autônomo, senão mais um bem um mero objeto de suas paixões e condicionamentos genéticos, familiares, socioeconômicos: a instabilidade psicológica, as

²²¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 90.

²²² ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I. Madrid: Civitas, 2007. p. 84.

²²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 48.

carências afetivas e culturais vividas durante a infância, a marginalização social e as situações subjetivas de necessidade, ao que alguns acrescentam o corrupto sistema.

Shecaira²²⁴, por exemplo, assevera que em um Estado Democrático de Direito, a retribuição desrespeita a dignidade humana, uma vez que não se pode compensar um mal cometido com um segundo mal.

Apesar das fundamentadas críticas a teoria absoluta alicerça a ideologia da culpabilidade como limite da pena. Assim, se ao punir o autor de um crime estar-se-ia retribuindo um mal, aquele mal (justo) deve ser proporcional ao mal (injusto) cometido pelo condenado.

Essa proporcionalidade surge, ao menos, como um limite na aplicação da pena. É dizer que se o crime cometido for de baixa gravidade, basta uma pena de baixa gravidade para ocorra a punição justa do condenado. A sanção a ser aplicada deve guardar estreita congruência com o resultado do delito praticado.

Para Paulo Queiroz a retribuição possui como legado principal “a proteção da sociedade por meio da pena, [a qual] quando necessária, deve dar-se sempre de maneira justa”²²⁵.

A proporcionalidade entre o castigo e a ofensa seria “a única razão moralmente aceitável para o retribucionismo em ordem a castigar uma pessoa”²²⁶. Isso porque “toda retribuição de um mal com a aplicação de dor que não repare em consequências futuras é pura vingança”²²⁷.

Em decorrência da proporcionalidade da sanção e da pena, ainda há países (v.g. Estados Unidos, China, países Árabes) que utilizam a pena de morte como sanção pelo cometimento de crimes graves.

Se hoje, ao menos nos países de tradição romanística, a retribuição pura praticamente não possui defensores, deve-se reconhecer que a pena, inexoravelmente, possui uma essência retributiva.

²²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.

²²⁵ QUEIROZ, Paulo. Op. Cit. p. 28.

²²⁶ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 183.

²²⁷ Idem.

Nos países da *common law* esta teoria possui inúmeros defensores, sendo uma doutrina que sustenta a punição para os perpetradores de crimes como forma de justiça para a vítima, justiça para outros que também foram punidos por terem cometido a mesma conduta anteriormente e até mesmo justiça para o próprio criminoso, pois será responsabilizado pelos seus atos²²⁸.

2.2 TEORIAS RELATIVAS

As teorias relativas, também conhecidas como preventivas, hodiernamente são as mais defendidas pelas doutrinas nacionais. Mesmo os autores que argumentam pela redução da sanção, uma vez que esta é contraditória ao modelo garantista, admitem seu papel de prevenção de crimes²²⁹.

Nessas teorias, como não poderia ser diferente, a pena continua sendo um malefício para quem a sofre, contudo ela não é um fim em si mesmo²³⁰, ou seja, possui uma finalidade extrínseca importante no âmbito político-criminal, qual seja, o da prevenção de outros crimes. Atua, portanto, preferencialmente anteriormente ao cometimento do delito, buscando evitar que outros indivíduos adentrem no campo da ilicitude (prevenção geral).

Não obstante serem profundamente estudadas na atualidade, as teorias preventivas remontam há séculos.

O marco teórico da utilização da pena para prevenção de delitos é a obra de Cesare Beccaria, *Dei Delitti e Delle Pene*²³¹, de 1764. De ideal iluminista e influenciado pela escola de pensamento contratualista, a obra de Beccaria inicia um movimento embrionário em busca da humanização das penas.²³²

²²⁸ PODGOR, Ellen. S.; et al. **Mastering Criminal Law**. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 38.

²²⁹ PUIG, Santiago. Función Fundamentadora y Función Limitadora. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 49-58. p. 57.

²³⁰ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz Op. Cit. p. 87.

²³¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

²³² Vide: BUSATO, Paulo César. (org.) **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Na acepção de Beccaria, a sanção criminal e seus métodos de aplicação devem ser eleitos almejando a produção de efeitos eficazes e duradouros nos espíritos dos cidadãos, coagindo-os psicologicamente para que se abstenham de cometerem crimes²³³.

A ideia principal consiste na afirmação de que a finalidade das penas “não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir outros de fazer o mesmo”²³⁴.

As teorias preventivas são decompostas nas teorias da prevenção geral positiva e negativa; e nas teorias da prevenção especial positiva e negativa.

Todas elas buscam, na esteira da escola utilitarista, empregar racionalmente a punição com o intuito de algo benéfico para a sociedade. Dessa sorte, a fundamentação da punição não ocorre no próprio ato de punir, como uma retribuição, mas sim na utilização da sanção para evitar que outras pessoas venham a cometer crimes, ou evitar que o próprio criminoso volte a delinquir.

2.2.1 Teoria da Prevenção Geral

Pode-se caracterizar a teoria da prevenção geral como sendo um instrumento que almeja agir psiquicamente nos membros da sociedade, fazendo-os com que se abstenham da prática de crimes, por intermédio da ameaça da aplicação e por meio da percepção da efetividade e vigência da lei penal.

Essa ameaça criaria na mente dos potenciais delinquentes, motivos fortes suficientes para afastá-los das práticas criminosas, uma vez que o mal da pena seria superior às vantagens obtidas com o resultado do delito²³⁵.

²³³ BOZZA, Fabio da Silva. Prevenção Geral Negativa e as Contribuições da Obra de Beccaria. In: BUSATO, Paulo César. (org.) **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 177-210. p. 182.

²³⁴ *Ibidem*. p. 85.

²³⁵ “Esta teoria tem em ANSELM V. FEUERBACH, o fundador da moderna ciência alemã do direito penal, o seu mais famoso representante, o qual nos princípios do século XIX baseou o seu influente sistema, com largas consequências, no pensamento da intimidação geral.” ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Coleção Vega Universidade, 2004. p. 23.

Ao contrário da teoria da prevenção especial que atua nos próprios indivíduos perpetradores de crimes, a teoria da prevenção geral agiria na coletividade ao reafirmar o valor da norma violada (prevenção geral positiva), ou dissuadindo os demais membros da sociedade a cometer tais crimes (prevenção geral negativa).

2.2.1.1 Prevenção geral negativa

De acordo com esta teoria, também chamada de intimidação ou de *deterrence* (no direito anglo-saxão), a finalidade da sanção deve ser a de castigar o criminoso, utilizando-o como exemplo aos demais membros da sociedade. Ou seja, ao considerar que as pessoas são potenciais criminosos, a pena deve servir para dissuadi-las do cometimento de crimes, passando uma mensagem no sentido de que “caso você cometa um crime, serás castigado, assim como ‘este’ indivíduo está sendo”.

Nesta vertente, a prevenção atuaria de uma forma negativa exemplificativa, ou seja, ao punir um indivíduo, os potenciais delinquentes perceberão que aquele foi efetivamente castigado e, assim, abster-se-ão de práticas delitivas, por temerem ser punidos de maneira semelhante.

Essa intimidação também ocorreria na chamada criminalização primária. Assim, ao considerar determinada conduta como criminosa, tipificando-a em lei válida, as pessoas da comunidade seriam coibidas a praticar tais condutas. Da mesma maneira, ao agravar a pena de determinada conduta, causaria uma ameaça às pessoas de serem apenadas severamente.

Para Falcón y Tella²³⁶, “esta é a função prática de todas as normas jurídicas: orientar os comportamentos estabelecendo efeitos jurídicos agradáveis para sua observação ou desagradáveis para sua omissão”.

Isso é sentido na política-criminal levada à cabo por diversos países, em especial no Brasil. É recorrente os casos em que condutas são criminalizadas ou tem suas penas agravadas quando algum crime choca a opinião pública. Essa política

²³⁶ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 207.

considera que leis criminalizadoras possuem o condão intimidatório, o que, na verdade, é uma ilusão²³⁷.

Ademais, a prevenção geral negativa traz, por si só, outras características indesejadas e perigosas.

A primeira delas é que o meio que se alcança essa teoria é o do exemplo. Ou seja, claramente tenta-se dissuadir potenciais criminosos a cometerem crimes, por intermédio de condenações exemplares de acusados em situações similares.

Dessa sorte chega-se a um limiar sutil entre se fazer o justo, com penas decorrentes diretamente da responsabilidade individual e, por outro lado, o peso de ter que mostrar a comunidade que os indiciados estão sendo punidos de maneira exemplar.

Assim, a intimidação pela exemplificação pode levar a “castigos discricionários e desiguais, dependendo do alarme social ou das conveniências políticas, com respeito às quais o condenado está destinado a servir de bode expiatório sob o maquiavélico princípio inspirador da ação política de que o *fin* justifica os meios, que ao reduzir a razão jurídica à razão política ou de Estado tem como resultado inevitável o *terrorismo penal*.”²³⁸

Fácil perceber que a possibilidade de se cometer injustiças, seja por condenações precipitadas, seja pela aplicação de penas abusivas, é legítima.

Ademais, como Beccaria já afirmava, não seria a severidade das penas, mas a sua infalibilidade que evitaria o cometimento de delitos: “a certeza de um castigo, se

²³⁷ Além de ser uma ilusão, a utilização transviada da lei para diminuição da criminalidade, possui como lamentável consequência a mitigação de direitos fundamentais, uma vez que a punição (e não o Estado de Direito) é colocada como objetivo: “O desenvolvimento desenfreado de uma política criminal voltada à criação irracional de normas criminalizadoras aproxima o Estado a um caos jurídico-penal. Caos que desrespeita a Constituição e seus princípios. Caos que representa a desvalorização dos preceitos básicos e basilares dos direitos fundamentais e da democracia.” SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. O Princípio da Reserva de Código e a Inflação Legislativa no Estado Democrático de Direito. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias. (Org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil**. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 411-426. p. 422.

²³⁸ *Ibidem*. p. 209.

bem que moderado, causará sempre uma maior impressão do que o temor de um outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade”²³⁹.

Crítica-se a utilização unitária desta teoria o fato de ela transformar um condenado em “exemplo”. Caso a pena seja aplicada com a finalidade exclusivamente simbólica, conforme Zaffaroni²⁴⁰, “será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, ‘coisifica’ um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos”.

Outra crítica importante a essa teoria é a impossibilidade de comprovação empírica de sua eficácia²⁴¹, haja vista que os crimes sempre aconteceram e sempre acontecerão. Ou seja, não há como medir a eficácia da intimidação no inconsciente (e consciente) das pessoas.

A prevenção geral negativa possui um potencial de eficácia restrito. Caso as pessoas efetivamente se sentissem intimidadas com as punições aplicadas e com a ameaça de punição (ou mesmo pelas penas graves previstas nas leis), certamente não haveria criminalidade. Pode-se afirmar que cada vez que algum crime ocorre, a intimidação não foi suficiente. Cada crime praticado é uma “prova” de que a teoria não funciona²⁴².

A doutrina salienta que essa intimidação funcionaria somente para certos delinquentes em potencial e para a maioria dos cidadãos que estão dispostos a agir de

²³⁹ BECCARIA, Cesare. Op. Cit. p. 115.

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit.. p. 107.

²⁴¹ Para Baratta: “Por lo que se refiere a la teoría de la prevención general negativa, los resultados de las investigaciones realizadas sobre el control empírico de la misma pueden resumirse del siguiente modo: la realización efectiva de la función disuasiva de la pena no esta empíricamente demostrada. Se puede incluso pensar razonablemente, en base a consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable.” BARATTA, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias em la Legitimación del Derecho Penal. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 77-92. p. 85.

²⁴² Claus Roxin, no entanto, ao discorrer sobre essa ideia, afirma que “a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, puede contraponerse siempre que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo com el Derecho”. ROXIN, Claus. **Derecho...** p. 92.

acordo com a lei, mas não em casos de crimes cometidos por impulsos²⁴³, por exemplo, ou de criminosos contumazes.

Por derradeiro, ao aceitar cegamente os ideais da prevenção geral negativa no que diz respeito a intimidação pela lei e pena criminal, pode-se chegar facilmente ao *terrorismo penal legislativo*²⁴⁴. Assim, erroneamente aplicam-se penas cada vez mais elevadas com o intuito de diminuição da criminalidade²⁴⁵.

Nesta esteira também o ensinamento de Shecaira²⁴⁶, o qual afirma que tal teoria “tende a criar um clima de terror”, para depois concluir que se o Estado pune o criminoso com a finalidade de inculcar medo na sociedade, “a pena não está apoiada na culpabilidade, mas se restringindo a uma ação de intimidação através da punição exemplar daquele que cometeu o ato ilícito”, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

2.2.1.2 Prevenção geral positiva

Cresce, hodiernamente, a doutrina que fundamenta a sanção criminal na necessidade de restaurar a fé jurídica da sociedade abalada pelo delito.

Figueiredo Dias²⁴⁷ ensina que, na teoria da prevenção geral positiva (também chamada de integradora), a pena serve para “manter e reforçar a *confiança* da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, (...) e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequado às normas”.

²⁴³ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 205.

²⁴⁴ Ibidem. 208.

²⁴⁵ De entendimento contrário, por exemplo, Steven Levitt, o qual assevera que o endurecimento das penas criminais possui fundamentação empírica na diminuição da criminalidade. In: LEVITT, Steven D.; KESSLER, Daniel. Using Sentence Enhancements to Distinguish Between Deterrence and Incapacitation. **Journal of Law and Economics**. Chicago, v. 42, n. 1, p. 343-363, abr. 1999. p. 341.

²⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. p. 131.

²⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 51.

Segundo Jakobs, o qual recusa o emprego da denominação “prevenção geral positiva”²⁴⁸, a função da sanção é a de confirmar a realidade das normas, ou seja, existe para caracterizar o delito como delito²⁴⁹, mantendo a realidade social²⁵⁰.

Nesta esteira a função da pena seria de “estabilizar as expectativas normativas ao demonstrar à sociedade que, apesar de ter sido violada certa expectativa, em certo lugar, em dado momento, por determinado indivíduo, a sociedade pode seguir confiando nesta expectativa e nela continuar pautando sua conduta.”²⁵¹

Quando um delito é cometido quebrar-se-ia a paz jurídica em dada coletividade. Contudo, ao aplicar e castigar o autor do crime, essa paz seria reparada, passando a ideia de que a lei vige e é eficaz. Assim, a teoria sustenta que a pena presta para “infundir na consciencia coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo a integração social finalmente”²⁵².

Isso resolve uma das críticas em relação a prevenção geral negativa, uma vez que não se considera a pena com o fim de intimidação – o que vai levar invariavelmente a sua aplicação à máxima graduação –, mas “como resultado de eficaz atuação da justiça e da consciência que a sociedade passará a ter sobre esta realidade”²⁵³.

Surge na doutrina duas tendências na prevenção geral positiva²⁵⁴: a **tendência fundamentadora** de uma ampliação do *ius puniendi* e uma **tendência limitadora** do *ius puniendi*:

²⁴⁸ Para o autor “La prevención general positiva - si es que quiere hacerse uso de ese término - no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran numero de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque está, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.” JAKOBS, Günther. **Sobre la Teoría de la Pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.33.

²⁴⁹ Ibidem. p. 15.

²⁵⁰ Ibidem. p. 34.

²⁵¹ SERRETTI, André Pedrolli. Direitos Fundamentais, Princípios Penais Constitucionais e Garantismo penal. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, jul./dez. 2009. p. 6.

²⁵² QUEIROZ, Paulo. Op. Cit. p. 38.

²⁵³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. p. 132.

²⁵⁴ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 211.

A prevenção geral positiva limitadora contrasta com a fundamentadora na medida em que define a finalidade da pena, acrescentando um sentido limitador ao poder punitivo do Estado. Enquanto para a teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é, unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos, para a teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. O direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário, impondo, de maneira coativa, determinados padrões éticos²⁵⁵.

Para Claus Roxin, devem-se distinguir três fins e efeitos distintos na prevenção geral positiva: (1) o efeito de aprendizagem; (2) efeito de confiança que surge quando os cidadãos percebem que o Direito se aplica; e (3) o efeito de pacificação, que se produz quando a consciência geral da sociedade se tranquiliza pela aplicação da sanção, a qual repara a quebra do Direito pelo crime e soluciona o conflito com o apenado²⁵⁶.

Entretanto tal teoria, considerada moderna e social-constitutiva, não está imune às críticas. Luigi Ferrajoli assevera que as doutrinas da prevenção geral positiva “seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no exaurível filão do legalismo e do estatalismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado, bem como promovem o conformismo das condutas (...)”²⁵⁷.

Já Mir Puig preleciona que um Estado social e democrático de Direito não pode impor a força uma “atitude interna de adesão de seus cidadãos”, assinalando que não seria “lícito castigar para forjar uma consciência jurídica” por mais progressivo que possa parecer²⁵⁸.

2.2.2 Teoria da Prevenção Especial

Se na teoria da prevenção geral objetiva-se alcançar os demais membros da sociedade, na teoria da prevenção especial a sanção criminal deve buscar prevenir que o próprio autor cometa (ou volte a cometer) delitos. Para os defensores desta teoria, a

²⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. p. 132.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho...** p. 91.

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256.

²⁵⁸ PUIG, Santiago Mir. Op. Cit. p. 57.

"intervenção jurídico-penal deve se contentar em evitar que os condenados voltem a delinquir, impedindo a reincidência, de modo que fim da pena é evitar a reincidência, por meio da ressocialização ou reintegração social do apenado"²⁵⁹ ou ainda sua inocuização.

Nesse âmbito a teoria aborda o tema de correção para os delinquentes considerados corrigíveis ou a eliminação para os delinquentes considerados incorrigíveis²⁶⁰.

Trabalha-se, ademais, com o perpetrador do crime, seja retirando-o da sociedade como forma de que não possa – sequer fisicamente – voltar a delinquir (prevenção especial negativa), seja reeducando-o para que, quando retornar a conviver com os demais membros da comunidade, não cometa outros delitos (prevenção especial positiva).

2.2.2.1 Prevenção especial negativa

Conhecida igualmente como teoria da neutralização, caracteriza-se pelo conceito de que a sociedade seria mais segura se os indivíduos que cometessem crimes fossem segregados da vida social, de forma que, estando neutralizados, não poderiam delinquir.

O conceito é um tanto simples: estando o autor do crime aprisionado, é impossível que ele cometa qualquer outro crime. O Estado retira fisicamente o perpetrador do crime do convívio social. Por ser uma ideia simplória, sempre foi uma prática comum na história da sociedade.

Algumas severas críticas devem ser tecidas. A primeira dela defende que a neutralização possui alguns custos elevados que não devem ser suportados pela sociedade. Custos no plano monetário (em manter os delinquentes aprisionados), mas também no plano de sofrimento para o encarcerado, sua família e seu ambiente²⁶¹.

²⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. Op. Cit. p. 52.

²⁶⁰ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 218.

²⁶¹ Ibidem. p. 219.

Segundo, a prevenção especial negativa, ao pretender “tirar de circulação” determinada pessoa fere o princípio da dignidade humana ao desacreditar na natureza de transformação do condenado (principalmente daqueles que desejam tal transformação).

Em terceiro lugar, considerando que cada indivíduo é diferente entre si, há uma inegável e perigosa dificuldade de identificação dos criminosos que apresentam riscos de reincidir futuramente e que devem ser neutralizados²⁶². Neste diapasão, surgem dois problemas²⁶³: “os *falsos positivos*, consistentes em prever que um indivíduo reincidirá e ocorrer o contrário, e os *falsos negativos*, quando se acredita que alguém não reincidirá e logo reincide”.

Alfred Blumstein reconhece a crítica sobre os “falsos positivos” afirmando ser um problema fundamental a questão de não saber o “quanto” de crime a pessoa encarcerada cometeria caso estivesse livre, bem como a ausência de conhecimento sobre se o crime seria cometido de qualquer forma por outra pessoa²⁶⁴.

2.2.2.2 Prevenção especial positiva

A teoria da prevenção especial positiva, também conhecida como de (res)socialização, reza que a pena possui o escopo de reinserir os delinquentes na própria sociedade, considerando que, no momento da execução, a pena deve **ensinar** os condenados (ou conscientizá-los), com o intuito de readaptação e reinserção ao convívio social.

No Direito Penal interno essa teoria é bastante difundida pelos estudiosos, o que acabou por influenciar no desenvolvimento de políticas carcerárias. Considera-se que o delinquente deve ter a “chance” de retornar à comunidade que viveu (até ser recluso); mas esta “chance” deve ser precedida de um acompanhamento educacional

²⁶² Idem.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ BLUMSTEIN, Alfred. et al. **Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Sanctions on Crime Rates**. Washington: National Academy of Sciences, 1978. p. 17.

que o reforme “moralmente”, de forma que ele não venha a cometer crimes novamente.

Alguns problemas criminológicos emergem: o Estado tem o direito de reeducar algum indivíduo? Se sim, quais os valores podem/devem ser ensinados? Essa reeducação de valores escolhidos pode ser imposta ou deve ser opcional? Em uma sociedade na qual a desigualdade social impera, é possível impor os valores das classes hegemônicas como forma de que as classes subalternas não venham mais a delinquir²⁶⁵? Quais tipos de crimes estão sujeitos à reeducação?

Assim, quatro críticas principais merecem ser expostas.

A primeira afirma que o Estado não possui o direito de “consertar” pessoas de acordo com seus valores próprios. Segundo Juarez Cirino dos Santos²⁶⁶ “programas de ressocialização deveriam ser limitados a casos individuais *voluntários*, de ajuda à disposição de *auto-ajuda* do encarcerado: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critério morais próprio e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável”.

Para Ferrajoli, ao discorrer da impossibilidade do Estado buscar a cura da personalidade através de um tratamento pedagógico, assevera que a prevenção especial positiva,

²⁶⁵ Sobre este assunto, Borja Caffarena assevera com propriedade: “*la resocialización preventiva resulta inoperante en el marco de la ejecución de la pena*. Esta falta de operatividad se manifiesta en un doble sentido. En primer lugar, porque el objetivo de la resocialización, es decir, el modelo de conducta que se trata de proyectar sobre el individuo, es indeterminable en una sociedad pluralista. No se trata ya de la tensión inmanente en el castigo entre la legitimidad de un sistema de valores generales frente a la legitimidad de los intereses particulares, que se resuelve en favor de la primera, sino por la falta de homogeneidad en aquellos valores generales. La sociedad muestra intereses distintos y antagónicos. En la clase trabajadora hay una negación parcial o una valoración negativa de los intereses y normas de la clase media. Y si en la sociedad libre se permite a los individuos organizarse por el modelo de socialización dominante en su clase, por que habria de restringirse esta eventual posibilidad en el marco penitenciario. También el Estado de derecho tendria que tomar en cuenta que las medidas de influencia pedagogica dirigidas a los criminales pretenden consolidar un modelo determinado de organización social que es el modelo hegemónico, pero en absoluto el único que se permite en la sociedad democrática. El derecho del sistema penal en defender bienes juridicos es en muchos aspectos sólo justificable en un plano simbólico. Pero en la esfera de la imposición y control de la conducta apenas si puede mantenerse con firmeza.” CAFFARENA, Borja Mapelli. *Criminología Crítica y Ejecución Penal*. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 176-188. p. 181.

²⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 466.

ainda que sustentadas por boa parte da odierna cultura penalista e que tenham penetrado até mesmo em nossa Constituição, as ideologias correcionalistas são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana: destas, aquelas da emenda, mesmo nas suas variantes mais atuais e edificantes da “reeducação”, ou “ressocialização”, ou “reabilitação” ou, ainda “recuperação social do réu”, contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia da consciência.²⁶⁷

Em segundo lugar, ao focar no tratamento criminal e não na conduta criminosa praticada, conseqüentemente prouduzir-se-ão decisões incoerentes e até injustas, pois o tempo de encarceramento (tratamento) deverá ser mais curto para os "menos perigosos" e mais longo para os "mais perigosos", invertendo a lógica do sistema no Estado Democrático de Direito e impondo o problemático direito penal de autor²⁶⁸.

Isso caracteriza também o desrespeito ao princípio da isonomia, pois o infrator passará a responder não pela sua conduta propriamente dita, mas sim "pelo que é, interpretando-se a sua personalidade como indicativa de periculosidade (...) com base em juízos de valor frequentemente arbitrários, mesmo porque se tomará em consideração um fato determinado da vida do infrator, e não a vida em sua historia e complexidade; afinal, importa a verdade processual, e não a verdade existencial"²⁶⁹.

Em terceiro lugar, ao se deparar com criminosos que não necessitam de ressocialização, ou seja, que já estão reintegrados na sociedade, a pena seria totalmente inútil. Perpetradores de crimes do colarinho branco, ou ainda, aqueles que sejam processados longo tempo após o cometimento dos delitos e estão perfeitamente integrados socialmente (v.g. criminosos nazistas perseguidos e processados após mais de 50 anos da data dos crimes)²⁷⁰, são exemplos claros da fragilidade da adoção irrestrita desta função.

Em quarto lugar, estudos empíricos sobre a consequência do encarceramento demonstram claramente a falência e a ineficiência da utilização da execução da sanção

²⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 253.

²⁶⁸ QUEIROZ, Paulo. Op. Cit. p. 56.

²⁶⁹ Ibidem. p. 57.

²⁷⁰ Idem.

criminal para reinserir os condenados na sociedade²⁷¹. O cárcere funciona mais como um elemento segregador social que de (re)integração.

Segundo Borja Caffarena

La cárcel resulta una institución incapaz de generar perspectivas de buena conducta entre quienes la sufren, y de todos es conocido cómo el efecto estigmatizador tiene su origen no tanto en el momento de imposición de la pena como en la propia ejecución. La prisionalización, la pérdida de los atributos de la persona y otras ceremonias de degradación practicadas en la prisión hacen inviable cualquier aspiración de influir positivamente en la futura conducta del interno o, en todo caso, una eventual no reincidencia aparece desconectada de las actividades resocializadoras practicadas durante el internamiento.²⁷²

É praticamente impossível educar para a liberdade em uma situação de não-liberdade, constituindo uma "utopia irrealizável nas atuais condições de vida nas prisões, que na prática não são senão escolas de especialização no crime, que não ressocializam, mas dessocializam, que não civilizam, antes embruteçam, que não moralizam, e sim corrompem"²⁷³.

2.3 TEORIAS UNIFICADORAS, MISTAS OU ECLÉTICAS

A adoção de uma única teoria para fundamentar e determinar a função da sanção penal sempre sucumbiu às suas críticas. Deve-se esse fato às inúmeras diferenças entre os autores, natureza dos crimes cometidos, ideologias e valores socioculturais historicamente arraigadas em determinadas comunidades.

Assim, surgem as teorias da união, com o intuito de encontrar uma compensação entre as teorias absolutas e relativas (ou entre as diversas preventivas entre si), seguindo concepções diferentes de “justiça” e critérios finalistas²⁷⁴.

Para Günther Jakobs “tanto la jurisprudencia, especialmente la de los tribunales superiores, como el sector dominante - al menos en el plano cuantitativo - de los teóricos denominan su entendimiento de la legitimación y del fin de la pena

²⁷¹ Ademais, “não parece haver possibilidade de socialização ou de educação alicerçadas na imposição, sem a aceitação espontânea do educando”. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 154.

²⁷² CAFFARENA, Borja Mapelli. Op. Cit. p. 182.

²⁷³ QUEIROZ, Paulo. Op. Cit. p. 59.

²⁷⁴ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. Op.Cit.p. 88.

pública ‘teoría de la unión’, en la que, precisamente, se pretende unir diversos fundamentos de legitimación y fines.²⁷⁵

Alguns autores consideram que as teorias unificadoras (também denominadas mistas) visam somente complementar as falhas de cada teoria unitária, com intuito de legitimar a sanção criminal²⁷⁶.

Para Bustos Ramires, por exemplo, há uma crise a respeito da legitimação e fundamentação da pena, devendo ambas as teorias ser rechaçadas:

si lo que se pretende en un Estado social y democratico de derecho es que la pena no se convierta en la total negacion de la libertad y la dignidad de la persona humana, ciertamente su legitimacion y fundamentacion no se pueden lograr mediante la teoria absoluta retribucionista, pero tampoco com las preventivas. Evidentemente y por ella mismo, el rechazo a las preventivas no significa volver a la retribucion, pues esta en ningun caso es una alternativa. El Estado modemo, que provoco una amplia rediscusion de la pena e intentos superadores sobre la base de la cientificidad, en definitiva ha dado lugar a una profunda crisis respecto de la legitimacion y fundamentación de la pena –muy proxima a la propia crisis que enfrenta el Estado moderno²⁷⁷.

Entretanto, não obstante as teorias críticas, resta basicamente pacificado²⁷⁸ o conceito de que as finalidades das penas são variáveis, devendo ser feita uma combinação entre as diversas funções até aqui apresentadas.

Até mesmo por haver diversas variáveis concretas quando da cominação, aplicação e execução das penas, é praticamente impossível fundamentar a sanção em uma única teoria.

²⁷⁵ JAKOBS, Günther. **Sobre la Teoría de la Pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 9.

²⁷⁶ Ver, por exemplo, Shecaira, o qual citando Claus Roxin afirma que “criticam-se tais teorias sob o argumento de que representam, no mais das vezes, pura justaposição das diversas teorias destruindo a lógica imanente a cada concepção, como também aumentando o âmbito de aplicação da pena, convertendo a reação penal estatal em meio utilizável para sanar qualquer infração à norma”. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Op. Cit. p. 134.

²⁷⁷ RAMIREZ, Juan Bustos. Aspectos filosóficos-jurídicos: Introducción. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 21-25. p. 23.

²⁷⁸ Em sentido contrário Falcón y Tella sobre a união das diversas teorias: “não parecem ser estas as mais indicadas, posto que se limitam a justapor, sem nenhum tipo de ordem nem concerto, finalidades do castigo, que partem muitas vezes de pressupostos incompatíveis entre si. (...) Afirmer que o incompatível é compatível não é o consistente, a soma desordenada de finalidades da sanção, que colidem frequentemente entre si, longe de solucionar as contradições dos distintos componentes, introduz uma nova fonte de confusão.” FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. Op. Cit. p. 236.

Influenciados pelos valores e ideais de diferentes sociedades, as teorias mistas possuem elementos conglobantes retributivas e preventivas ou preventivas entre si. Pode-se visualizar defensores da vertente com abordagem predominante retributiva (onde a prevenção teria um papel secundário), bem como defensores mais progressistas, os quais predominam as teorias preventivas²⁷⁹.

A título de ilustração, salienta-se o magistério de alguns doutrinadores:

Em Portugal, Figueiredo Dias defende que para solucionar a problemática sobre as finalidades das penas, estas “**só podem ter natureza preventiva** – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa –, não natureza retributiva”²⁸⁰.

O autor conclui afirmando que

(1) Toda pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; (2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida de culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; (4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais.²⁸¹

Na Alemanha Claus Roxin parte do mesmo ponto de partida, afastando a teoria retributiva e assevera que o fim da somente pode ser preventivo, considerando tanto a teoria da prevenção geral quanto da especial²⁸².

Para ele, deve-se considerar a utilização das diferentes teorias preventivas em uma sequência de etapas no *iter criminal*²⁸³: “na fase da cominação a pena tem finalidade de prevenção geral negativa; no momento da aplicação a pena tem finalidade de prevenção geral positiva mais prevenção geral negativa; no instante da execução a pena tem finalidade de prevenção especial positiva.”²⁸⁴

²⁷⁹ Para Manuel de Rivacoba y Rivacoba, uma vez que os conceitos de prevenção e retribuição constituírem ideias totalmente antagônicas, não admitem nenhum grau de conciliação. RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. **Función y Aplicación de la Pena**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 43.

²⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 78.

²⁸¹ Ibidem. p. 84.

²⁸² ROXIN, Claus. **Derecho** p. 95.

²⁸³ ROXIN, Claus. **Problemas...** p. 26, et. seq.

²⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

De qualquer sorte, tanto ao se considerar razões preventivas especiais ou gerais, a pena deve sempre estar fundamentada pelo princípio da culpabilidade, impondo limites ao poder de intervenção do Estado, o qual não poderá determinar penas superiores ao limite máximo da culpabilidade.²⁸⁵

Helmut Frister, ao discorrer sobre o fim da pena e afirmar que a prevenção geral negativa deve ser considerada somente como um agradável efeito colateral, conclui que

la pena se fundamenta entonces por la necesidad de cuidar de que los hombres sigan reconociendo internamente vinculante a la norma infringida por el delito, haciendo caso omiso de la contradicción a la norma que anida en la infracción ocurrida. Por ese motivo, como reacción contra el delito, al autor debe serle infligido un mal que se corresponda con la medida del ilícito cometido. Pero, mediante esta misión de la prevención general positiva que da fundamento a la pena no se abre juicio acerca de la clase de mal ni de su configuración concreta. Principalmente, esto debe orientarse, en el sentido de von Liszt, por el fin de la prevención especial, es decir, que la imposición del mal se debe configurar de tal manera que sirva todo lo posible como contramotivo para que el autor cometa ulteriores delitos.²⁸⁶

Para o espanhol José Cerezo Mir, a pena não pode ter como fundamento somente as teorias preventivas, uma vez que correr-se-ia o risco de aplicar penas injustas e desproporcionais quando da ocorrência de delitos mais graves (caso da prevenção geral), bem como a maioria dos delinquentes não precisam de tratamento corretivo (caso da prevenção especial)²⁸⁷.

Desta forma, o autor defende a teoria unificadora que reúna harmoniosamente função de “reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución), de la prevención general y de la prevención especial”²⁸⁸.

No Brasil, o magistério clássico de Francisco de Assis Toledo reconhece a complementariedade da prevenção geral e prevenção especial como funções da pena. Ademais o autor afirma que “ainda que isto possa parecer incoerente, [aquelas teorias] não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua

²⁸⁵ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevencion En Derecho Penal**. Madri: Reus, 1981. p. 103.

²⁸⁶ FRISTER, Helmut. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 71.

²⁸⁷ CEREZO MIR, José. Op Cit. p. 47.

²⁸⁸ Ibidem. p. 49.

aplicação”²⁸⁹, concluindo que a pena, além de retribuir na medida da culpabilidade, deve servir como “verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinquente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres”²⁹⁰.

Cirino dos Santos, ao discorrer sobre o discurso oficial da teoria jurídica da pena²⁹¹, leciona, na esteira de Roxin, que “a tríplice função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à *cominação* da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à *aplicação* judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à execução penal.”²⁹²

Contudo, pode-se notar que não somente nos países da *civil law* há uma combinação entre as teorias das finalidades da sanção criminal, como também nos demais sistemas jurídicos do mundo.

Nos Estados Unidos da América, após um distanciamento dos teóricos da doutrina retributiva, na década de setenta esta teoria, em seu sentido clássico, voltou à tona e hoje, juntamente com a teoria da prevenção especial negativa (amplamente utilizada na prática do sistema carcerário), é a mais difundida²⁹³.

Para Ellen Podgor, a doutrina tradicional norte-americana identifica quatro teorias divididas em: teorias utilitaristas e teorias deontológicas, sendo que esta última considera a sanção uma necessidade intrínseca ou um imperativo baseado na necessidade moral (retribuição)²⁹⁴.

De acordo com Harry Dammer, visualiza-se no sistema Chinês uma clara influência de função pedagógica, não somente por intermédio da aplicação da sanção

²⁸⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit. p. 3.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Ressalve-se a opinião do autor sobre o discurso crítico da teoria da pena, o que ele chama de funções reais (e não manifestas) da pena. Em: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 472.

²⁹² Ibidem. p. 471.

²⁹³ DAMMER, Harry R.; FAIRCHILD, Erika. **Comparative Criminal Justice Systems**. 3a. ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2006. p. 232.

²⁹⁴ PODGOR, Ellen. S.; et al. **Mastering Criminal Law**. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 38.

criminal como também de sanções administrativas que possuem o intuito de reabilitar o cidadão fazendo com que este possa novamente ser útil para a sociedade chinesa²⁹⁵.

No âmbito doméstico dos países de tradição islâmica, por mais que haja inúmeras variações regionais, as funções principais identificadas são as de prevenção geral (principalmente negativa) e da prevenção especial positiva²⁹⁶. Entretanto, segundo Farhad Malekian, apesar de focar nas teorias preventivas, a doutrina criminal islâmica reconhece um extenso rol de finalidades, dentre as quais: prevenção geral, retribuição, restauração, prevenção especial negativa, reparação e compensação²⁹⁷.

²⁹⁵ DAMMER, Harry R.; FAIRCHILD, Erika. Idem. Op. Cit. p. 232.

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ MALEKIAN, Farhad. **Principles of Islamic International Criminal Law: a comparative search**. 2. ed. Leiden: Brill, 2011. p. 399.

3 FUNÇÕES DAS PENAS NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL²⁹⁸

A sanção criminal no âmbito do DIP legitima e fundamenta sua atuação. Ademais, sua importância²⁹⁹ ganha contornos potencializados por: (1) ser um ramo do Direito Internacional influenciado pelos mais diversos sistemas penais do mundo; (2) a quantidade das penas previstas para os crimes tipificados não está cominada de maneira adequada no Estatuto de Roma, o que faz crescer a necessidade de legitimar o sistema de sanções por intermédio de suas finalidades, como forma de erigir parâmetros – mínimos e máximos – da sentença condenatória³⁰⁰; (3) ao determinar a função das penas no DIP estabelece-se também qual a forma de atuação do próprio sistema e de seus objetivos.

Juristas de DIP concordam que a prática atual do sistema de sentenças internacionais revelam um certo grau de obscuridade e de confusão sobre a justificação das penas, principalmente se comparado ao nível de desenvolvimento sobre a matéria no âmbito interno dos países³⁰¹.

Segundo Mark Drumbl, é necessário o desenvolvimento de um método doutrinário próprio sobre a pena no âmbito criminal internacional³⁰². Uma mera reprodução da doutrina nacional sobre a sanção criminal e sua fundamentação não supre as lacunas e os imperativos da justiça universal.

²⁹⁸ Salienta-se que o foco deste estudo será o das principais funções das penas historicamente reconhecidas e suas vertentes críticas, assim como o exposto no capítulo anterior, o que afasta, ao menos no âmbito deste trabalho, algumas funções que hodiernamente alguns autores defendem como: restauração, reparação, reafirmação de valores, conciliação, neoabsolutismo, dentre outros.

²⁹⁹ Para Margaret deGuzman outra importância na definição da função da sanção criminal é seu reflexo na escolha dos perpetradores que serão selecionados para serem processados. DEGUZMAN, Margaret M. p. 37.

³⁰⁰ Parte da doutrina, principalmente os da *civil law*, argumentam que o fato de não estarem previstos os limites de aplicação da pena (limites mínimos e máximos correspondentes a cada espécie de crime), violaria o princípio da legalidade. Neste sentido: DANA, Shahram. Op. Cit. p. 878.

³⁰¹ D'ASCOLI, Silvia. **Sentencing in International Criminal Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 33.

³⁰² DRUMBL, Mark A. Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity. **Northwestern University Law Review**. vol. 99. n. 2. p. 539-611. mar, 2005.p. 608.

Tentar-se-á, então, construir uma base mínima de racionalização por intermédio do estudo das decisões dos tribunais penais internacionais³⁰³ e da doutrina existente, levando as teorias historicamente desenvolvidas sobre a pena e sobre a punição para o âmbito do DIP como forma de questionar se estas são legitimadas a concretização potencial dos ideais propalados de garantia aos valores da comunidade internacional, aos princípios do Direito Penal, bem como de respeito aos direitos fundamentais³⁰⁴.

3.1 FUNÇÃO(ÕES) ELENCADE(S) NO ESTATUTO DE ROMA

Conforme explanado anteriormente, o Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional é considerado um marco no DIP por sedimentar o entendimento da comunidade internacional em relação a alguns crimes de caráter universal. O TPI, atualmente integrado por 120 Estados-partes³⁰⁵, foi fruto de um intenso debate entre países e organizações não governamentais, comissões preparatórias e prática histórica internacional.

Logo no preâmbulo do Estatuto, observa-se claramente que, para a comunidade internacional, a função da sanção penal para o Tribunal Penal Internacional, bem como do próprio DIP, é a de acabar com a impunidade e prevenir o cometimento desses crimes gravíssimos³⁰⁶. A redação é clara: “Determinados a por fim a impunidade dos autores desses crimes e contribuir para a prevenção de tais crimes”³⁰⁷.

³⁰³ No presente trabalho, assim como na doutrina internacional estudada, serão analisadas as jurisprudências dos tribunais penais internacionais a partir do TPII e TPIR, uma vez que os tribunais de Nuremberg e Tóquio, pouco ou nada discorreram a respeito das sanções criminais como teoria (embora a retribuição e a prevenção tenham tido um papel importante). DRUMBL, Mark. **Atrocity, Punishment and International Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 46.

³⁰⁴ Respeito aos condenados, vítimas e comunidade internacional como um todo.

³⁰⁵ Site do Tribunal Penal Internacional. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>. Acessado em 22 de janeiro de 2012.

³⁰⁶ MORENO-OCAMPO, Luís. The International Criminal Court: Seeking Global Justice. **Case Western Reserve Journal of International Law**. v. 40. 2008. p. 215-225. p. 215.

³⁰⁷ Preâmbulo do Estatuto de Roma.

Assim, considerando que ainda hoje ocorrem atrocidades que vitimizam milhares de pessoas ao redor do mundo, a comunidade internacional, por intermédio do Estatuto, tem como base fundamental duas funções principais como forma de buscar a paz, segurança e o bem-estar do mundo: acabar com a impunidade daqueles que cometem os mais terríveis crimes (escondendo-se, muitas vezes, sob o manto da soberania, ou com o apoio do governo de outros Estados); e auxiliar de forma efetiva para que não ocorram mais crimes desta natureza.

Portanto, o ER, em seu preâmbulo, fortalece o entendimento mínimo compartilhado entre os países, de que a pena no DIP deve ter como finalidade a retribuição e a prevenção geral desses graves crimes internacionais, adotando, em tese, a teoria mista ou unificadora.

Entretanto, como bem lembra Silvia D'Ascoli, indiretamente em seu artigo 110, bem como na regra 223 das Regras Processuais e de Evidência, ratifica a perspectiva de se considerar a prevenção especial positiva, ao prever a possibilidade de, após cumprida parte da pena, o condenado ter sua sentença revista³⁰⁸.

Contudo, deve-se sopesar cautelosamente não apenas o ER com o intuito de identificar as bases punitivas dos crimes internacionais, mas sim todo sistema internacional criminal (tratados, doutrina internacional, sentenças internacionais, dentre outros). Isso porque, por mais que o preâmbulo contenha diretrizes bases para análise da questão, no corpo do ER não há previsão explícita sobre a matéria.

Em documento adotado na Conferência de Revisão de Kampala, Juan Mendez afirma que o ER reconheceu a ligação intrínseca entre justiça e paz, bem como defende a ideia que o Estado de Direito pode proteger indivíduos e nações contra os crimes em massa³⁰⁹.

³⁰⁸ D'ASCOLI, Silvia. Op Cit. p. 273.

³⁰⁹ MENDEZ, Juan E. **The Importance of Justice in Securing Peace**. Review Conference of the Rome Statute. RC/ST/PJ/INF.3. 2010. p. 1.

Não se pode olvidar que o TPI é baseado no princípio da complementariedade³¹⁰, o que aumenta sobremaneira a importância e a influência das funções pelos sistemas jurídicos nacionais³¹¹.

Resta apontar, ainda, que uma das críticas recebidas pelo Estatuto de Roma é justamente de ter se omitido sobre as funções e objetivos³¹², o que acaba propiciando que os julgamentos tenham que trabalhar de maneira transversa e não pacífica sobre o assunto³¹³.

3.2 RETRIBUIÇÃO NO DIP

A teoria retributiva sustenta que o autor de determinada conduta delitiva, merece ser punido por violar a lei. De acordo com George Fletcher³¹⁴, a ideia principal da retribuição reside na representação da punição como consequência do ato criminoso.

Segundo Herbert Hart, o qual afirma ser, a retribuição, uma função justificante coerente do sistema punitivo, esta teoria simplifica-se na definição de aplicação de sofrimento punitivo a um agente que seja moralmente culpado³¹⁵.

Conforme exposto anteriormente, a teoria absoluta também alicerça a ideologia da culpabilidade como limite da pena. Dessa forma, quando se pune o autor de um crime, estar-se-ia retribuindo este mesmo crime. A proporcionalidade entre mal cometido pelo criminoso e sanção a ser aplicada, deve guardar estreita relação.

³¹⁰ “*La Corte actúa, portanto, según el principio de complementariedad, lo que hace conveniente que los Estados parte adecuen sus legislaciones internas para poder asumir de forma preferente la competencia*”. CERESO MIR, José. Op. Cit. p. 328.

³¹¹ Silvia D’Ascoli vai além, identificando de forma dedutiva que, pelo princípio da complementariedade, a função do DIP de proteção subsidiária de valores legais que primordialmente pertencem ao sistema jurídico nacional. Ibidem. p. 272.

³¹² Ibidem. p. 273.

³¹³ Kai Ambos, inclusive, critica os próprios Tribunais internacionais, afirmando que estes não ponderam de forma adequada o assunto das finalidades das sanções. AMBOS, Kai. **Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 72.

³¹⁴ FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law**. Nova Iorque: Oxford university Press, 1998. p. 32.

³¹⁵ HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 9.

No preâmbulo do ER, ao afirmar que as nações estão determinadas a acabar com a impunidade que impera quando dos cometimentos dos crimes internacionais, está se admitindo a retribuição como função da pena.

No mesmo diapasão, as decisões das cortes internacionais reconhecem na retribuição um importante balizador punitivo.

No caso *Prosecutor vs. ZALATKO ALEKSOVSKI*³¹⁶, o TPII além de afirmar que esta teoria é um importante fator a ser considerado quando da análise da consequência jurídica dos crimes, asseverou que a retribuição tem sido amplamente reconhecida internacionalmente, não somente pela jurisprudência do TPII, como também pela do TPIR.

Ademais, ao discorrer sobre a punição, a Corte afirma que a utilização da retribuição não deve ser entendida como a satisfação de um desejo de vingança, mas sim expressar o ultraje sentido pela comunidade internacional em relação ao cometimento desses crimes.

Por fim, a decisão alega que a sentença do Tribunal Internacional deve refletir o pensamento da comunidade internacional sobre os comportamentos em questão e mostrar que a comunidade não irá mais tolerar essas sérias violações do direito humanitário internacional e dos direitos humanos.

Em *Prosecutor v. JEAN KAMBANDA*³¹⁷, o TPIR certifica que as penalidades a serem impostas aos condenados devem ser orientadas pela retribuição, como forma de que aqueles vejam seus crimes sendo punidos.

Relevante a decisão da Suprema Corte do Canadá de 21 de março de 1996³¹⁸, considerada uma decisão modelo (citada como precedente pela Corte de Apelação do TPII³¹⁹), a qual afirma que a retribuição não somente deve ser aceita, como é um importante princípio nas sentenças de direito criminal.

³¹⁶ Caso número IT-95-14/1-A. Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia. 24 de março de 2000.

³¹⁷ Caso número ICTR 97-23-S. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. 04 de setembro de 1998.

³¹⁸ Caso R. v. M. (C.A.) , ; [1996] 1 S.C.R. 500. Suprema Corte do Canadá. 21 de março de 1996. Em anexo (Anexo D).

³¹⁹ Caso número IT-95-14/2-A. *Prosecutor v. Dario Kordic e Mario Cerkez*. Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia. 17 de dezembro de 2004.

Também, a doutrina internacional reconhece a retribuição como função que a pena possui para atingir os objetivos do próprio Direito Internacional Penal. Para Faria Costa, ao discorrer sobre a dimensão lesiva dos crimes internacionais, “julgar e punir o autor de quem quis levar o aniquilamento dessa realidade única e multissecular que um povo representa, mostra-se decorrência da mais elementar justiça”³²⁰.

Silvia D’Ascoli lembra que a “moderna” teoria retributiva importa em apontar e responsabilizar aqueles que se comportaram de forma errônea perante a sociedade, o que, em consequência, é uma forma de satisfazer as vítimas e o público em geral³²¹.

Ao contrapor as críticas de que a teoria absoluta seria, em última análise, uma simples vingança, Antonio Beristain³²² conclui que

no podemos científicamente adjetivar la retribución como innoble e irracional, pues su vigencia parece necesaria, y todo medio necesario para la vida comunitaria del hombre, connatural al hombre, merece considerarse como él: noble y racional (aunque no aparezca evidente). Lo indigno y cruel es la venganza, cosa muy distinta de la vindicta social o pena, pues todas sus dimensiones esenciales realizan cometidos totalmente opuestos (...)

Segundo Jens Ohlin³²³, a finalidade retributiva deve ser considerada como a mais adequada a respeitar o ER, bem como é a função que mais se adequa ao sistema de justiça criminal internacional. Assim, para o autor, os perpetradores de crimes internacionais devem ser sancionados simplesmente por causa da moral intrínseca presente nos processos de DIP: punir aqueles que merecem ser punidos.

Por mais que inúmeras críticas a teoria retributiva sejam apontadas, para Jen Klabbers, talvez se tenha que aceitar a desconfortável concepção de que, no plano internacional, a punição é aplicada somente em consideração a própria punição³²⁴. Para o autor, é compreensível que, por sentimentos liberais, esperemos que a punição sirva para algo além³²⁵, entretanto a única justificação que resta é simples: pessoas que

³²⁰ COSTA, José de Faria. Op. Cit. p. 108.

³²¹ D’ASCOLI, Silvia. Op Cit. p. 66.

³²² BERISTAIN, Antonio. Op. Cit. p. 55.

³²³ OHLIN, Jens David. Towards a Unique Theory of International Criminal Sentencing. In: SLUITER, Goran; VASILIEV, Sergey. **International Criminal Procedure: Towards a Coherent Body of Law**. Londres: Cameron May, 2009. p. 373-404. p. 387. p. 403.

³²⁴ KLABBERS, Jan. Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law. **The Finnish Yearbook of International Law**. n. 12. 2001. p. 249-267. p. 254.

³²⁵ Ibidem. p. 265.

cometerem atrocidades (em casos de excepcional gravidade) devem ser punidas em respeito ao sistema punitivo³²⁶.

Kristina Rutledge assevera que, por mais que a retribuição, na verdade, não “faça” justiça, é o que melhor se aproximaria disto³²⁷. Cada condenação seria uma nova oportunidade para que os perpetradores enfrentem as consequências judiciais pelos seus crimes³²⁸.

3.3 TEORIAS RELATIVAS

As teorias relativas ou utilitaristas possuem uma grande aceitação também no plano internacional. Conforme será demonstrado, diversas sentenças internacionais e doutrinadores reconhecem que o castigo para os crimes que afetam a consciência internacional deve ser utilizado de forma preventiva, ou seja, em vias de impedir que outros delitos do gênero ocorram.

Desde meados da década de 50, com a criação do Centro para Prevenção de Crimes Internacionais, a ONU já percebeu a importância da prevenção e da justiça criminal para a manutenção da paz e segurança³²⁹. Posteriormente o Conselho Econômico e Social da ONU estabeleceu em 1992 a Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, com o mesmo objetivo preventivo³³⁰.

3.3.1 Prevenção Geral Negativa no DIP

Inúmeras sentenças internacionais e doutrinas discorrem sobre a punição, afirmando que ela deve ser tal que impeça que pessoas em situações ou condições

³²⁶ Ibidem. p. 267.

³²⁷ RUTLEDGE, Kristina D. Giving the Devil his Due: The Pursuit & Capture of Nazi War Criminals – A Call for Retributive Justice in International Criminal Law. **Regent Journal of International Law**, v. 3. 2005. p. 27-74. p. 72.

³²⁸ Idem.

³²⁹ SHARMA, Vishnu Dutt. International Criminal Law: Crime Prevention and Punishment. In: PATEL, Bimal N. (coord.). **India and International Law**. vol. I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 189-222. p. 200.

³³⁰ Idem.

similares ao que estiver em tela cometam os mesmos delitos. Isso aconteceria porque os indivíduos em condições similares reconheceriam suas suscetibilidades de serem punidos (caso também cometam tais atrocidades).

No caso *Prosecutor v. Tadic*³³¹, a Corte de Apelação afirma categoricamente que um dos fatores relevante a ser considerado na sentença é o princípio da *deterrence*.

Para Kai Ambos, futuramente a sedimentação e o desenvolvimento do DIP por intermédio de um sistema de execução de sanções penais, poderia dificultar o cometimento de crimes internacionais, gerando o efeito dissuasório defendido³³². Ainda, o mesmo autor afirma que “la creciente determinación de la comunidad internacional de combatir crímenes graves contra la humanidad mediante la utilización de medios militares apunta precisamente en esa dirección”³³³.

Segundo Jan Klabbers, o argumento preventivo é talvez a principal razão para a criação do próprio TPI, com o intuito de tornar certa a punição e, através desta, prevenir o cometimento dos crimes internacionais³³⁴.

Neste diapasão, Robert Sloane sustenta o poder do DIP que, por intermédio de sua atuação, processo e possível punição, poderia prevenir o cometimento de crimes internacionais³³⁵. Isso porque a sanção (e o processo em si) agiria como uma “ferida na reputação”, fazendo com que os autores (normalmente em posições de liderança) refletissem sobre a influencia que isso teria em sua viabilidade política em longo prazo³³⁶.

3.3.2 Prevenção Geral Positiva no DIP

Pode-se considerar que ao descrever no preâmbulo do Estatuto de Roma que um dos objetivos da comunidade internacional é acabar com a impunidade dos crimes

³³¹ Caso número IT-94-1-A e IT-94-1-Abis. Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia. 26 de janeiro de 2000.

³³² AMBOS, Kai. **Temas...** p. 74.

³³³ Idem.

³³⁴ KLABBERS, Jan. Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law. **The Finnish Yearbook of International Law**. n. 12. 2001. p. 249-267. p. 251.

³³⁵ SLOANE, Robert D. Op. Cit. p. 74.

³³⁶ Idem.

contra humanidade e contra os direitos humanos, gerando, conseqüentemente, uma sensação de segurança social e de confiança no ordenamento jurídico internacional vigente, contempla-se também a teoria da prevenção geral positiva.

No caso *Prosecutor v. DARIO KORDIC e MARIO CERKEZ*³³⁷ (que será analisado abaixo) o TPII se debruça sobre a matéria, reconhecendo a prevenção geral positiva como função da sanção criminal.

Kai Ambos³³⁸ defende a prevenção geral positiva como a função que melhor se adequa a própria utilização da sanção por Tribunais penais internacionais, asseverando que a pena deve contribuir “*al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional (penal) de valores comunes*”.

3.3.3 Prevenção Especial Negativa no DIP

Não obstante as severas críticas à esta teoria em âmbito interno, no plano internacional diversas decisões colocam em uma posição de destaque a prevenção especial negativa, afirmando que é desejável a neutralização dos autores de crimes graves contra a humanidade como forma a prevenir o cometimento de outros crimes.

Isso decorre da própria natureza dos criminosos e dos crimes imputados, sendo difícil caracterizar a possibilidade de permitir que o autor regresse a vida social em seu país, sem que ele volte a agir de forma a cometer ou auxiliar no cometimento de tais crimes.

Historicamente, ao prever a aplicação da pena de morte (nos tribunais internacionais de Nuremberg e de Tóquio, por exemplo), a inocuidade dos agentes perpetradores já era reconhecida.

Por sua vez, tanto os tribunais *ad hoc*s, quanto o Tribunal Penal Internacional prevê a aplicação da pena de prisão perpétua (o que indica a aceitação da teoria da prevenção especial negativa). Contudo, a jurisprudência desses tribunais demonstra a

³³⁷ Caso número IT-95-14/2-A. Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia. 17 de dezembro de 2004.

³³⁸ AMBOS, Kai. **Temas...** p. 74.

aplicação da prisão perpétua em casos específicos, não constituindo regra a sua adoção.

A prevenção especial negativa também se concretiza no momento anterior à sanção criminal, ou seja, no encarceramento cautelar do acusado. Segundo Tarciso Jardim

A prisão de quem utiliza o aparelho de Estado na qualidade de líder máximo para cometer crimes internacionais interromperá e evitará novos crimes, ao menos sob sua orientação e de seus principais aliados, se igualmente detidos. Seu regime político será considerado criminoso e politicamente enfraquecido e, embora haja possibilidade de irromperem movimentos de violência associados a essas prisões, provavelmente não será um quadro pior do existente.³³⁹

Em conclusão, por mais que haja por parte da comunidade internacional a necessidade em retirar do plano político-social os autores desses crimes, é incomum a práxis jurisprudencial aplicar a neutralização, utilizando-a somente ao considerar dois fatores excepcionalmente prejudiciais ao condenado: (1) condutas criminosas de extrema gravidade e (2) circunstâncias individuais preponderantemente negativas³⁴⁰.

3.3.4 Prevenção Especial Positiva no DIP

A prevenção especial positiva visa reinserir na sociedade ou reeducar os perpetradores de crimes. Se no plano interno critica-se o fato da tentativa do Estado (governado pelas classes hegemônicas) em “melhorar” ou educar os condenados de acordo com sua moral, na seara internacional essas críticas devem ser analisadas com parcimônia.

Isso porque, s.m.j., os crimes que são cometidos não advêm primordialmente de condições sociais de desigualdade socioeconômica. Ademais são crimes de gravidade extrema, ou seja, não há uma discussão sobre a moralidade da sociedade em apenar.

³³⁹ JARDIM, Tarciso Dal Maso. Op. Cit. p. 16.

³⁴⁰ SMIT, Dirk van Zyl. Punishment and Human Rights in International Criminal Justice. **Human Rights Law Review**. Oxford, vol. 2, n. 1, p. 1-17, 2002. p. 6. Neste sentido também: DANA, Shahram. Op. Cit. p. 914.

Quando se busca demonstrar que crimes como genocídio, crimes de guerra, contra humanidade e de agressão não podem ocorrer, os valores protegidos (de paz mundial e de proteção de etnias e nações como um todo) são pacíficos internacionalmente³⁴¹. Dito de outro modo, não há contenda em relação sobre a impossibilidade (ou justificação) do cometimento desses crimes gravíssimos face a qualquer acontecimento, nível de desigualdade, valores, ideologias, etc.

A proteção da convivência pacífica entre povos e pessoas de diferentes culturas (mesmo quando em conflito) é universal e irrestrita.

Nas decisões dos tribunais internacionais, reconhece-se a figura da prevenção especial positiva, principalmente quando se trata de autores mais jovens ou com nível de instrução mais baixo.

Entretanto, a reinserção social dos criminosos, majoritariamente é afastada como função a ser atingida. Isso porque os perpetradores, normalmente, são pessoas “socializadas”, e, ademais, não reconhecem seus próprios crimes³⁴² (o que impede a aplicação educacional da pena).

Ao analisar as sentenças internacionais, pode-se perceber que os tribunais não desenvolveram propriamente o assunto, não havendo uma posição final sobre o significado da reabilitação no contexto da justiça e dos crimes internacionais³⁴³.

Ademais, no DIP, não há uma política de execução penal voltada a programas de reinserção ou reeducação. O Estatuto de Roma, por exemplo, não possui diretrizes específicas de como deverá ser o cumprimento da pena, prevendo somente que “as condições de detenção serão reguladas pela legislação do Estado da execução e observarão as regras convencionais internacionais amplamente aceitas em matéria de tratamento dos reclusos”³⁴⁴.

³⁴¹ Para Juarez Tavares, não existe um valor universal, mas sim “um reconhecimento mútuo acerca de sua proteção conforme os interesses manifestados em cada direito nacional”. TAVARES, Juarez. *Criminalidade nacional, transnacional e internacional*. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 421-434. p. 428.

³⁴² Contudo, ressalta-se que um dos objetivos propalados seria a de reeducação moral no sentido de que os autores desses crimes gravíssimos possam perceber a seriedade de seus atos e sua incompatibilidade com os valores de direitos humanos, os quais devem ser protegidos indistintamente.

³⁴³ D’ASCOLI, Silvia. Op Cit. p. 139.

³⁴⁴ Art. 106, 2, do Estatuto de Roma.

Ou seja, as condições de execução serão regidas pela legislação do Estado que receber o condenado³⁴⁵, o que, invariavelmente, resultará em inúmeros modelos diferentes de cumprimento de pena. Isso porque, no TPI, os eventuais condenados a pena privativa de liberdade, cumpri-las-ão “num Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas”³⁴⁶.

3.4 TEORIAS UNIFICADORAS, MISTAS OU ECLÉTICAS NO DIP

Essa tentativa de conglobar as diversas teorias (retributivas e preventivas, ou somente as preventivas entre si), é, de certa forma, harmonicamente aceita pela doutrina³⁴⁷ e jurisprudência internacional.

Segundo Van Zyl Smit³⁴⁸, as funções mais adotadas pelos tribunais internacionais são: prevenção, retribuição e incapacitação, sem indicação de hierarquia entre elas. Para o autor, em algumas sentenças a prevenção geral é priorizada e em outras a retribuição possui um papel central.

De fato a grande maioria das decisões internacionais contemplam as distintas teorias das funções das penas, como forma a se chegar não somente numa decisão proporcionalmente considerada justa, mas também efetivamente atingir os objetivos propostos pelas teorias em coadunação com as fontes internacionais³⁴⁹.

Algumas decisões das últimas décadas podem ser consideradas chaves, seja pelo ineditismo de suas decisões, seja pela forma que abordaram a teoria unificadora ou mista.

³⁴⁵ Somente os presos cautelares permanecem no Centro de Detenção do TPI, localizado em Scheveningen, na cidade da Haia, Holanda.

³⁴⁶ Art. 103, 1, a, do Estatuto de Roma.

³⁴⁷ Discorrendo sobre os objetivos não somente da sanção criminal, mas também do DIP como um todo, Robert Sloane defende as seguintes finalidades: combater a impunidade; individualizar a responsabilidade; promover a responsabilização; contribuir para o restabelecimento da paz e segurança internacional; prevenir futuras atrocidades; alcançar a retribuição; criar um confiável acervo histórico; e promover a reconciliação internacional e nacional. SLOANE, Robert D. *The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*. **Stanford Journal of International Law**. v. 43. 2007. p. 39-94.

³⁴⁸ SMIT, Dirk van Zyl. *Ibidem*. p. 10.

³⁴⁹ *Vide* magistério de Bassiouni. BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction...** p. 680, et. seq.

Mark Drumbl assevera que a jurisprudência dos tribunais *ad hocs* mais importantes (TPII e TPIR) operacionalizam uma boa parte do assunto sobre as funções da punição, sendo que elas servirão como diretrizes, inclusive, para o TPI na fase condenatória da sentença³⁵⁰.

Entretanto, conforme já explanado anteriormente, as finalidades das sanções não foram largamente desenvolvidas pela jurisprudência. Isso é facilmente verificável ao analisar os tópicos referentes à matéria, uma vez que muitas delas citam em poucas linhas quais funções devem ser levadas em consideração.

Analisar-se-á, a seguir, algumas jurisprudências modernas emblemáticas com o intuito de apontar o norte teórico balizador das decisões internacionais, salientando seus respectivos argumentos.

3.4.1 Caso *Prosecutor v. Dario Kordic e Mario Cerkez*³⁵¹

Dario Kordic foi uma das figuras importantes na política da comunidade Bósnia-Croata e ex-presidente da União Democrática Croata da Bósnia Herzegovina. Foi condenado a 25 (vinte e cinco) anos de reclusão pelos crimes de: ataques ilegais a civis; ataques ilegais contra objetos civis; destruição não justificada por necessidades militares; saques de propriedades públicas e privadas; destruição ou danos a instituições destinadas a educação ou religião; homicídio; tratamento desumano; confinamento ilegal de civis; atos desumanos; perseguição e aprisionamento.

Mario Cerkez era o comandante da Brigada de Vitez do Conselho de Defesa Croata, tendo sido condenado a 6 (seis) anos de reclusão pelos crimes de: perseguição; aprisionamento e confinamento ilegais de civis.

No acórdão, a Corte de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia discorreu sobre as funções da pena, claramente identificando uma pluralidade de finalidades. Dentre as elencadas pela Corte, deslumbram-se as seguintes

³⁵⁰ DRUMBL, Mark A. Collective... p. 556.

³⁵¹ Caso número IT-95-14/2-A. Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia. 17 de dezembro de 2004.

funções, descritas como relevantes quando da aplicação da sentença: prevenção geral negativa, prevenção geral positiva, retribuição e prevenção especial positiva.

3.4.1.1 Retribuição

Ao discorrer sobre a retribuição a Corte afirma que esta não deve ser confundida como uma forma de expressar vingança. Citando jurisprudência da Suprema Corte do Canadá³⁵², assevera que a retribuição deve ser vista como algo objetivo, racional e mensurável a determinar a quantia apropriada de punição.

De acordo com a sentença, a retribuição deve refletir a culpabilidade, levando em consideração o risco, as consequências do mal infligido e as características da conduta do autor.

Ademais, a sentença reconhece o caráter limitador, afirmando que a retribuição requer somente imposição de uma punição justa e apropriada.

Por derradeiro, cita que a retribuição deve ser interpretada de acordo com o termo *just deserts* (expressão que, em tradução livre, caracteriza algo como: “fez por merecer”). Ou seja, a legitimação da punição em uma sentença condenatória por crimes contra a humanidade, deve ser proporcional à gravidade do crime e a culpabilidade do autor.

3.4.1.2 Prevenção geral negativa (*deterrence*)

A Corte, principalmente em consonância com o entendimento doutrinário da *common law*, entende que a *deterrence*, tanto geral quanto individual, é uma importante função a ser considerada.

No âmbito individual afirma que a sanção criminal internacional deve afetar o condenado, na medida em que o demova da ideia de reincidir após o cumprimento da pena.

³⁵² CANADÁ. Caso R. v. M. (C.A.) , ; [1996] 1 S.C.R. 500. Suprema Corte do Canadá. 21 de março de 1996.

No plano geral, a punição deve servir para dissuadir os potenciais perpetradores de crimes similares. No contexto de combater crimes internacionais, a prevenção atuaria como uma tentativa de advertir aquelas pessoas que acreditam estar fora do alcance do DIP.

Para o TPII essas pessoas em condição de poder análoga aos que estão sendo julgadas precisam ser alertadas do dever de respeito às normas globais fundamentais de direito criminal, sob o risco de enfrentar não somente um julgamento, mas também de receber punições impostas pelos tribunais internacionais.

3.4.1.3 Prevenção especial positiva

A prevenção especial positiva é uma forma de reabilitar o condenado. Assim, a sentença reconhece que uma das finalidades é a de reintegrar o autor do crime à sociedade.

Citando o caso *Celebici* (o qual será analisado adiante), a Corte de Apelação salienta que mesmo que o direito nacional e instrumentos internacionais de direitos humanos sustentem que a reabilitação deve ser uma das principais funções quando da aplicação da pena, ela não pode ter um papel predominante no processo decisório dos tribunais internacionais.

Isso derivaria da natureza atroz da maioria dos crimes cometidos que estão sendo julgados. Assim, para o TPII, a finalidade de ressocialização deve ser considerada subsidiária frente a gravidade dos crimes (a retribuição).

Além disso, a Corte afirma que a aplicação da prevenção especial positiva como elemento central da sentença violaria o princípio da proporcionalidade e colocaria em xeque a legitimação das outras funções da pena.

3.4.1.4 Prevenção geral positiva

Ainda nesta sentença, em uma posição vanguardista, a Corte reconhece que uma das mais importantes funções na aplicação da sanção criminal imposta por um

Tribunal Internacional é deixar absolutamente claro que o sistema jurídico internacional esta implementado e é eficaz.

Essa espécie de prevenção possui uma função educacional, passando a mensagem de que as regras de direito humanitário internacional devem ser obedecidas sob qualquer circunstância. Dessa sorte, a aplicação da sentença busca internalizar essas regras e internalizar uma espécie de “moralidade” internacional na consciência da comunidade em geral.

Interessante ressaltar a proximidade entre os ideais da prevenção geral positiva e a aplicação da reprovação pelo crime cometido. Assim, ao acabar com a impunidade que impera quando do cometimento das graves violações de direito humanitário internacional estar-se-ia, concomitantemente, reafirmando a validade jurídica dessas mesmas normas.

Sancionar e findar a impunidade assegura ao público em geral que o sistema legal é válido, o que os influenciaria a não violar o sistema de proteção aos direitos humanos.

Essa função preventiva positiva geral parece assumir contornos de protagonista em um tribunal penal internacional, de acordo com a Corte, até mesmo porque ainda não se tem um longo histórico de aplicação da jurisdição internacional quando do cometimento de sérias violações de direito internacional humanitário e humanos.

O triste legado de guerras que o mundo assistiu mostra que até hoje muitos dos perpetradores acreditam que violações de normas internacionais vinculativas podem ser justificadas, uma vez que eles estariam lutando por uma causa justa. E são, principalmente, essas pessoas que precisam entender que o direito internacional é aplicável à todos, inclusive em tempos de guerra³⁵³.

3.4.2 Caso *Prosecutor v. Zejnir Delalic et all.*³⁵⁴

³⁵³ Vide: VASSALI, Giuliano. **Ultimi Scritti**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007. p. 397.

³⁵⁴ Caso número IT-96-21-A. Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia. 20 de fevereiro de 2001.

Este caso, também chamado de *Celebici Case*, uma vez que se trata de fatos criminosos ocorridos no campo de prisioneiros de Celebici, igualmente é considerado um caso chave, em decorrência das questões enfrentadas.

Neste caso foram processados: (1) Zdravko Mucic, comandante do campo de prisioneiros de Celebici, condenado a 9 (nove) anos de reclusão pelos crimes de causar intencionalmente sofrimento ou graves lesões, confinamento ilegal de civis, homicídios, tortura e tratamento desumano; (2) Hazim Delic, sub-comandante do campo de prisioneiros, condenado a 18 (dezoito) anos de reclusão pelos crimes de homicídios, tortura, causar intencionalmente sofrimento ou graves lesões e tratamento desumano; (3) Esad Landzo, guarda no campo de prisioneiros, condenado a 15 (quinze) anos de reclusão pelos crimes de homicídio, tortura e causar internacionalmente sofrimento ou graves lesões; e (4) Zejnil Delalic, comandante do Exército Bosnio, inocentado.

Na sentença, pode-se perceber uma maior ênfase às teorias da prevenção geral negativa e da prevenção especial positiva.

3.4.2.1 Prevenção geral negativa

A corte, preliminarmente, afirma que a *deterrence* é um importante fator a ser considerado no tribunal internacional. Ao citar sua própria jurisprudência em um caso anterior, assevera que quando o Conselho de Segurança da ONU estabeleceu o TPII tinha como objetivo levar as pessoas responsáveis por sérias violações do direito humanitário internacional na região à justiça e, dessa forma, evitar futuras violações.

3.4.2.2 Prevenção especial positiva

Esta teoria foi explorada através de precedentes e da decisão que julgou acertada a sentença condenatória de primeira instância em relação à reabilitação, afirmando que deve ser considerada a possibilidade de reintegrar o condenado na sociedade.

Entretanto, assevera que isso seria principalmente útil em casos onde os condenados são jovens ou com menor nível de instrução educacional. Seria necessária a reintegração deles na sociedade para que se tornem produtivos e levem uma vida normal após o cumprimento da sentença.

Para o TPII é importante levar em consideração alguns fatores para decidir sobre a possibilidade real de utilização da reintegração: a idade do acusado; as circunstâncias; seu potencial de reabilitação; e as instalações proporcionadas durante o confinamento.

Todavia, a corte ressalva que essa função possui aspectos diferentes dos aplicados na justiça nacional, principalmente por causa da natureza gravíssima dos crimes processados. Independente de constar em diversos instrumentos de direitos humanos a previsão da importância da reabilitação, esta não pode ter um papel central na sentença dos tribunais internacionais.

3.4.3 Caso *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*³⁵⁵

Outra importante decisão do Tribunal Penal para antiga Iugoslávia é o caso do antigo General Tihomir Blaskic, condenado inicialmente a 45 (quarenta e cinco) anos de prisão, pena diminuída em sede de apelação para 9 (nove) anos, pelos crimes de tratamento desumano (grave violação da Convenção de Geneva) e de tratamentos cruéis (violação das leis e costumes de guerra). Blaskic era Coronel do Conselho de Defesa Croata.

Nessa decisão, praticamente pacificando entendimento em relação ao caso *Prosecutor v. KORDIC e CERKEZ*, o tribunal reconheceu em poucos parágrafos que as finalidades das sanções criminais consideradas devem ser: (a) prevenção geral negativa (*deterrence*); (b) prevenção geral positiva; (c) retribuição; e (d) prevenção especial positiva (reabilitação).

³⁵⁵ Caso número IT-95-14/A. Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslávia. 29 de julho de 2004.

3.4.4 Caso *Prosecutor v. Theoneste Bagosora et al.*³⁵⁶

Em 18 de dezembro de 2008 o Tribunal Penal Internacional para Ruanda considerou os acusados culpados pelos crimes de genocídio, crimes contra humanidade e sérias violações à Convenção de Genebra. Todos foram condenados à prisão perpétua.

O processo de Theoneste Bagosora (na época ocupava o cargo de Ministro da Defesa de Ruanda), Aloys Ntabakuze (Comandante das Forças Armadas) e Anatole Nsengiyumva (um ex-coronel), encontra-se em fase de apelação.

A TPIR, ao analisar as sanções criminais a serem impostas, citou que as penalidades devem refletir as funções de (a) retribuição, (b) prevenção geral negativa (*deterrence*), (c) prevenção especial positiva e (d) prevenção geral positiva.

Entretanto, o Tribunal discorreu longamente sobre a gravidade das ofensas, deixando claro sua preferência pela retribuição, tendo somente citado de forma singela aquelas funções. Note-se o fato que os acusados foram sentenciados a prisão perpétua e, não obstante, a função da prevenção especial positiva foi citada, revelando uma insanável contradição.

3.4.5 Caso *Prosecutor v. Alfred Musema*³⁵⁷

Alfred Musema, na época Diretor de uma fábrica de chá da região de Kibuye, foi condenado a pena de prisão perpétua pelo cometimento dos crimes de genocídio, crimes contra humanidade (exterminação) e crimes contra a humanidade (estupro).

O TPIR ao analisar a sanção criminal a ser imposta levou em consideração as finalidades de: (a) retribuição, como forma a mostrar aos próprios perpetradores de que os crimes que cometeram são punidos; e (b) prevenção geral negativa, com o intuito de dissuadir qualquer pessoa que esteja tentada a cometer qualquer atrocidade,

³⁵⁶ Caso número ICTR 98-41-T. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. 18 de dezembro de 2008.

³⁵⁷ Caso número ICTR 96-13-A. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. 27 de janeiro de 2000.

revelando a elas que a comunidade internacional não tolera sérias violações internacionais de direitos humanos e humanitários.

3.4.6 Caso *Prosecutor v. Moinina Fofana e Allieu Kondewa*³⁵⁸

A Corte Especial para Serra Leoa (CESL), com competência de julgar crimes de guerra e crimes contra humanidade ocorridos durante a guerra civil, assim como os demais tribunais internacionais criminais, utiliza(ou) em suas sentenças precedentes internacionais sobre a matéria.

Os acusados, Moinina Fofana e Allieu Kondewa (ambos líderes das Forças de Defesa Civil de Serra Leoa), foram sentenciados, respectivamente, a 15 (quinze) anos e 20 (vinte) anos de reclusão. Fofana foi considerado culpado pelos crimes de homicídio como crime contra a humanidade; violência contra a vida, saúde física ou mental das pessoas; outros atos desumanos como crime contra a humanidade; tratamento cruel e pilhagem. Kondewa foi considerado culpado pelos crimes de homicídio como crime contra a humanidade; violência contra a vida, saúde física ou mental das pessoas; outros atos desumanos como crime contra a humanidade e tratamento cruel.

Ao discorrer sobre os objetivos da sanção criminal, a Corte reconheceu que as finalidades primordiais são: (a) retribuição, (b) prevenção geral negativa (*deterrence*), (c) prevenção especial positiva e (d) prevenção geral positiva.

A Corte afirma que a retribuição não deve ser entendida como uma simples vingança, mas sim como uma forma de expressar que não serão toleradas pela justiça internacional criminal sérias violações ao direito internacional humanitário e humanos.

Ainda sobre a retribuição, assevera o mesmo conceito, explanado anteriormente, interpretado pela Suprema Corte do Canadá³⁵⁹, a qual legitima a função como a imposição de aplicação punitiva justa e proporcional à conduta do autor.

³⁵⁸ Caso número SCSL-04-14-T. Corte Especial para Serra Leoa. 09 de outubro de 2010.

³⁵⁹ Caso *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500. Suprema Corte do Canadá. 21 de março de 1996, em anexo.

Sobre a reabilitação a corte afirma que, por mais que seja considerada como uma finalidade desejável, possui maior relevância nas jurisdições domésticas do que nas internacionais (haja vista a gravidade dos fatos julgados).

Por derradeiro cita o precedente da TPII, reforçando que uma das principais funções da sentença imposta pelo tribunal internacional necessita ser a de afirmar ao público em geral, vítimas, familiares e ao próprio acusado, que o sistema penal internacional esta em vigor e é eficaz. Passa-se, assim, a mensagem que as leis e regras internacionais devem ser respeitadas por todos.

3.4.7 Caso *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*³⁶⁰

Isaa Sesay, Morris Kallon e Augustine Gbao, todos líderes da Frente Unida Revolucionária, foram condenados por terem cometido crimes de guerra, crimes contra humanidade e outras violações de direito humanitário internacional. Respectivamente foram sentenciados a 52 (cinquenta e dois) anos, 40 (quarenta) anos e 25 (vinte e cinco) anos de reclusão.

Em interessante decisão, a CESL afirma que é pacífico o entendimento de que os objetivos e finalidades da sentença na esfera internacional derivam essencialmente da doutrina doméstica sobre sanções penais.

Posteriormente apregoa que em decisões anteriores a Corte de Apelação da CESL vêm decidindo que os objetivos primários da sanção criminal que legitima a sentença devem ser a retribuição e a *deterrence*.

Assevera que a teoria absoluta implica que a punição deva ser proporcional a culpabilidade e a gravidade da ofensa, afastando a vingança como fundamento da retribuição.

Explica que se deve considerar a prevenção geral negativa como forma de os condenados servirem de exemplos para outras pessoas, as quais desistiriam de cometer esses graves crimes por receio de serem punidos.

³⁶⁰ Caso número SCSL-04-15-T. Corte Especial para Serra Leoa. 08 de abril de 2009.

De maneira significativa a CESL adota também a ideia de incapacitação (prevenção especial negativa) como um objetivo a se pesar na prevenção de crimes futuros, uma vez que o condenado seria retirado da sociedade.

Além dessas funções, a decisão lembra - através de um precedente do Tribunal Penal Internacional para antiga Iugoslávia -, a prevenção geral positiva.

Por último discorre sobre prevenção especial positiva afirmando que é importante restaurar a saúde física, mental e moral do condenado, por intermédio de tratamento e educação, para que ele possa se tornar um membro útil para a sociedade. Entretanto, a corte afirma que por mais que essa função seja importante como finalidade da pena, sua relevância é mais acentuada no âmbito interno dos Estados.

3.4.8 Caso *Dutch*³⁶¹

As Câmaras Extraordinárias na Corte de Camboja³⁶² (CECC) é um tribunal criminal internacional híbrido, estabelecido em um acordo com a ONU, com competência para o julgamento de graves violações do Código Penal de Camboja, direito internacional humanitário e costumeiro e convenções internacionais reconhecidas por Camboja, cometidas durante o período de 17 de abril de 1975 a 06 de janeiro de 1979 (quando o Khmer vermelho governou o país).

Na primeira sentença publicada pelo CECC, *Dutch*, o qual era responsável pelo comando da prisão situada em Kampong Thom, foi condenado a 35 (trinta e cinco) anos de prisão, por ter praticado crimes contra humanidade e graves violações das Convenções de Genebra (ações que resultaram na morte e tortura de mais de doze mil pessoas)³⁶³.

Na decisão a Corte utiliza amplamente a jurisprudência de outros tribunais penais internacionais, sobremaneira o TPIR e TPII, inclusive quando se trata da análise das funções das penas.

³⁶¹ Caso número 001/18-07-2007/ECCC/TC. Câmaras Extraordinárias na Corte de Camboja. Acusado: Guek Eav Kaing, vulgo Dutch. 26 de julho de 2010.

³⁶² *Extraordinary Chamber in the Courts of Cambodia*.

³⁶³ KIELSGARD, Mark D. The Legality Principle in Sentencing at the ECCC: Making Up Law as It Goes Along? *Asian Journal of International Law*. v. 2. n. 1. 2012. p. 119-136. p. 119.

Primeiramente a CECC assevera, abarcando a prevenção geral positiva, que uma importante finalidade é reafirmar às vítimas, suas famílias, testemunhas e ao público em geral a validade e efetividade da lei. Deve transpassar a ideia de que as regras devem ser respeitadas por todos, independentemente do status ou posição social.

Termina afirmando que uma função óbvia da pena é a retribuição, mas não na forma de vingança. A punição deve ser proporcional à culpabilidade, à sua conduta e aos danos causados.

4 CONSIDERAÇÕES, CONTROVÉRSIAS E CRÍTICAS SOBRE AS FUNÇÕES DAS PENAS NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Consoante o exposto anteriormente, uma teoria sobre os fins das penas no âmbito internacional ainda está incipiente³⁶⁴. Deste modo, tendo em vista as diversas análises jurisprudenciais e da doutrina internacional concernente à matéria, algumas questões surgem como forma a contribuir para o desenvolvimento da legitimação da sanção punitiva no DIP.

Assim como a longa história do Direito Penal interno nos mais diversos países sofreram (e continuam a sofrer) constantes mutações em relação a sua finalidade e fundamentação, no DIP a discussão é embrionária. Neste diapasão, é fundamental uma digressão crítica referente à finalidade da pena do âmbito doméstico para o externo, bem como a proposição de posições com o intuito de contribuir ao debate.

Percebe-se nos textos e estudos sobre a matéria uma profunda divergência doutrinária e jurisprudencial³⁶⁵, muito devido às diferentes tradições e escolas jurídicas. Contudo, a importância do assunto concretiza-se na influência que a fundamentação da sanção assume nas decisões e atos da comunidade internacional, bem como no momento decisório dos casos levados a julgamento.

4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA RETRIBUIÇÃO NO DIP

Se a fundamentação do ideal retributivo se encontra no próprio cometimento do crime, ou seja, a punição subsiste pelo fato do delito praticado, as críticas tecidas no âmbito interno³⁶⁶ também se aplicam no internacional.

Dessa forma, caso a pena assuma um viés unicamente de retribuição, afastar-se-ia o caráter utilitário mais básico previsto nos Estatutos de todos os tribunais

³⁶⁴ AMBOS, Kai. **Temas...** p. 73.

³⁶⁵ De acordo com Emanuela Fronza a jurisprudência internacional tem se demonstrado incoerente ao trabalhar com as funções da pena. (FRONZA, Emanuela. *Le Sanzioni*. AMATI, Enrico; et al. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. 2. ed. Milão: Giuffré, 2010. p. 325-374. p. 349.)

³⁶⁶ *Vide* capítulo 2.1.3.

internacionais implementados até hoje, qual seja, o de utilizar o sistema criminal internacional para prevenção de graves delitos.

Entretanto, é impossível não admitir que toda sanção criminal possui, invariavelmente, algum traço retributivo.

Conforme já explanado, a doutrina moderna reconhece esta teoria como limite punitivo, ou seja, a sanção aplicada como justa retribuição fundada na culpabilidade do agente³⁶⁷. E aqui a primeira crítica se impõe: se a retribuição se funda na culpabilidade como forma de reprovação e punição pelo ato praticado, é fundamental a individualização das condutas, pois cada um deve responder pelo seu próprio ato³⁶⁸.

Entretanto, os crimes internacionais são altamente complexos e, via de regra, cometido por grande quantidade de autores (milícias, exércitos, população em geral), o que impediria a identificação e individualização dos atos praticados por cada um dos perpetradores. O modelo retributivo não se baseia em um senso comum generalizado de responsabilidade, mas sim em punição que guarde estrita relação com a conduta criminosa efetivamente cometida, uma vez que a sanção criminal deve ser proporcional ao ato (ou seja, “justa”)³⁶⁹.

Outras questões, quando elevadas ao plano internacional, também merecem reflexão, uma vez que a retribuição punitiva equivalente é impraticável, tendo em vista os crimes sob a égide do DIP.

Pertinentemente se indaga: qual seria o limite punitivo para o agente responsável pela morte de milhares de pessoas? Ou ainda, qual a pena proporcional ao comandante que ordenou a tortura e tratamentos degradantes massivamente contra civis?

Este foi um dos problemas encontrados para a elaboração do Tribunal Penal Internacional, haja vista diversos países defenderem a pena de morte como justa para os crimes internacionais (por terem contornos máximos de gravidade). Ao final prevaleceu a força dos países europeus ocidentais e da América do Sul, os quais não

³⁶⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 71.

³⁶⁸ RUTLEDGE, Kristina D. Op. Cit. p. 70.

³⁶⁹ Ibidem. p. 71.

admitem a pena de morte em nenhuma hipótese, em decorrência de princípios fundamentais constitucionais³⁷⁰.

Apreende-se que o contorno prático de retribuição é extremamente problemático no DIP. Em uma escala de gravidade a pena máxima prevista no ER é a prisão perpétua³⁷¹. E mesmo que a prisão perpétua seja aplicada, a Corte deve rever a sentença para determinar se é necessária a redução da pena transcorridos 25 (vinte e cinco) anos³⁷².

É justamente baseada na identificação da pena mais severa cominada que deve ser gerada uma “escala de gravidade”, para que, com isso, possa-se graduar de forma justa a proporcionalidade entre a ofensa e a sanção³⁷³ a ser aplicada³⁷⁴.

Defensores da teoria retributiva asseveram que esta seria a função que melhor protegeria o sentenciado, uma vez que a “escala” proporcional à gravidade da ofensa minimiza a discricionariedade dos julgadores, bem como os impede de aumentar a pena com base em características sociais ou pessoais³⁷⁵.

É inegável que grande parte da doutrina e a jurisprudência majoritária defendem a teoria retributiva, porém Kai Ambos argumenta que “se debe rechazar la *retribución* en cuanto fundamento o finalidad de la pena”³⁷⁶, dentre outros motivos, porque seria impensável chegar à proporção entre a sanção e o dano cometido³⁷⁷.

³⁷⁰ KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. Op. Cit. p. 42.

³⁷¹ O que também causou acalorados debates, haja vista, diversos países terem em seus ordenamentos jurídicos a impossibilidade da pena de prisão perpétua (posição, v.g. do Brasil). Entretanto, para que as negociações pudessem avançar, já que os países favoráveis à pena de morte ao menos firmaram entendimento da possibilidade da prisão perpétua, esta pena máxima foi adotada.

³⁷² Art. 110, 3, ER

³⁷³ D'ASCOLI, Silvia. Op Cit. p. 65.

³⁷⁴ Para Felix Herzog, a dosimetria deve ser ponderada, primeiramente, pelo bom senso. Ademais, a severidade da pena deve ser proporcional a severidade do crime. Por sua vez, a severidade do crime deve ser sopesada por dois fatores: (1) pelo dano causado com a ação criminosa; e (2) pela culpabilidade, ou seja, a “quantidade” de liberdade de escolha que o agente possuía ao cometer o delito e, caso ele estivesse inserido numa estrutura social “malévola”, qual era a função exercida nesta estrutura. HERZOG, Felix. How to Find the Proportionate Criminal Sentence for Crimes Against Humanity. **The Finnish Yearbook of International Law**. n. 12. 2001. p. 269-279. p. 279.

³⁷⁵ D'ASCOLI, Silvia. Op Cit. p. 65.

³⁷⁶ AMBOS, Kai. **Temas...** p. 71.

³⁷⁷ Para Juarez Tavares, “jamais se poderá alcançar uma perfeita relação de proporcionalidade entre a ofensa e a consequência penal”. TAVARES, Juarez. Criminalidade nacional, transnacional e internacional. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 421-434. p. 426.

Ainda segundo o autor alemão, a teoria retributiva possui inúmeros fatores que impedem a formação de um consenso sobre um grau justo de retribuição no âmbito internacional: as discrepantes representações e concepções de justiça, bem como as diferentes e variadas culturas e religião³⁷⁸.

E, independente dessas diferenças, a elaboração de uma “escala de gravidade” justa não é pacífica, até mesmo pela ausência de diretrizes claras de dosimetria da pena. Salienta-se que a prática processual demonstra que inúmeras sentenças condenatórias internacionais preveem penas consideradas baixas³⁷⁹, principalmente em comparação a sentenças nacionais (mesmo quando os crimes julgados pelos tribunais internacionais são mais graves que os julgados pelos tribunais nacionais)³⁸⁰.

Por outro lado, uma crítica recorrente no âmbito doméstico é que, por a retribuição se basear no conceito de ideal de *justiça*, fundamenta-se sua aplicação na falaciosa liberdade e igualdade perante entre os cidadãos³⁸¹. Ou seja, como há uma desigualdade entre as diversas classes e grupos, não é possível que se fale em um conceito único de justiça e, conseqüentemente, não se pode falar em retribuição justa.

Essa crítica, normalmente desenvolvida pelas diversas escolas criminológicas, deve ser ponderada para a realidade internacional. Isso porque, por mais que o conceito de justiça efetivamente tenha suas peculiaridades étnico-culturais, é basicamente homogêneo em todas as culturas o caráter nocivo dos delitos internacionais de genocídio e de crimes contra a humanidade, por exemplo.

Dessa forma, mesmo em se aceitando a diversidade de pensamento, valores, experiências e incentivos, algumas condutas são historicamente e mundialmente consideradas inaceitáveis. Assim, por mais que se possa utilizar o sistema criminal

³⁷⁸ AMBOS, Kai. **Temas...** p. 67.

³⁷⁹ A título exemplificativo, dos quarenta acusados cujas sentenças condenatórias transitaram em julgado no TPIR, quatorze foram condenados a prisão perpétua; por sua vez, dos sessenta e três acusados cujas sentenças condenatórias transitaram em julgado no TPII, somente um foi condenado a prisão perpétua).

³⁸⁰ Neste sentido o estudo de casos de Jens Ohlin: OHLIN, Jens David. *Towards a Unique Theory of International Criminal Sentencing*. In: SLUITER, Goran; VASILIEV, Sergey. **International Criminal Procedure: Towards a Coherent Body of Law**. Londres: Cameron May, 2009. p. 373-404.

³⁸¹ RAMIREZ, Juan Bustos. *Op. Cit.* p. 21.

internacional como forma de controle dos países hegemônicos contra países não alinhados, isso não legitimaria ou escusaria a ação criminosa internacional.

Por derradeiro, faz-se necessária uma análise sobre a seletividade do sistema penal internacional, a qual é absolutamente incompatível com a doutrina retributiva.

Os estudos internacionais reconhecem cinco principais formas de atuação fragmentária do DIP e do TPI, algumas das quais possuem consequências indesejáveis e impeditivas de uma atuação plena, além de representar uma grande ameaça para sua legitimação³⁸²:

Primeiramente há seletividade em relação àqueles países não signatários do ER, muitos dos quais considerados os principais violadores de direitos humanos e humanitários do planeta³⁸³. Estes países, juntamente com os países acionados em missão pelo Conselho de Segurança da ONU³⁸⁴ e os próprios funcionários da ONU³⁸⁵, não estão, via de regra, sujeitos a jurisdição do TPI³⁸⁶.

Em segundo lugar, há seletividade ao selecionar de forma discricionária alguns dos comandantes e chefes político-militares em conflitos e excluindo outros³⁸⁷. Em

³⁸² DEGUZMAN, Margaret M. Op. Cit. p. 1.

³⁸³ A esse respeito, vide o magistério de Faria Costa, o qual critica: “Por certo que a concreta regulamentação do Tribunal pode sofrer, com legitimidade, em nosso entender, outros ataques ou acusações de natureza mais técnico-jurídica, mas o que importa salientar é que é, precisamente, nesta assunção de inigualdade, neste quase aceitar compassivo a força, o *Faustrecht* e não a justiça, nesta ausência de aplicação de uma jurisdição universal, porque os mais poderosos ficam de fora, neste redutor papel de querer ser um exemplo quando só se pode ser ilustração de tudo o que negativamente o circunscreve e atrofia, que radicam todos os limites materiais que impossibilitam a afirmação de uma verdadeira e real legitimidade material do TPI.” COSTA, José de Faria. Op. Cit. p. 109.

³⁸⁴ Vide: AMBOS, Kai. Ameaça : o direito penal internacional perdeu sua inocência. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.119, p. 3, out. 2002.

³⁸⁵ WEISS, Wolfgang. Security Council Powers and the Exigencies of Justice after War. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. vol. 12. 2008. p. 45-111. p. 108.

³⁸⁶ Modernamente, outro problema com capacidade de afetar ainda mais o rudimentar campo do sistema jurisdicional internacional penal surge: a crescente atuação em conflitos por parte de tropas privadas, bandos de mercenários não vinculados a Estados e, até mesmo, empresas de segurança privada que cometem crimes internacionais. Sobre o assunto, instigante o artigo de Michael Hoffman. HOFFMAN, Michael H. Emerging Combatants, War Crimes and the Future of International Humanitarian Law. **Crime, law & Social Change**. vol. 34. 2000. p. 99-110. Por sua vez, Andrew Clapham afirma que os atores não estatais, como grupos armados e empresas de segurança privadas também possui a obrigação de respeitar os direitos humanos. CLAPHAM, Andrew. Obligaciones Dimanantes de los Derechos Humanos para los Actores no Estatales en Situaciones de Conflicto. **International Review of Red Cross**. n. 863. set. 2006. p. 1-38. p. 37.

³⁸⁷ Para Margaret deGuzman outra causa da seletividade seria a verba que o TPI teria para conduzir as investigações. Ademais, a autora defende que o TPI deve selecionar os crimes e os processados de

Ruanda, por exemplo, dos aproximadamente 130.000 criminosos de guerra, somente cerca de 50 estão sendo ou foram julgados pelo TPIR, e em Nuremberg, estima-se que somente cerca de 3,5% dos suspeitos por crimes de guerras foram processados³⁸⁸. A complexidade dos casos objetos de investigação perante os tribunais internacionais não possibilitaria a persecução criminal em relação a todos eles³⁸⁹.

Os conflitos de guerra muitas vezes envolvem centenas de milhares de pessoas, sendo que uma quantidade razoável destas cometem crimes internacionais. Isso fica mais evidente ao considerar o princípio da não exclusão da responsabilidade individual por ordem hierárquica superior.

Para que possa haver alguma forma de persecução, a promotoria dos tribunais elegem determinados perpetradores para responder. Essa eleição se dá sopesando a gravidade do crime e a função desempenhada pelo investigado. Em razão desta escolha, fica evidente que uma grande parte dos autores e partícipes dos fatos delitivos não é processada pelos tribunais internacionais.

Um exemplo é o caso do primeiro acusado pelo TPI, Thomas Lubanga³⁹⁰. Para parte da doutrina, o crime que ele está sendo processado (crimes de guerra pelo uso de crianças como soldados) não seria grave suficiente, quando, por outro lado, deveria estar se investigando crimes de guerra cometidos pelos soldados britânicos no Iraque³⁹¹. Outro exemplo é a persecução somente dos rebeldes (e não das forças estatais) em casos nos territórios de Uganda e do Congo³⁹².

Em terceiro lugar há seletividade na impossibilidade de individualização de ações criminosas coletivas. Aqui, mais uma vez deve se considerar a situação fática

acordo com a habilidade destes em maximizar o impacto de expressão da Corte. DEGUZMAN, Margaret M. Op. Cit. p. 1.

³⁸⁸ NZELIBE, Jide; KU, Julian. Do International Criminal Tribunal Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities? *Washington University Law Review*. v. 84. n. 4. 2006. p. 777-833. p. 808.

³⁸⁹ De acordo com Martti Koskeniemi a seletividade ocorreria até por uma questão de logística. Citando exemplos, o autor lembra que: mais de 100.000 suspeitos de crimes de guerras residiam na Alemanha, somente nas zonas de ocupação norte-americana e britânica; e em Ruanda, as prisões eram ocupadas por cerca de 120.000 internos acusados de crimes de guerra. Assim, um julgamento adequado de todos os indivíduos seria impossível. KOSKENIEMI, Martti. Between impunity and Show Trials. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. v. 6. n. 1. 2002. P. 387-421. p. 397.

³⁹⁰ Vide STEINER, Sylvia. O Tribunal Penal Internacional e o caso das crianças soldados. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 15, n. 179, p.14, out. 2007.

³⁹¹ DEGUZMAN, Margaret M. Op. Cit. p. 3.

³⁹² Idem.

complexa dos conflitos e guerras. Neste contexto a especificação de cada ato, relacionando a cada autor, é extremamente difícil, quiçá impossível.

Face estas considerações, a persecução penal atua seletivamente, fixando suas atuações em poucos, mais importantes e mais evidentes crimes cometidos.

Em quarto lugar há seletividade quando, por exemplo, os tribunais são impedidos de atuar por requisição do Conselho de Segurança da ONU, em episódios específicos determinados por este³⁹³. Assim, as decisões de investigação sobre casos graves de violações humanitárias e de direitos humanos ficam sujeitas a avaliações de conveniência e acordos políticos por parte do CS³⁹⁴.

Em quinto lugar, selecionando determinadas condutas criminosas como objeto de atuação e excluindo outras que podem, em uma hipotética escala de gravidade, ser tão grave quanto as condutas criminalizadas escolhidas sob a égide jurisdicional.

Essas cinco formas de alta seletividade inviabiliza a teoria retributiva. Isso porque ao selecionar somente alguns autores envolvidos em determinado conflito (excluindo outros de forma discricionária) ou ao selecionar alguns indiciados com base na sua nacionalidade (excluindo os nacionais de países hegemônicos), a dogmática retributiva é aniquilada ao não punir os que também mereceriam sanção.

Ademais, além de a seletividade ser incompatível com a retribuição, ela também se consubstancia em um obstáculo para uma atuação global e imparcial dos

³⁹³ “Em razão da atuação do Conselho de Segurança das Nações Unidas em busca da paz e segurança ser um fim básico da sociedade internacional, em seu nome o art. 16 do Estatuto de Roma pode ser utilizado para suspender o processo penal por 12 meses, prorrogáveis por igual período. Entretanto, a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma esse mecanismo foi utilizado irregularmente por dois anos, a fim de imunizar de maneira preventiva o pessoal de Estados não-Partes do Estatuto que participa de operações de paz das Nações Unidas.” JARDIM, Tarciso Dal Maso. Op. Cit. p. 15.

³⁹⁴ Salienta-se que a atuação política do CS não somente se refere à impedir determinadas investigações, como também à criação dos tribunais *ad hoc*s do TPII e TPIR, sendo que em outros lugares ocorreram crimes em massa tão graves quanto nos territórios da Iugoslávia e Ruanda, sem que tenham sido criados outros tribunais. Este fato, além de demonstrar, mais uma vez, a seletividade em que o DIP atua, afeta a legitimidade daqueles tribunais. Neste diapasão, importante a lição de Pedro Caeiro. CAEIRO, Pedro. Claros e Escuros de um Auto-Retrato: Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. In: **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 11-31.

órgãos judiciais criminais internacionais, bem como para efetivar a proteção de direitos humanos³⁹⁵.

Dito de outro modo: na prática criminal internacional, poucas pessoas ou entidades recebem a “punição justa”, contudo muitas outras (principalmente de países e organizações poderosas) são absolvidas de qualquer responsabilidade³⁹⁶.

Se a retribuição baseia-se no imperativo categórico, onde **todos** aqueles autores de atos desviados merecem a sanção, sob pena de se violar a justiça e de o número de delitos aumentarem³⁹⁷, a seletividade impede de forma implacável essa pretensão.

4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PREVENÇÃO GERAL NO DIP

A totalidade das sentenças analisadas e grande parte dos estudos doutrinários indica a prevenção geral (*deterrence*) como a mais importante função da sanção criminal internacional.

Esta teoria sustenta como finalidade da punição (e do próprio sistema) a prevenção de outros crimes, seja por intermédio da ameaça de uma possível sanção caso o comportamento seja desviado, seja por reafirmar a confiança da sociedade no ordenamento jurídico.

Contudo, a intimidação geral através de condenações por parte das cortes internacionais é de difícil comprovação. Além de carecerem estudos empíricos sobre esta teoria³⁹⁸ – até mesmo pela dificuldade precípua de pesquisa com “potenciais

³⁹⁵ Neste sentido a intervenção de Antonio Suxberger: “A realização de um compromisso de efetividade dos direitos humanos só pode se dar no campo jurídico-penal por meio da reconstrução da categoria política criminal, na medida em que será ela a pavimentar uma aproximação teórica que justifique o aporte da criminologia para a visibilização do contexto subjacente ao sistema de justiça criminal. Abalar a manutenção desse sistema hoje, com seu altíssimo grau de seletividade, é o desafio daqueles que se propõem a pensar o sistema de justiça criminal, com vistas a fomentar práticas e instrumentos de ação popular, tudo de sorte a possibilitar a transformação da atual realidade.” SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A superação da visão abstrata do sistema de justiça criminal a partir dos direitos humanos**. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2009. p. 27.

³⁹⁶ DRUMBL, Mark. Collective... p. 588.

³⁹⁷ Vide capítulo 2.1.

³⁹⁸ Importante ressaltar o magistério de Paul Wolf, o qual afirma que não somente faltam provas empírico-criminológicas que sustentem a prevenção geral e individual com a aplicação da sanção, como também existem provas empírico-criminológicas que o direito penal preventivo é uma “arma” ineficaz e disfuncional. WOLF, Paul. Op. Cit. p. 69.

delinquentes” (aliás, quem seriam os potenciais delinquentes?) -, é temerário analisar se em casos étnicos e de guerra os sujeitos envolvidos realmente abster-se-iam de praticar crimes humanitários somente pelo fato de haver condenações anteriores.

Deve-se lembrar que, no âmbito internacional, os indiciados pelo cometimento dos graves crimes contra os direitos humanos e humanitários são, em sua maioria, pessoas com poder político e/ou militar em condição de comando (chefes de estado, ministros, comandantes militares). De tal modo, a constatação empírica da dissuasão resta insuficiente, até mesmo pelo sentimento inerente a essas pessoas, as quais acreditam estar fora de quaisquer riscos de serem detidos (seja pelo fato de acreditarem estar agindo em nome do Estado e seus valores; seja pela confiança em possuir poderes absolutos e acima de qualquer instância ou poder internacional)³⁹⁹.

Jens Ohlin desacredita a teoria da prevenção geral negativa internacional, apontando quatro fatores: (1) aqueles que matam e estupram civis são motivados por uma gama de fatores (ódio, disputas raciais, etc), e esses fatores não seriam afetados pela possibilidade, até remota, de um dia enfrentar um processo criminal; (2) criminosos de guerra não analisariam os custos e benefícios de suas condutas, já que como combatentes, enfrentam a morte todos os dias, o que seria extremamente mais significativo do que pensar em uma eventual condenação; (3) os que se encontram em posição de comando durante conflitos armados, normalmente possuiriam sentimentos de megalomania e não sopesariam de forma racional as condutas e consequências; (4) prisioneiros condenados pelo TPII, por exemplo, cumprem pena em países nórdicos, onde as condições carcerárias são excelentes, o que não causaria temor aos possíveis acusados⁴⁰⁰.

O risco de punição não irá dissuadir qualquer potencial criminoso envolvido em algum conflito quando o autor acredita estar seu ato moralmente justificável ou até mesmo que seu ato seja necessário⁴⁰¹. Para essas pessoas, as quais estão mergulhadas

³⁹⁹ Neste sentido o estudo de Jan Klabbbers, o qual conclui que os violadores de direitos humanos não estariam sujeitos a prevenção geral negativa, por agirem principalmente por motivos políticos e, desta forma, teriam a esperança de que a “historia prove que eles estavam certos”. KLABBERS, Jen. Op. Cit. p.253.

⁴⁰⁰ OHLIN, Jens David. Op Cit. p. 385.

⁴⁰¹ DRUMBL, Mark. Collective... p. 591.

em um cenário caótico de violência em massa, o “valor” de matar ou morrer pela causa excederia em muito o contraestímulo de uma eventual futura punição⁴⁰².

Eventuais tiranos megalomaniacos (como Pol Pot, Idi Amin, Jean-Bédél Bokassa, Slobodan Milosevic) normalmente possuiriam um senso tal de infabilidade e invulnerabilidade, que o peso de um eventual julgamento e punição não seria suficiente para dissuadi-los de agirem para alcançar seus objetivos imediatos (ampliação de poder, expansão territorial, erradicação de grupos étnicos)⁴⁰³.

Já, ao analisar a prevenção geral negativa pela ótica das sentenças criminais aplicadas, se a intimidação dos demais indivíduos depende do caráter negativo da sanção, fazendo com que o temor da punição seja superior aos ganhos de sua ação, além da efetividade de atuação da justiça internacional, as sanções invariavelmente devem ser minimamente nefandas para dissuadir os possíveis criminosos⁴⁰⁴.

Entretanto, inúmeras críticas doutrinárias apontam para a brandura das sanções criminais internacionais⁴⁰⁵, o que teria como consequência inexorável a incapacidade preventiva⁴⁰⁶.

Jens Ohlin tece severas críticas em relação à leniência de algumas sentenças internacionais, as quais, pelo cometimento dos crimes de cumplicidade a genocídio, conspiração a homicídios e participação na morte de milhares de pessoas, diversos autores passam somente dez ou vinte anos encarcerados (além de cumprirem o tempo em prisões confortáveis, com TV a cabo e diversas atividades recreativas).⁴⁰⁷

Dos quarenta acusados cujas sentenças condenatórias transitaram em julgado no TPIR até então⁴⁰⁸: seis foram condenados a pena de prisão de até dez anos; oito a

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ SLOANE, Robert D. Op. Cit. 74.

⁴⁰⁴ Interessante ressaltar o trabalho de Mark Drumbl, o qual demonstra a profunda discrepância na dosimetria da pena entre os principais tribunais *ad hoc*s (sobretudo TPII e TPIR), o que indica a inexistência de diretrizes mínimas de fundamentação das penas. DRUMBL, Mark A. Op. Cit. p. 557.

⁴⁰⁵ Mark Kielsingard critica, por exemplo, o caso *Dutch* (capítulo 3.4.8), o qual o acusado recebeu uma condenação de 35 (trinta e cinco) anos pelo cometimento de crimes gravíssimos que resultaram na morte e tortura de mais de 12.000 pessoas. KIELSGARD, Mark Op. Cit. p. 119.

⁴⁰⁶ KU, Julian. How System Criminality Could Exacerbate the Weakness of International Criminal Law. **Santa Clara Journal of International Law**. v. 1. p. 367-374. 2010. p. 371.

⁴⁰⁷ OHLIN, Jens David. Op. Cit. p. 387.

⁴⁰⁸ Dados compilados do website do TPIR: <http://www.unict.org/Cases/tabid/202/Default.aspx/>. Acessado em 07 de janeiro de 2012.

penas entre onze e vinte anos; seis a penas entre vinte e vinte e cinco anos; cinco a penas entre trinta e trinta e cinco anos; um condenado a pena de quarenta e cinco anos; e quatorze foram condenados a prisão perpétua.

Por sua vez, dos sessenta e três acusados cujas sentenças condenatórias transitaram em julgado no TPII até então⁴⁰⁹: oito foram condenados a penas de até cinco anos; dezesseis a penas entre seis e dez anos; quatorze a penas entre onze e quinze anos; quinze a penas entre dezesseis e vinte anos; cinco a penas entre vinte e cinco e trinta anos; dois a pena de trinta e cinco anos; dois a pena de quarenta anos; e somente um foi condenado a prisão perpétua⁴¹⁰.

Para Michael Smidt, os tribunais internacionais penais tiveram pouco ou até nenhum efeito preventivo⁴¹¹. Para o autor, mais de cem guerras e milhões de atrocidades aconteceram nesses conflitos, mesmo após o Tribunal de Nuremberg⁴¹². Na verdade, não há dados empíricos suficientes que estabeleça uma relação entre punição e a prevenção, por exemplo, de genocídio⁴¹³.

Em decisão interlocutória, a *Pre-Trial Chamber I* do TPI, proferida no caso *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*⁴¹⁴, a câmara reconheceu que suas decisões devem estar pautadas a maximizar seu efeito preventivo, sendo a mais importante função a ser alcançada por suas atividades.

⁴⁰⁹ Dados compilados do website do TPII: <http://www.icty.org/action/cases/4/>. Acessado em 07 de janeiro de 2012.

⁴¹⁰ Salieta que, por mais que os Estatutos dos Tribunais *ad hoc*s prevejam a pena de aprisionamento, para fixação de suas condições eles recorrem à práxis aplicadas pelos respectivos tribunais nacionais. CANÇADO TRINDADE, Augusto Antônio. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. p. 390.

⁴¹¹ SMIDT, Michael L. The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence? **Military Law Review**, Charlottesville, v. 167, p. 156-240, mar. 2001. p. 185.

⁴¹² Idem.

⁴¹³ DANA, Sharam. Genocide, Reconciliation and Sentencing in the Jurisprudence of the ICTY. In: HENHAM, Ralph; BEHRENS, Paul. **The Criminal Law of Genocide: International, Comparative and Contextual Aspects**. Aldershot: Ashgate, 2007. p. 259-274. p. 259.

⁴¹⁴ Caso número ICC-01/04-01/06. *Pre-Trial Chamber I*. Decisão concernente a incorporação de documentos ao processo do caso contra Lubanga Dyilo. Tribunal Penal Internacional. 24 de fevereiro de 2006.

De acordo com as ponderações de Christine Chung sobre a atuação do TPI⁴¹⁵ e a possibilidade de enfrentamento de uma sanção futura, até então possui resultados contraditórios⁴¹⁶. A autora cita dois exemplos: (1) no caso do Sudão, tanto o governo sudanês, quanto a comunidade internacional, não coopera com as investigações do TPI. Por conta disso o conflito e, conseqüentemente, crimes graves continuam a ocorrer⁴¹⁷; (2) já no caso de Uganda, a investigação e os mandados expedidos pelo Tribunal motivaram a retomada de negociações para acabar com uma guerra que já dura 20 anos e, conseqüentemente, centenas de milhares de refugiados estão retornando às suas casas. Isso demonstraria o efeito dissuasório de um futuro processo e eventual aplicação de sanções criminais⁴¹⁸.

Tendo em vista esses dados e discussões, questiona-se se a prevenção no plano internacional pode deixar de ser somente um discurso retórico e assumir o papel que dele se espera: de evitar o cometimento de crimes internacionais⁴¹⁹.

Diante disso, defende-se uma alternativa emprestada da doutrina nacional e perfeitamente passível de ser trasladada ao plano internacional. Modernamente se entende que uma prevenção mais efetiva dos crimes se deve operar não somente com um modelo punitivo reativo (ou seja, após o cometimento do delito). Até mesmo pela nefasta utilização do ineficaz sistema criminal, é fundamental o desenvolvimento de mecanismos que impeçam o cometimento de crimes internacionais antes da necessidade de intervenção judicial. Há de se ter sempre presente que o Direito Penal

⁴¹⁵ Destaca-se que quatorze casos estão em andamento no TPI. Entretanto, nenhuma sentença condenatória foi emitida até o momento, conforme dados do website do TPI, em: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>. Acessado em 11 de janeiro de 2012.

⁴¹⁶ CHUNG, Christine H. The Punishment and Prevention of Genocide: The International Criminal Court as a Benchmark of Progress and Need. **Case Western Reserve Journal of International Law**. vol. 40. n. 2. p. 227-242, 2008. p. 233.

⁴¹⁷ No caso do Sudão há relatos que sustentam o aumento da criminalidade. Ademais, o governo sudanês, em resposta aos mandados expedidos pelo TPI, expulsou todas as organizações humanitárias internacionais. KU, Julian. How System Criminality Could Exacerbate the Weakness of International Criminal Law. **Santa Clara Journal of International Law**. v. 1. p. 367-374. 2010. p. 373. Por outro lado, o Presidente Al Bashir está isolado e impossibilitado de viajar para muitos dos Estados-partes do TPI. MENDEZ, Juan E. Op. Cit. p. 6.

⁴¹⁸ Ibidem. p. 234.

⁴¹⁹ Neste sentido, ver documento da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma: MENDEZ, Juan E. Op. Cit. p. 5.

não é nem o mais importante, nem o único meio de prevenção dos delitos e de redução da violência arbitrária⁴²⁰.

Neste sentido alguns modelos proativos preventivos não somente com foco na sanção criminal⁴²¹ são propostos.

José Alvarez, por exemplo, discorre sobre algumas matrizes alternativas à justiça criminal internacional, advertindo sobre a existência de outros instrumentos, quiçá mais efetivos, tais como: a atuação das cortes nacionais; implementação de comissões da verdade; sanções não criminais; reparações às vítimas; anistia e perdão⁴²².

Podem-se apontar ainda alguns outros caminhos de atuação, assim como: diplomacia, mediação, controles de arma, maior interação comercial, promoção da democracia mundial, sanções econômicas, políticas de distribuição de bens, dentre outros⁴²³.

Importante ressaltar, por fim, um modelo defendido principalmente pelos países membros permanentes do Conselho de Segurança: o da intervenção militar como prevenção dos crimes⁴²⁴.

Michael Smidt sustenta que para que a função preventiva do DIP seja concretizada é fundamental uma atuação que impeça vítimas potenciais a se tornarem vítimas efetivas, o que somente seria possível com uma atuação militar preventiva⁴²⁵. Ainda, em situações onde certo país determine como política estatal o cometimento de

⁴²⁰ FERRAJOLI, Luigi. El Derecho... Op. Cit. p. 45.

⁴²¹ Para Shahram Dana, em relação aos outros mecanismos disponíveis para prevenção dos crimes internacionais, a sanção criminal *per se* teria um papel de coadjuvante. DANA, Sharam. Genocide... p. 273.

⁴²² ALVAREZ, Jose E. Alternatives to International Criminal Justice. In: CASSESE, Antonio. (coord.). **The Oxford Companion to International Criminal Justice**. Oxford: Oxford university Press, 2009. p. 25-38.

⁴²³ Alguns exemplos apontados por Michael Smidt, em: SMIDT, Michael L. The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence? **Military Law Review**, Charlottesville, v. 167, p. 156-240, mar. 2001. p. 161.

⁴²⁴ No entanto, Claire Breen lembra que no caso “Nicaragua x Estados Unidos” a Corte Internacional de Justiça afirmou que o uso da força não seria o melhor método para assegurar respeito aos direitos humanos. BREEN, Claire. Revitalising the United Nations Human Rights Special Procedures Mechanisms as a Means of Achieving and Maintaining International Peace and Security. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. vol. 12. 2008. p. 177-203. p. 180.

⁴²⁵ SMIDT, Michael L. Op. Cit. p. 160.

genocídio ou crimes contra a humanidade, seria impossível deter as ações sem o uso de força⁴²⁶.

Sem sombra de dúvidas, uma atuação militar traria à tona uma série de problemas: violação da soberania dos países, até mesmo porque hoje grande parte dos conflitos é interno; e, principalmente, eventuais influências econômicas e políticas das intervenções militares.

Porém, é inegável a constatação que o julgamento posterior pode significar que milhares de pessoas tenham sido exterminadas, estupradas, raptadas, deslocadas, mutiladas, dentre outros fatos gravíssimos que abalam a consciência pública mundial⁴²⁷.

A ponderação sobre esta forma de intervenção preventiva deve ser analisada sob o foco da legitimação dos órgãos de poder mundiais (sobretudo o CS), uma vez que decisões eminentemente políticas e influenciadas pelos interesses de poucos países hegemônicos não possuem o condão de validar qualquer ação⁴²⁸.

Parte da doutrina acredita que o tão almejado efeito preventivo somente será concretizado quando os instrumentos de Direito Internacional Penal estiverem funcionando de forma efetiva⁴²⁹ e eficaz⁴³⁰, por mais que provavelmente seja impossível que os tribunais internacionais alcancem o nível de atuação e punição dos tribunais nacionais⁴³¹. Não se pode olvidar, ainda, que as decisões do TPI necessitam de cooperação dos países signatários para serem executadas, sendo isso um grande desafio para a comunidade internacional⁴³².

⁴²⁶ HOFFMAN, Michael H. Op. Cit. p. 105.

⁴²⁷ Segundo Michael Schmitt, para que o direito humanitário internacional seja respeitado, deve sempre balancear racionalmente as preocupações humanitárias com a necessidade militar. SCHMITT, Michael N. Precision Attack and International Humanitarian Law. **International Review of Red Cross**. vol. 87. n. 859. set. 2005. p. 445-466. p. 466.

⁴²⁸ Segundo Tarciso Jardim, a dificuldade da influencia da prevenção geral consubstancia-se pela “dificuldade de impor justiça a potencias hegemônicas e os propósitos limitados de justiça autônoma, não geminada com funções executivas”. JARDIM, Tarciso Dal Maso. Op. Cit. p. 14.

⁴²⁹ MENDEZ, Juan E. Op. Cit. p. 7.

⁴³⁰ Neste sentido a lição de Julian Ku. KU, Julian. How System Criminality Could Exacerbate the Weakness of International Criminal Law. **Santa Clara Journal of International Law**. v. 1. p. 367-374. 2010. p. 370.

⁴³¹ NZELIBE, Jide; KU, Julian. Op. Cit. p. 808.

⁴³² MORENO-OCAMPO, Luís. Op. Cit. p. 224.

Apenas com mecanismos dotados de eficácia e poder vinculativo é que se alcançaria algo similar ao que acontece com o sistema criminal interno: não a prevenção e aniquilamento das condutas criminosas, mas ao menos uma prevenção em relação a alguns potenciais criminosos⁴³³.

A prevenção geral necessita que a ameaça da sanção criminal seja transmitida por institutos dotados de credibilidade e autoridade⁴³⁴, mas o funcionamento simbólico e seletivo do DIP contraria este ideal⁴³⁵.

Por mais que em um cenário enraizado de ódio e violência, dificilmente os comportamentos humanos sejam influenciados pelo temor de punição futura, é possível que a utilização adequada e imparcial do sistema criminal internacional, punindo os principais responsáveis pelos graves delitos, transforme-se em um importante instrumento de prevenção⁴³⁶. Dessa forma, v.g., os líderes político-militares seriam forçados a serem mais cautelosos em suas decisões, bem como a treinar e educar apropriadamente seus comandados⁴³⁷ (ressaltando-se sempre que as relações entre entes soberanos demanda uma leitura político-econômica nem sempre atenta aos anseios instrumentalizados na normativa penal).

4.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS PREVENTIVAS ESPECIAIS

Conforme pode ser verificado nas sentenças internacionais estudadas neste, as teorias preventivas especiais possuem presença constante na fundamentação punitiva,

⁴³³ Ou seja, as críticas em relação a prevenção geral negativa no âmbito doméstico permanecem. Sobremaneira em relação aquela que apregoa não a dissuasão plena, mas a prevenção ao menos por parte de alguns. Ver capítulo 2.2.1.1.

⁴³⁴ SLOANE, Robert D. Op. Cit. p. 72.

⁴³⁵ Segundo Robert Sloane, uma situação é a ameaça da sanção criminal transmitida por um Estado para sua comunidade, onde alguns fatores afloram: os cidadãos e os envolvidos em processos falam a mesma língua, dividem informações, há testemunhas, esta presente um sistema de justiça criminal (com polícia, tribunais, etc.), e se tem grandes razões para acreditar que a lei será aplicada; outra situação bem diferente é a transmissão por institutos estrangeiros, geograficamente distantes da comunidade, que não possuem força policial e que não possuem o poder de execução de suas normas. *Idem.*

⁴³⁶ CASTILLO, Pablo. Op. Cit. p. 181.

⁴³⁷ *Idem.*

especialmente a teoria em seu viés negativo. No entanto, algumas críticas merecem destaque.

As teorias da prevenção especial sustentam a necessidade de a sanção criminal ser dirigida ao indivíduo que cometeu o crime, fazendo com que ele não reincida⁴³⁸, seja por intermédio da ressocialização, seja por intermédio da neutralização.

Mesmo ao se considerar as particularidades envolvidas nos crimes internacionais, a inocuização de determinado indivíduo não deve ser aceita de maneira absoluta.

Ao discorrer sobre a teoria no plano internacional, Juarez Tavares afirma que a punição neste contexto seria “puramente política”. E, não obstante excursionar críticas sobre a prevenção especial positiva⁴³⁹, o autor assevera que a “pena de prisão perpétua é simplesmente injustificável e contraria todo o significado que a teoria da prevenção especial positiva tem procurado emprestar a qualquer medida pena”⁴⁴⁰.

Mas se *a priori* a prevenção especial positiva, ao menos no plano doméstico, deve prevalecer sobre a teoria de neutralização (até para legitimação de uma política criminal menos socialmente destrutiva), a ressocialização tem sido preterida pelos tribunais internacionais⁴⁴¹.

Para Jens Ohlin, por mais que no âmbito interno a prevenção especial positiva seja uma função bastante difundida e aplicada, no contexto internacional é uma função que não possuiria sentido⁴⁴².

Indivíduos que, por exemplo, negam a natureza humana de determinados grupos étnicos, pregando a sua erradicação, morte, estupro, expulsão do território, não estariam sujeitos à possibilidade de reforma através de programas de reeducação⁴⁴³.

⁴³⁸ Contudo, importante o magistério de Tarciso Jardim o qual argumenta que “o condenado internacional raramente reincidirá no seu crime, pois para isso necessitaria de poder político ou funcional do qual possivelmente não disporá”. JARDIM, Tarciso Dal Maso. Op Cit. p. 14.

⁴³⁹ O autor lembra duas críticas: (1) em relação a sua ineficácia prática; (2) o direito fundamental dos seres humanos em terem liberdade de pensamento, crenças e modelos políticos. Ver ainda capítulo 2.2.2.2.

⁴⁴⁰ TAVARES, Juarez. Op. Cit. p. 427.

⁴⁴¹ Excetuando-se casos envolvendo pessoas com a personalidade psíquica não totalmente desenvolvida.

⁴⁴² OHLIN, Jens David. Op. Cit. p. 383.

⁴⁴³ Idem.

O autor ainda fundamenta seu estudo citando a experiência com os criminosos nazistas encarcerados, a qual mostrou que eles passaram o restante de suas vidas fazendo apologia ao regime de Hitler⁴⁴⁴.

Já segundo Felix Herzog, os típicos criminosos internacionais não precisam de programas de treinamento ou terapia em relação as suas vidas na “vizinhança”, uma vez que já estariam socialmente integrados⁴⁴⁵. Ademais, fundamentar a sanção criminal exclusivamente na prevenção especial positiva, eliminaria a possibilidade de punição, por exemplo, dos criminosos nazistas processados muito tempo após o término da Segunda Guerra Mundial⁴⁴⁶.

Essas críticas expostas apontam para a mesma direção: a inaplicabilidade da prevenção especial positiva no âmbito internacional, seja pela defesa inexorável, por parte dos perpetradores, de ideais contrários à tolerância e aos direitos humanos universais; seja por estarem integrados a sociedade e não necessitarem de tratamento para que possam se comportar de acordo com as condutas exigidas pela sociedade; seja ainda por acreditarem que suas condutas seriam moralmente justificáveis pois estariam, simplesmente, recebendo ordens⁴⁴⁷.

Na verdade, a eventual aplicação desta teoria (mesmo no âmbito doméstico) é, hodiernamente, afastada pelo movimento de expansão e de maximização do Direito Penal⁴⁴⁸, a qual indubitavelmente consiste numa tendência mundial e possui como inabalável consequência a desconsideração da prevenção especial positiva.

Sobre este assunto, a lição de Pavarini é fundamental:

Los circuitos o segmentos “estrictamente” carcelarios están ya definitivamente “liberados” de cualquier preocupación correccional, y la misma retórica especial-preventiva ha sido abandonada por las agencias oficiales; cada vez mas la jurisprudencia - también la constitucional - re-utiliza con mala voluntad la argumentación del fin reeducativo o socializador de la pena, prefiriendo para el caso fundamentar las sentencias en clave de “defensa social”, de “incapacidad”, etc. (...) La doctrina penal-criminológica - que perdió hace tiempo la ingenuidad niega con decisión la función especial-preventiva; adhiere más

⁴⁴⁴ Idem.

⁴⁴⁵ HERZOG, Felix. Op. Cit. p. 271.

⁴⁴⁶ RUTLEDGE, Kristina D. Op. Cit. p. 69.

⁴⁴⁷ Caso, por exemplo, de Adolf Eichmann, criminoso nazista sequestrado na Argentina por agentes do Serviço Secreto israelense (Mossad) e julgado em Israel. RUTLEDGE, Kristina D. Op. Cit. p. 71.

⁴⁴⁸ Vide SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

fácilmente a las sugerencias de la prevención especial o del “merecimiento de la pena” o termina interpretando el fin especial-preventivo desde una óptica verdaderamente alejada de cualquier compromiso con la perspectiva correccional o del tratamiento.⁴⁴⁹

Essa tendência mundial de descaracterizar a prevenção especial positiva, impossibilitando o retorno ou a possibilidade de reeducação (mesmo quando querida pelo condenado), é contrária a instrumentos internacionais amplamente reconhecidos, como, *v.g.*, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual reconhece como direito do condenado um regime penitenciário cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral⁴⁵⁰.

Outro importante instrumento são as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU⁴⁵¹ (art. 58 e 59), que discorrem sobre a função e justificação da punição, asseverando seu caráter de *ultima ratio* para proteção da sociedade contra o crime. Esta proteção somente seria alcançada se o período de encarceramento for utilizado para assegurar o retorno do condenado a sociedade. As regras ainda aconselham que, para que a reinserção ocorra, a instituição penitenciária deve utilizar todos os remédios educacionais, morais, espirituais e quaisquer outras formas de assistência apropriada de acordo com as necessidades individuais de cada prisioneiro.

No plano internacional é necessário lembrar que, além de a execução da pena ser realizada nos Estados em que o TPI possui acordos firmados, as condições de cumprimento da sentença também serão determinadas pelo Estado que receber os condenados⁴⁵², o que implica: (1) em pessoas condenadas cumprirem suas penas em diferentes países, sendo que há abissais diferenças entre os modelos penitenciários de

⁴⁴⁹ PAVARINI, Massimo. Fuera de los Muros de la Cárcel. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 155-174. p. 169.

⁴⁵⁰ “ARTIGO 10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. (...) 3. O regime penitenciário num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros. (...)” BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Diário Oficial da União, Brasília. p. 8716. 07 set. 1992.

⁴⁵¹ Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.

⁴⁵² Artigos 103 e seguintes do Estatuto de Roma. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002.

cada Estado; (2) conseqüentemente, condenados receberão tratamentos distintos (mesmo que tenham agido em co-autoria ou cometido crimes similares); (3) também impossibilita o desenvolvimento de um programa de reabilitação ou reeducação vinculado ao TPI (se é que isso seja plausível).

Ou seja, a prevenção especial positiva no âmbito internacional esbarra no improvável êxito de seu objetivo (consubstanciado, também, nas experiências mal sucedidas anteriores) e na duvidosa concepção e operacionalização de um sistema penitenciário internacional.

4.4 GARANTISMO PENAL, OUTRAS FUNÇÕES MODERNAMENTE APONTADAS E SUAS PERSPECTIVAS NO DIP

Hodiernamente, além das teorias tradicionais analisadas, algumas teorias sobre a função das penas surgiram com o intuito de adequá-las à nova realidade social. Pode-se citar entre as teorias⁴⁵³: a restaurativa⁴⁵⁴, reparativa, reafirmativa de valores, conciliativa, neoabsolutista⁴⁵⁵, de simbólicas, expressiva (*expressive*)⁴⁵⁶ dentre outras. Porém, observa-se que estas teorias possuem traços derivativos das teorias tradicionais.

De acordo com Margarita O'Donnel, a reconciliação é uma das funções mais importantes da sanção criminal em âmbito internacional⁴⁵⁷. Em uma posição que se aproxima a prevenção geral positiva, a autora lembra uma decisão do TPII que

⁴⁵³ Parte da doutrina, ainda, sustenta que o DIP possuiria algumas funções particulares como: elaboração de uma confiável fonte histórica sobre o contexto do crime internacional; promover um espaço para manifestações das vítimas de crimes internacionais; difundir os valores de direitos humanos; desenvolver o próprio Direito Internacional Penal; promover a paz e a segurança mundial. DAVIDSON, Caroline L. No Shortcuts on Human Rights: Bail and the International Criminal Trial. **American University Law Review**. v. 60. n. 1. 2010. p. 1-69. p. 8.

⁴⁵⁴ Vide: SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴⁵⁵ Teoria surgida pela crise que se encontra as teorias utilitarista. Ver: SCHUNEMANN, Bernd. **Obras**. Tomo I. Santa Fé: Rubenzal-Culzoni Editores, 2009. p. 140-165.

⁴⁵⁶ DANNER, Allison Marston. Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing. **Virginia Law Review**. vol. 87. n. 3. 2001. p. 415-501. p. 489, et seq.

⁴⁵⁷ O'DONNELL, Margarita K. Rethinking the Role of National Sentencing Practice in the International Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda. **Center for Human Rights and Global Justice Working Paper**. New York, n. 23, p. 1-24, 2009. p. 18.

assevera que a punição propiciará ao país a reconciliação e o começo de um processo de cura⁴⁵⁸.

Ainda sobre a reconciliação, posteriormente a autora complementa com o chamado “caráter restaurativo” do processo, que agiria em dupla via: (1) os grupos de vítimas devem sentir que a punição foi suficiente em relação à brutalidade de suas experiências; (2) as vítimas devem sentir que participaram do processo criminal, ou seja, que o processo correspondeu às suas demandas⁴⁵⁹.

A justiça restaurativa, defendida por parte da doutrina como finalidade que melhor supriria as necessidades da população local afetada pelo crime, é uma alternativa que possui como foco um processo onde as vítimas e os perpetradores trabalhariam juntos para curar a ferida causada pela ofensa⁴⁶⁰.

Neste sentido, ao contribuir para reconciliação das comunidades afetadas pelo conflito e, conseqüentemente, incrementar a pacificação e segurança, a justiça restaurativa teria um viés preventivo de crimes futuros⁴⁶¹.

Segundo Robert Sloane, a “função expressiva” é que melhor capturaria a natureza punitiva no DIP⁴⁶². Esta finalidade se consubstancia na ideia de que punindo os autores de graves crimes internacionais, a comunidade internacional (1) se convalida na autoridade de repudiar a conduta, (2) expressaria de maneira simbólica sua recusa em aceitar tais crimes, (3) reforçaria a validade das normas internacionais de direitos humanos e das leis de guerra, e (4) absolveria os grupos e comunidades étnicas ou nacionais de culpa (como entes coletivos) através da punição individual dos perpetradores⁴⁶³.

Atualmente uma posição vanguardista de busca de legitimação do Sistema Penal com respeito ao Estado Democrático de Direito encontra plena aceitação na doutrina. O modelo garantista desenvolve-se baseado na proteção dos direitos e garantias de todos os envolvidos na conduta criminosa.

⁴⁵⁸ Idem.

⁴⁵⁹ Ibidem. p. 20.

⁴⁶⁰ DEGUZMAN, Margaret M. Op. Cit. p. 46.

⁴⁶¹ Ibidem. p. 47.

⁴⁶² SLOANE, Robert D. Op. Cit. p. 71.

⁴⁶³ Idem.

Caracteriza-se o garantismo penal como “um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada.”⁴⁶⁴

O garantismo propõe a análise por outra ótica da função da pena. De acordo com seu precursor, Luigi Ferrajoli,

um sistema penal somente se justifica se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que este é capaz de prevenir for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas. Naturalmente um cálculo deste gênero é impossível. Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como *mal menor* – ou seja, somente se menos, menos aflitiva e menos arbitrária – se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da *anarquia punitiva*.⁴⁶⁵

O autor inverte a lógica punitiva das doutrinas preventivas, lecionando que “toda las doctrinas utilitaristas han siempre atribuido a la pena el *único* fin de la prevención de los delitos futuros, protegiendo la mayoría no desviada, y *no* el de la prevención de los castigos arbitrarios o excesivos, tutelando la minoría de los desviados y de todos aquellos considerados en esta categoría”⁴⁶⁶.

Dessa sorte, Ferrajoli propõe que a pena não deve servir somente para prevenir os futuros *delitos injustos*, mas também para prevenir *castigos injustos*, tutelando não apenas as vítimas, mas também protegendo os perpetradores das reações informais, públicas ou privadas⁴⁶⁷.

Em suma, para o autor italiano, o Direito Penal

está dirigido a cumplir una doble función preventiva, una como otra negativa, o sea a la prevención de los delitos y a la prevención general de las penas privadas o arbitrarias o desproporcionadas. La primera función indica el límite mínimo, la segunda el límite máximo de las penas. De los dos fines, el segundo, a menudo abandonado, es sin embargo el más importante. Esto es así pues, mientras es indudable la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente al primero - no pudiéndose desconocer las complejas razones sociales, psicológicas y culturales, no ciertamente neutralizables con el único temor de las penas - es

⁴⁶⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17.

⁴⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito...** p. 312.

⁴⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **El Derecho**. Op. Cit. p. 34.

⁴⁶⁷ *Ibidem*. p. 37.

en cambio mucho más cierta su idoneidad, además que su necesidad, para satisfacer el segundo, aun cuando se haga con penas modestas y poco más que simbólicas.⁴⁶⁸

Esta concepção preventiva em dupla via harmoniza-se com as aspirações do DIP. A sanção deve cumprir a função de impedir reações descontroladas, vingativas e selvagens, onde o mais forte (detentor do poder político ou militar) dominaria de forma absoluta, o que levaria invariavelmente à violações dos direitos fundamentais⁴⁶⁹.

Se o DIP como um todo possui seu desenvolvimento voltado a promoção da paz internacional, é basilar a proteção dos direitos humanos em sua totalidade e para todos os envolvidos nesses lamentáveis acontecimentos (vítimas, acusados, comunidade internacional)⁴⁷⁰. Qualquer instituto investido com poderes de privação de liberdade deve exercer este poder respeitando os direitos humanos e os princípios fundamentais do Direito Penal⁴⁷¹.

Salo de Carvalho preleciona com propriedade que

exsurgiria, pois, a função garantista do TPI, no sentido de ser concebido como local privilegiado do devido processo e de densificação dos direitos e garantias dos imputados, comunicando à sociedade internacional que mesmo os acusados dos mais graves delitos têm direitos que devem ser radicalmente preservados. Tal alternativa discursiva, que está para além da retórica, manifestaria a constante opção da comunidade internacional de reafirmação do pacto civilizatório⁴⁷².

Assim, o próprio sistema criminal internacional e a consequente aplicação sancionatória, deve possuir o escopo de evitar que “castigos injustos” sejam aplicados, como, por exemplo, penas desumanas, cruéis e, até mesmo, execuções sumárias (cite-

⁴⁶⁸ Idem.

⁴⁶⁹ Neste modelo garantista “as duas finalidade preventivas – prevenção de delitos e de penas arbitrarias – estão assim conectadas entre si sobre esta base: legitimam conjuntamente a necessidade política do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais”. QUEIROZ, Paulo. Op. Cit. p. 70.

⁴⁷⁰ Para Ana Cláudia Pinho, “aqui reside importante conquista do garantismo: estabelecer que o principio majoritário – apesar de necessário – não é suficiente num modelo de Estado Democrático de Direito, pois a democracia possui um cunho material, substancial que deve ser observado e que corresponde à necessidade de tutela dos direitos fundamentais de todo e qualquer um.” PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 29.

⁴⁷¹ DANA, Shahram. Op. Cit. p. 924.

⁴⁷² CARVALHO, Salo de. Os Fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-95. p. 92.

se a execução de Muamar Kadafi e outros membros do antigo regime ocorrido recentemente na Líbia, amplamente divulgada na mídia).

A história do Direito penal pode ser interpretada como a história de uma longa luta contra a vingança⁴⁷³. Ferrajoli afirma que o Direito Penal nasce justamente

cuando la relacion bilateral parte ofendida/ofensor es substituida por una relacion trilateral, que ve en tercera posicion o como imparcial a una autoridad judicial. Es por esto que cada vez que un juez aparece animado por sentimientos de venganza, o parciales, o de defensa social, o bien el Estado deja un espacio a la justicia sumaria de los particulares, quiere decir que el derecho penal regresa a un estado salvaje, anterior al nacimiento de la civilizacion.⁴⁷⁴

Não obstante Ferrajoli propor um “constitucionalismo ampliado a escala internacional”⁴⁷⁵, mesmo reconhecendo que a perspectiva de um Estado internacional de Direito dependerá da vontade política dos países hegemônicos militar e economicamente⁴⁷⁶, é possível não somente identificar na doutrina internacional alguns pontos de conexão com o modelo proposto pelo garantismo⁴⁷⁷, como apregoar teoricamente pela sua aceitação.

Para Jens Ohlin, ao discorrer sobre a necessidade de reconhecimento da retribuição como justificação da pena, o autor assevera que a importância retributiva teria como foco as vítimas⁴⁷⁸. Isso porque a paz e segurança internacional somente serão alcançadas se as vítimas acreditarem que o processo e a condenação dos perpetradores são suficientes. Dessa forma, ao terem suas necessidades atendidas, sentir-se-iam protegidas e abster-se-iam de continuar a lutar⁴⁷⁹.

Destarte, se as vítimas tiverem suas necessidades preenchidas⁴⁸⁰ por intermédio de um processo legal e justa sanção, o Sistema Penal teria servido para evitar reações

⁴⁷³ FERRAJOLI, Luigi. El Derecho... p. 38.

⁴⁷⁴ Idem.

⁴⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (coord). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13-29. p. 29.

⁴⁷⁶ Idem.

⁴⁷⁷ Caroline Davidson, por exemplo, cita que o TPII auxiliou para a diminuição da pregação por vingança nos territórios da ex-Iugoslávia. DAVIDSON, Caroline L. Op. Cit. p. 10.

⁴⁷⁸ OHLIN, Jens David. Op. Cit. p. 403.

⁴⁷⁹ Ibidem.

⁴⁸⁰ Por mais que uma parte da doutrina acredite que vítimas de crimes contra humanidade jamais estarão totalmente satisfeitas com qualquer sentença de nenhuma corte do mundo. HERZOG, Felix. Op Cit. p. 270.

não jurídicas arbitrárias. Legitimar-se-ia a função da sanção criminal na proteção dos perpetradores.

Ao se considerar o modelo garantista como ideal, ao ampliar o caráter protetivo e minorar a intervenção criminal, a história do DIP mostra justamente o contrário: a criação de uma “cultura condenatória”, focada no direito da persecução, nas vítimas e na punição⁴⁸¹. A chamada “dinâmica retributiva” adotada pelo DIP consubstancia-se na punição apriorística e olvida a necessidade preventiva. Assim o fazendo, reflete diretamente na opressão do acusado e na mitigação de seus direitos⁴⁸².

Essa necessidade de punição é influenciada pela “aspiração utópica” do DIP, ao buscar eliminar por completo o cometimento de crimes, quando o Direito Penal nacional anseia somente administrar ou reduzir a criminalidade⁴⁸³. Ao tentar atender a necessidade de acabar totalmente com os crimes internacionais (e, também, pelas suas próprias características operacionais), faz-se necessária a adoção de regras draconianas que desrespeitam os direitos dos acusados para mandar a mensagem dissuasória⁴⁸⁴.

Martti Koskeniemi assevera, citando como exemplo o caso de Milosevic, que o DIP oscila entre o desejo de punir aqueles indivíduos responsáveis por grandes desastres humanitários e o perigo de se transformar em um “juízo show”⁴⁸⁵.

O desenvolvimento de uma justiça criminal fundamentada na proteção dos perpetradores vai além da mera divagação filosófica ou doutrinária. De acordo com Pablo Castillo, há evidências empíricas que sustentam que o Direito Penal previne a atuação da justiça privada e da vingança. Para o autor, em diversos locais de conflitos e guerras, tais como Kosovo, Serra Leoa, Bosnia, Camboja, Timor Leste e Camboja, as cortes internacionais inibiram retaliações dos grupos outrora vitimados⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ HENHAM, Ralph J. **Punishment and Process in International Criminal Trials**. Aldershot: Ashgate, 2005. p. 160.

⁴⁸² Idem.

⁴⁸³ ROBINSON, Darryl. The Two Liberalisms of International Criminal Law. In: **Future Perspectives on International Criminal Justice**. STAHN, Carsten; HERIK, Larissa van den. (coord.) Haia: T.M.C. Asser Press, 2010. p. 115-160. p. 142.

⁴⁸⁴ Ibidem. p. 157.

⁴⁸⁵ KIELSGARD, Mark D. Op. Cit. p. 1.

⁴⁸⁶ CASTILLO, Pablo. Rethinking Deterrence: The International Criminal Court in Sudan. **UNISCI Discussion Papers**. n. 13. p. 167-184. jan. 2007. p. 180.

Ao impedir a vingança, a justiça privada ou mesmo a justiça dos vencedores, impede-se a exacerbação da violência em larga escala e a descarga caótica de instintos retributivos⁴⁸⁷. A história das maiores atrocidades não permite esquecer a constante alternância de poderes e força entre os diversos grupos étnico-políticos. Isso demonstra que incontáveis vezes as vítimas se transformam em algozes, o que pode ocorrer após o término de uma guerra, ou mesmo após décadas.

O ódio, o sentimento de impunidade ou de injustiça permanece por gerações, o que fatalmente deixa margem para vingança e, conseqüentemente, para o alastramento de crimes em larga escala.

O sistema penal internacional deve se centrar em valores de não-violência, sedimentando a confiança dos cidadãos na infalibilidade na justiça, como forma de pacificação e demonstração da desnecessidade de ações revanchistas.

O DIP ao positivizar alguns dos princípios primordiais do Estado Democrático de Direito⁴⁸⁸, além de prever como fonte os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, deve assumir um papel garantidor de proteção de direitos. Tal proteção deve estar contemplada desde o rito processual⁴⁸⁹ até o momento condenatório, preservando plenamente os direitos dos acusados.

Conforme preceitua Enrique Bacigalupo, “em um Estado Democrático de Direito o juiz nunca tem diante de si um delinquente, senão um cidadão que está amparado pelo direito à presunção da inocência e que é o destinatário da proteção do princípio da legalidade; em consequência, este princípio deve se entender como a

⁴⁸⁷ SLOANE, Robert D. Op. Cit. p. 78.

⁴⁸⁸ Ao se referir ao “Estado Democrático de Direito” não se tem a pretensão de propor a adoção de um modelo doméstico ao modelo internacional, mas sim de emprestar os valores, direitos e garantias duramente conquistadas historicamente ao plano internacional. Neste sentido, salienta o magistério de Juarez Tavares, o qual, ao se referir aos processos de criminalização internacional e a transferência de jurisdição (para, por exemplo, ao TPI), assevera que a atuação do direito penal não pode “se afastar dos princípios e das normas que fundamentam o Estado nacional, entre os quais os da não-intervenção, legitimidade, legalidade, proibição das arbitrariedades ou do abuso de direito”, adicionando a esses princípios outros, tais como os “da intervenção mínima, da humanidade das penas, proporcionalidade e proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentos de um Estado democrático”. TAVARES, Juarez. Op. Cit. p. 428.

⁴⁸⁹ Sobre o processo penal garantista, vide: LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

magna carta do cidadão e toda restrição de seu conteúdo afetará essencialmente direitos fundamentais”⁴⁹⁰.

Mais uma vez, Salo de Carvalho faz a conexão necessária com o TPI

Entender o TPI como local assecuratório de direitos dos imputados é, acima de tudo, primar pelo devido processo penal e pela determinação, no caso de condenações, de sanções perpassadas pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade. O TPI, se se quer realmente criar um novo modelo de justiça penal aliada aos DDHH, deve ser entendido como Corte de garantias, negando qualquer hipótese de legitimação de “Tribunais de vencedores contra vencidos”.⁴⁹¹

Para assumir esse papel de proteção, o DIP necessita resistir a assumir o papel de panaceia para violência internacional, do mesmo modo que o Direito Penal não deve assumir este ônus no plano interno sob pena de acarretar em mais violência (porém, violência estatizada).

Não se pretende adentrar no âmbito de discussão sobre os valores, conceitos e discursos de DIP, os quais foram construídos a partir de uma visão eurocêntrica, entretanto é impossível alcançar a tão almejada “paz mundial” a partir da atuação seletiva e compartimentada do Sistema Penal internacional.

Ao pensar em funções legitimadoras da punição voltadas a prevenção geral negativa ou indistintamente para a comunidade internacional, olvida-se de analisar o contexto cultural e plural dos conflitos em dada comunidade afetada pela violência⁴⁹².

Se a finalidade é impedir o alastramento da violência atual ou futura, bem como as tentativas de vingança privada de um determinado grupo contra outro, a comunidade internacional não pode exclusivamente agir de acordo com os preceitos ocidentais, impondo seu sistema jurídico.

Hoje percebe-se uma atuação seletiva do TPI, preterindo os países hegemônicos e focado nos países periféricos (principalmente africanos)⁴⁹³. Ademais,

⁴⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: parte geral**. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 91.

⁴⁹¹ CARVALHO, Salo de. Op Cit. p. 92.

⁴⁹² Ademais, frise-se a lição de Herzog, o qual assevera que os fundamentos da punição não resolverão qualquer conflito político, social, ético ou religioso, uma vez que o poder dissuasivo da pena é diminuto e muitas vitimas nunca estarão satisfeitas com uma sentença racional. HERZOG, Felix. Op. Cit. p. 172.

o principal órgão político mundial possui uma vetusta estrutura com a mesma característica de desde quando foi instituído. Em um modelo onde os países e estadistas defendem somente seus próprios interesses político-econômicos é problemático a instauração de um sistema de proteção e respeito efetivo aos direitos humanos⁴⁹⁴.

Em 1948, Gustav Radbruch já defendia que a única maneira para que uma ordem jurídica supranacional se concretize seria por intermédio de pessoas que possuam uma mentalidade e sensibilidade supranacional⁴⁹⁵. Ora, se se almeja um DIP garantidor da dignidade da pessoa humana como valor reconhecido internacionalmente, a construção da realidade deve refletir uma verdadeira consciência internacional.

Assim, fundamental evitar a impressão (cada vez mais solidificada) de atuação desproporcionada do DIP dependendo de quem esteja sendo objeto de investigação ou julgamento. Neste sentido, inclusive, necessária a revisão do princípio de imunidade jurisdicional gozada pelas tropas de paz e funcionários da ONU, permitindo o efetivo controle judicial⁴⁹⁶.

Sem isonomia, sem imparcialidade e sem o diálogo com as diferenças e peculiaridades sistemáticas, respeitando as culturas e processos históricos de todas as

⁴⁹³ Contudo, é inegável que as maiores violações de direitos humanos em massa efetivamente ocorrem naquele continente. Sobre o tema, Jide Nzalibe e Julian Ku explicam que Estados fracos e instáveis não possuem estruturas institucionais básicas que facilitarão o controle governamental e o respeito ao Estado de Direito, o que teria como consequência a formação de um campo fértil para violações humanitárias. Ademais, muitos desses Estados sofrem de corrupção generalizada, falta de condições para garantir a execução das leis, manter a ordem pelo território e são incapazes de cumprir com suas obrigações internacionais. Por último, as autoras afirmam que as forças militares e de segurança em alguns desses países possuem como características a ineficácia, corrupção e falta de recursos, o que certamente deixam os Estados suscetíveis a ataques violentos, rebeliões e conflitos étnicos. NZELIBE, Jide; KU, Julian. Op. Cit. p. 812.

⁴⁹⁴ Nesta esteira o posicionamento de Kevin Jon Heller, o qual argumenta que os Estados não são atores neutros no plano internacional, mas sim atores que tentam utilizar as instituições internacionais para seus próprios interesses sempre que possível. HELLER, Kevin Jon. Deconstructing International Criminal Law. **Michigan Law Review**. v. 106. abr. 2008. p. 975-999. p. 998.

⁴⁹⁵ RADBRUCH, Gustav. Op. Cit. p. 175.

⁴⁹⁶ Wolfgang Weiss ainda assevera que a responsabilidade do Conselho de Segurança da ONU deve assegurar que qualquer crime cometido por soldados de uma tropa de algum país colaborador seja devidamente processado. WEISS, Wolfgang. Security Council Powers and the Exigencies of Justice after War. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. vol. 12. 2008. p. 45-111. p. 108.

partes envolvidas no conflito, o sistema penal internacional continuará a despertar desconfiança.

O DIP possui intrinsecamente características que podem levar a deslegitimação por parte da comunidade envolvida em dado conflito. A inacessibilidade geográfica dificulta o acompanhamento de vítimas e organizações interessadas no processo⁴⁹⁷ e a tentativa de padronizar processos supranacionais tende a desrespeitar as circunstâncias particulares da criminalidade internacional e das violações em massa dos direitos humanos⁴⁹⁸.

Para Ralph Henham, a legitimidade e aceitação dos julgamentos internacionais somente serão concretizadas quando as sentenças e o sistema dialogar com a expectativa de justiça das vítimas afetadas pelo conflito, e não com as aspirações de justiça universalizadas⁴⁹⁹.

Tanto a atuação judicial internacional, quanto os procedimentos reconstitutivos posteriores, não podem seguir diretrizes uniformizadas impostas baseadas no pensamento ocidentalizado hegemônico, desrespeitando as diferenças e as sociedades plurais.

Frise-se, como exemplo, fato histórico amplamente conhecido que até hoje influencia diretamente em muitos dos conflitos e violações de direitos humanos: a colonização africana por parte dos países europeus. A demarcação dos territórios foi baseada somente no poderio militar e político dos países europeus, o que teve como grave consequência a confinamento de etnias rivais no mesmo território e de grupos relacionados separados. Junte-se a isso os modelos de governo impostos e todas as formas de exploração e violência (material, humana, cultural, natural, etc.).

⁴⁹⁷ Um tribunal no qual as partes não se sentem envolvidas emocionalmente com o julgamento não terá autoridade moral para proferir decisões. Com isso, a atuação do tribunal falhará em sua função comunicativa, em curar as feridas da comunidade, em contribuir para um fechamento histórico, na reabilitação social e na reconstrução política. ROBERTS, Paul; MCMILLAN, Nesam. For Criminology in International Criminal Justice. **Journal of International Criminal Justice**. n. 1. 2003. p. 315-338. p. 332.

⁴⁹⁸ Ibidem. p. 333.

⁴⁹⁹ HENHAM, Ralph J. Punishment and the Role of the Prosecutor in International Criminal Trials. **Criminal Law Forum**. vol. 19. 2008. p. 395-429. p. 423.

Tais sistemas de imposição ideológica, desrespeitando a pluralidade de pensamento e a diversidade étnica-cultural, possuem implicações desastrosas para as pessoas afetadas, servindo somente como discurso retórico para os grupos dominantes.

Talvez o sistema internacional criminal e todos os seus avanços históricos (tratados, acordos, instituições) devesse ter como meta a padronização mínima de diretrizes a cada Estado soberano⁵⁰⁰, como forma de: (1) evitar a impunidade; (2) prevenir que massivos crimes ocorram; e (3) impedir o uso da vingança privada; mas sempre respeitando os processos históricos, as diferenças socioculturais e os direitos dos acusados.

Se no âmbito interno o sistema penal é utilizado como forma de perpetuação da ordem econômica e do grupo hegemônico no poder, excluindo e intimidando as classes subalternas⁵⁰¹, no sistema internacional esse controle ocorre pelos países dominantes economicamente⁵⁰². Caso se continue a utilizar o DIP como forma de controle aos Estados não alinhados, a possibilidade de proteção efetiva a vítimas e ao próprio sistema protetivo, nunca deixará de ser meramente simbólico⁵⁰³.

⁵⁰⁰ De acordo com Robert Sloane, os tribunais internacionais penais teriam uma capacidade dissuasiva mais efetiva se encorajassem o crescimento de instituições, leis e normas éticas nacionais, uma vez que estas poderiam ser aplicadas com mais regularidade e frequência. SLOANE, Robert D. Op. Cit. p. 75.

⁵⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. 77. No mesmo sentido, BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. Rompendo com a (Ir)Racionalidade Punitiva: Filosofia da Libertação e Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 9. n. 9. p. 195-213. jan./jun. 2011. p. 202.

⁵⁰² Outro exemplo histórico de parcialidade e influência de poder político-econômico no DIP é citado por Koskenniemi, ao lembrar que no dia 8 de maio de 1945 (mesmo dia da vitória dos aliados na Segunda Guerra), as tropas francesas massacraram cerca de 15.000 algerianos que tinham se unido às celebrações com protestos nacionalistas por independência. Conforme se sabe, os franceses não foram processados ou seu ato condenado pela comunidade internacional. KOSKENNIEMI, Martti. p. 418.

⁵⁰³ Para Zaffaroni, ao discorrer, no plano doméstico, sobre a função simbólica frente aos marginalizados e aos setores hegemônicos, “a sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente *simbólica*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 78.

CONCLUSÃO

A pena é o reflexo da atuação do Direito Penal, devendo ser considerada como uma importante ferramenta de política-criminal, com o intuito de promover a segurança jurídica e proteger os bens-jurídicos.

No plano internacional também deve ser vista como uma importante ferramenta para a promoção dos objetivos declarados na Carta das Nações Unidas, em tratados internacionais sobre a matéria (em especial o Estatuto de Roma) e para proteção dos direitos humanos e fundamentais.

O estudo e o estabelecimento de uma teoria sancionatória criminal internacional vai além do mero interesse filosófico⁵⁰⁴, impactando diretamente na sentença condenatória, na dosimetria das penas, na execução penal e na legitimação do DIP como instrumento garantidor. A falta de um sistema punitivo sólido, que identifique os métodos, funções e escalas sancionatórias, é um dos mais sérios problemas enfrentados para implementação efetiva de um sistema internacional penal⁵⁰⁵.

Paul Wolf⁵⁰⁶ discorre com maestria ao ponderar que “la mediación realizada de la teoría con la práctica y de la práctica con la teoría, constituyen la condición necesaria para que la historia futura del derecho penal no se desarrolle en la nebulosa de los ideales, esto es, que no se continúe como la historia secreta y real de venganza, retribución, opresión, humillación y desprecio para el ser humano.”

A jurisprudência e doutrina majoritária sustentam que as funções das sanções criminais no Direito Internacional Penal, são basicamente as mesmas que a do próprio Direito Internacional Penal, quais sejam, a de prevenir e suprimir a criminalidade internacional, avigorar a responsabilização dos perpetradores, reduzir a impunidade e reforçar o estabelecimento eficaz de uma jurisdição penal internacional⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ OHLIN, Jens David. Op. Cit. p. 403.

⁵⁰⁵ MALEKIAN, Farhad. Op. Cit. p. 167.

⁵⁰⁶ WOLF, Paul. Op. Cit. p. 70.

⁵⁰⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction...** p. 1.

Entretanto é inegável que necessita-se o desenvolvimento de teorias próprias que dialoguem com o modelo internacional. Sistematizar-se-á a seguir algumas ponderações expostas no decorrer do presente trabalho sobre as finalidades das sanções criminais internacionais (e do próprio sistema de DIP):

1. A retribuição deve ser considerada somente como limite punitivo fundada na culpabilidade do agente. Isso porque no DIP a teoria absoluta como função da pena encontra barreiras insuperáveis ao: (a) como cada um deve responder exatamente por seus próprios atos, a complexidade dos crimes internacionais impede, ao menos na maior parte das vezes, a identificação e individualização das condutas, pois não se pode basear a punição em um senso generalizado de responsabilidade; (b) a retribuição equivalente propalada pela teoria absoluta é impraticável, uma vez que as condutas são extremamente gravosas; (c) por se tratar de um sistema altamente seletivo, poucas pessoas e entidades recebem a “punição justa” e, por outro lado, muitas outras são excluídas de qualquer responsabilidade. Assim, não se pune todos que merecem ser punidos.

2. Há uma esperança para que a prevenção geral negativa se concretize quando o DIP possuir uma forma de organização efetiva e verdadeiramente universal. Somente com instrumentos eficazes e vinculativos é que poderia se alcançar a prevenção de condutas criminosas. Entretanto esta prevenção deve almejar resultados realizáveis e não utópicos como pretendido pela comunidade internacional. Ou seja, deve-se primeiro buscar a diminuição e gerenciamento da criminalidade, e não a eliminação total dela.

Contudo, critica-se o caráter dissuasório-preventivo por: (a) não haver comprovação empírica suficiente, até mesmo porque os atrozes crimes de massa continuam a acontecer; (b) em casos de guerras e conflitos étnico-religiosos não se pode concluir que os sujeitos envolvidos realmente abster-se-iam de praticar crimes somente pelo fato de haver condenações anteriores; (c) o autor que acredita ser seu ato moralmente justificável ou até mesmo necessário, também não seria passível de ser dissuadido.

Desenvolveu-se práticas consideradas mais efetivas para prevenção da criminalidade no plano doméstico, muito porque os Estados possuem sistemas jurídicos mais organizados, aceitos e eficazes. Entretanto, algumas alternativas devem ser consideradas pelo DIP: (a) implementação de comissões da verdade; (b) atuação das cortes nacionais; (c) sanções não criminais; (d) reparação e compensação às vítimas (já previsto no ER, art. 75); (e) diplomacia; (f) maior desenvolvimento econômico com diminuição da exclusão; (g) sanções econômicas; (h) intervenção militar.

Independente da crescente atuação dos tribunais internacionais criminais com o intuito de punir autores de atrocidades, uma atuação exclusivamente reativa por parte da comunidade internacional pode trazer consequências desastrosas. Por isso, defende-se também o desenvolvimento de instrumentos que possam agir de forma imediata.

3. A prevenção geral positiva auxiliaria no estabelecimento e consolidação de uma ordem internacional de valores comuns. Entretanto deve se fazer a ressalva de que, também no DIP, os valores defendidos são influenciados diretamente pelos países hegemônicos e podem não representar as particularidades de cada comunidade envolvida nos conflitos.

Ademais, ao considerar o caráter educativo da prevenção geral positiva, o DIP surge como uma ferramenta para divulgação das normas cogentes e, para isso, os julgamentos internacionais necessitam de uma ampla publicidade para alcançar seus objetivos, sempre respeitando as diferenças culturais em tela.

4. A ressocialização é majoritariamente descartada ao se ponderar quatro elementos: (a) grande parte dos autores dos crimes internacionais defendem ideais contrários à tolerância e aos direitos humanos universais; (b) muitos são socializados, na acepção do termo, e não necessitam de tratamento para se comportar de acordo às normas éticas exigidas pela sociedade; (c) autores que justificam moralmente suas condutas; (d) inexistência de um sistema penitenciário internacional.

5. A prevenção especial negativa é contrária ao princípio da dignidade humana e, ao confrontada com um sistema altamente seletivo, neutraliza somente pessoas pré-determinadas e não pertencentes às classes hegemônicas.

6. A seletividade do DIP opera em, pelo menos, cinco vertentes: (a) em relação àqueles países não signatários do ER, muitos dos quais considerados os maiores violadores de direitos humanos e humanitários do planeta; (b) ao selecionar de forma discricionária alguns dos comandantes e chefes político-militares em conflitos e excluindo outros. O que ocorre até mesmo pela dificuldade material de julgar todas as pessoas que cometerem crimes no complexo contexto de conflitos que podem envolver milhares de participantes; (c) na impossibilidade de individualização de ações criminosas coletivas, mais uma vez derivada na impraticável especificação de cada conduta individualizada de cada autor; (d) quando os tribunais são impedidos de atuar por requisição do CS da ONU, em episódios específicos determinados por este – normalmente derivado de conveniências políticas; e (e) selecionando determinadas condutas criminosas como objeto de atuação e excluindo outras.

A seletividade é um obstáculo para uma atuação global e imparcial dos órgãos judiciais criminais internacionais, bem como para efetivação da proteção de direitos fundamentais.

7. Propõe-se a fundamentação da sanção pelo viés garantista propugnada por Ferrajoli. Assim, a pena não deve servir somente para prevenir os futuros *delitos injustos*, mas também para prevenir *castigos injustos*, tutelando não apenas as vítimas, mas também protegendo os perpetradores das reações informais, públicas ou privadas.

Dessa sorte, por mais que haja a tentativa de demonização dos perpetradores de crimes internacionais (retirando o caráter “humano” destes), o DPI deve respeitar, proteger e utilizar seus julgamentos como instrumentos de propagação dos direitos fundamentais. Somente desta forma coadunar-se-ia com o modelo garantista de proteção aos direitos humanos.

8. O DPI deve servir como instrumento de padronização mínima de diretrizes persecutórias e de proteção aos direitos fundamentais dos acusados. Neste sentido, no contexto jurisdicionalizado as sentenças do TPI, *v.g.*, deve ser amplamente transmitida e distribuída para alcançar o maior número de instituições e pessoas, com o intuito de promover um intercâmbio entre os sistemas criminais internacionais e nacionais.

Contudo, qualquer atuação por parte do sistema internacional criminal não pode impor ideologias, desrespeitar a pluralidade de pensamento e desconsiderar a diversidade étnica-cultural. Caso contrário, o DPI cairá em descrédito, principalmente para a comunidade afetada, e continuará a servir somente como discurso retórico para os grupos dominantes.

Após tecidas essas considerações a respeito das funções das sanções criminais e do próprio sistema internacional criminal, salienta-se que este precisa ser legitimado pela comunidade internacional e pelos cidadãos, por mais que se veja, atualmente, o inverso.

Se atualmente se reconhece que a evolução histórica da sanção criminal no plano doméstico desemboca em uma finalidade de manutenção do controle social⁵⁰⁸, não se pode permitir que o desenvolvimento no plano internacional siga este mesmo caminho. Ou seja, o DIP deve buscar verdadeiramente a concretização dos direitos fundamentais e respeitar a dignidade da pessoa humana, e não servir como mais um instrumento de dominação e sedimentação de poder político das nações e ideologias dominantes.

⁵⁰⁸ BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 208.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. Portugal: Principia, 2007.
- ALVAREZ, Jose E. Alternatives to International Criminal Justice. In: CASSESE, Antonio. (coord.). **The Oxford Companion to International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25-38.
- AMATI, Enrico; et al. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2010.
- AMBOS, Kai. **A parte geral do Direito penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AMBOS, Kai. Ameaça: o direito penal internacional perdeu sua inocência. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.10, n.119, p. 3, out. 2002.
- AMBOS, Kai. **Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Editorial Comment. **Progress in International Criminal Law?** American Journal of International Law. Vol. 93. No. 2. Abr/1999.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. **Derecho Penal Internacional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- ARANA, Josycler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Direito Internacional, seus tribunais e meios de solução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios De Derecho Penal La Ley Y el Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal: parte geral**. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BALEZAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional. Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Barueri: Manole, 2004.

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias em la Legitimación del Derecho Penal. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 77-92.
- BASSIOUNI, M. Cherif. **International Criminal Law**. Vol. 1. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. New York: Transnational Publishers, 2003.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea. Tit. orig: Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice. **Virginia Journal of International Law Association**. v. 42. 2001. Disponível em: http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf. Acesso em: 15 de janeiro de 2012.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. 1. vol. São paulo: Saraiva, 1973.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BENITÉZ, Antonio García. **Los Orígenes de La Pena**. Sevilla: Padilla Libros Editores & Libreros Sevilla, 2009.
- BERISTAIN, Antonio. **La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas**. Buenos Aires: De Palma, 1982.
- BHUTA, Nehal. How Shall We Punish The Perpetrators? Human Rights, Alien Wrongs and the March of International Criminal Law. **Melbourne University Law Review**. vol. 27. n. 1. 2003. p. 1-21.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLUMSTEIN, Alfred. et al. **Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Sanctions on Crime Rates**. Washington: National Academy of Sciences, 1978.

BOITEUX, Luciana. Os Princípios Penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à Luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (coord.). **Direito penal Internacional, Estrangeiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91-114.

BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOZZA, Fabio da Silva. Prevenção Geral Negativa e as Contribuições da Obra de Beccaria. In: BUSATO, Paulo César. (org.) **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 177-210.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas**. Coleção de Leis do Brasil. 1945.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Diário Oficial da União, Brasília. p. 3. 26 set. 2002.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Diário Oficial da União, Brasília. p. 8716. 07 set. 1992.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, Paulo César. (org.) **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BYERS, Michael. **A lei da guerra – Direito Internacional e conflito armado**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.

- CAEIRO, Pedro. Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua. **Revista Direito e Cidadania**. Ano V. n. 18. Praia: Cabo Verde, 2003.
- CAEIRO, Pedro. Claros e Escuros de um Auto-Retrato: Breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. In: **Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários**. vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 11-31.
- CAFFARENA, Borja Mapelli. Criminología Crítica y Ejecución Penal. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 176-188.
- CANÇADO TRINDADE, Augusto Antônio. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**. v. III. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Salo de. **Anti Manual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASELLA, Paulo Borba; MÜLLER, Leonardo. Corte Internacional de Justiça. In: ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. (coord.). **Direito Internacional: seus tribunais e meios de solução de conflito**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 279-325.
- CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-20.

- CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Nova Iorque: Oxford University, 2003.
- CASTILLO, Pablo. Rethinking Deterrence: The International Criminal Court in Sudan. **UNISCI Discussion Papers**. n. 13. p. 167-184. jan. 2007.
- CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**. Nova Iorque: Routledge, 2004.
- CHUNG, Christine H. The Punishment and Prevention of Genocide: The International Criminal Court as a Benchmark of Progress and Need. **Case Western Reserve Journal of International Law**. vol. 40. n. 2. p. 227-242, 2008.
- CLAPHAM, Andrew. Obligaciones Dimanantes de los Derechos Humanos para los Actores no Estatales en Situaciones de Conflicto. **International Review of Red Cross**. n. 863. set. 2006. p. 1-38.
- CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A Dignidade Humana: Teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A Dignidade Humana: Teoris de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CRETILLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.
- D'ASCOLI, Silvia. **Sentencing in International Criminal Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- DAMMER, Harry R.; FAIRCHILD, Erika. **Comparative Criminal Justice Systems**. 3a. ed. Belmont: Thomson Wadsworth, 2006.

- DANA, Shahram. Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing. **The Journal of Criminal Law & Criminology**. v. 99. n. 4. 2009. p. 857-927.
- DANA, Sharam. Genocide, Reconciliation and Sentencing in the Jurisprudence of the ICTY. In: HENHAM, Ralph; BEHRENS, Paul. **The Criminal Law of Genocide: International, Comparative and Contextual Aspects**. Aldershot: Ashgate, 2007. p. 259-274.
- DANNER, Allison Marston. Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing. **Virginia Law Review**. vol. 87. n. 3. 2001. p. 415-501.
- DAVIDSON, Caroline L. No Shortcuts on Human Rights: Bail and the International Criminal Trial. **American University Law Review**. v. 60. n. 1. 2010. p. 1-69.
- DEGUZMAN, Margaret M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court. **Michigan journal of International Law, Forthcoming**. Temple University Legal Studies Research Paper Series. n. 2011-16. 2011.
- DELGADO, José Manuel Avelino de Pina e TIUJO, Liriam K. **O princípio da responsabilidade penal individual nos estatutos do Tribunal Militar de Nuremberg e do Tribunal Penal Internacional**. Revista Direito e Cidadania. Ano IV. n. 12/13. Praia: Cabo Verde, 2001.
- DOLINGER, Jacob; SOARES, Denise de Souza. **Direito Internacional Penal: tratados e convenções**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DORIA, José; GASSER, Hans-Peter; BASSIOUNI, M. Cherif. **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- DOSWALD-BECK, Louise. El Derecho a la Vida en los Conflictos Armados: Brinda el Derecho Internacional Humanitario Respuesta a todas las Cuestiones?. **International Review of Red Cross**. n. 864. dez. 2006. p. 1-26.
- DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias. (Org.). Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil. Curitiba: Negócios Públicos, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e Notas da legislação brasileira**. 2. ed. Curitiba: JM, 1999.

DRUMBL, Mark A. **Atrocity, Punishment and International Law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

DRUMBL, Mark A. Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity. **Northwestern University Law Review**. vol. 99. n. 2. p. 539-611. mar, 2005. p. 556.

EIROA, Pablo. **La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción**. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2003.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Trad. Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 25-48.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (coord). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13-29.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, Parte Geral, Tomo I. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

FLETCHER, George P. **Basic concepts of criminal law**. Nova Iorque: Oxford university Press, 1998.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

- FLORES, Joaquín Herrera; RÚBIO, David Sánchez; CARVALHO, Salo de. (orgs.) **Direitos Humanos e Globalização e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FRISTER, Helmut. **Derecho Penal: Parte General**. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- FRONZA, Emanuela. Le Sanzioni. AMATI, Enrico; et al. **Introduzione al Diritto Penale Internazionale**. 2. ed. Milão: Giuffré, 2010. p. 325-374.
- GIL GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- GOMES, Eduardo Biacchi; REIS Tarcísio Hardmann (Orgs.). **Desafios do Direito Internacional o século XXI**. Ijuí: Unijuí, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral: culpabilidade e teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.
- GÓMEZ-ROBLEDO, Alfonso. El Alegato de “Genocidio” y de “Jurisdicción Universal”, en Casos de Extradicción Internacional. **Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**. n. 30. 2000. p. 59-85.
- GOTTFREDSON, Michael R. ; HIRSCHI, Travis. **A General Theory Of Crime**. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novas Mentalidades Emergente Pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2006.
- GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Humanitário e Proteção Internacional do Indivíduo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GUERRA, Sidney (Coord.). **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.
- HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica del Derecho Penal de Hoy**. Trad. Patricia Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEIJDEN, Barend Van Der; TAHZIB-LIE, Bahia. **Reflections on the Universal Declaration of Human Rights**. Cambridge: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- HELLER, Kevin Jon. Deconstructing International Criminal Law. **Michigan Law Review**. v. 106. abr. 2008. p. 975-999.
- HENHAM, Ralph J. **Punishment and Process in International Criminal Trials**. Aldershot: Ashgate, 2005.
- HENHAM, Ralph J. Punishment and the Role of the Prosecutor in International Criminal Trials. **Criminal Law Forum**. vol. 19. 2008. p. 395-429.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Sevilla: Atrapasueños, 2008.
- HERZOG, Felix. How to Find the Proportionate Criminal Sentence for Crimes Against Humanity. **The Finnish Yearbook of International Law**. n. 12. 2001. p. 269-279.
- HOFFMAN, Michael H. Emerging Combatants, War Crimes and the Future of International Humanitarian Law. **Crime, law & Social Change**. vol. 34. 2000. p. 99-110.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thompson-Civitas, 2003.
- JAKOBS, Günther. **Sobre la Teoría de la Pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org. e Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JAKOBS, Günther. **Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

- JARDIM, Tarciso Dal Maso. Dinamismo do Direito Internacional penal após o Estatuto de Roma: da Sudan Room à Situação em Darfur, Sudão. **Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal: Textos para Discussão**. n. 68. Ago. 2010.
- JARDIM, Tarciso Del Maso. **O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados**. V. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- JARDIM, Tarciso Del Maso. **O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados**. V. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. Ed. Granada: Comares, 2002.
- JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- JUSTO, A. Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KIELSGARD, Mark D. The Legality Principle in Sentencing at the ECCC: Making Up Law as It Goes Along? **Asian Journal of International Law**. v. 2. n. 1. 2012. p. 119-136.
- KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. A Construção do Acordo na Conferência de Roma. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (orgs.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21-48.
- KLABBERS, Jan. Just Revenge? The Deterrence Argument in International Criminal Law. **The Finnish Yearbook of International Law**. n. 12. 2001. p. 249-267.
- KOSKENNIEMI, Martti. Between impunity and Show Trials. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. v. 6. n. 1. 2002. P. 387-421.
- KU, Julian. How System Criminality Could Exacerbate the Weakness of International Criminal Law. **Santa Clara Journal of International Law**. v. 1. 2010. p. 367-374.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

- LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. Javier Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- LEVITT, Steven D.; KESSLER, Daniel. Using Sentence Enhancements to Distinguish Between Deterrence and Incapacitation. **Journal of Law and Economics**. Chicago, v. 42, n. 1, p. 343-363, abr. 1999.
- LIMA, Renata Montovani de; BRINA Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LISZT, Franz von. **La idea de fin en Derecho Penal**. Berlín: Edeval, 1984.
- LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MACHADO, Máira Rocha. **Internacionalização do Direito Penal: gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena**. Coleção Direito GV. São Paulo: Ed. 34, 2004.
- MAIER, Julio B. J. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- MALEKIAN, Farhad. **Principles of Islamic International Criminal Law: a comparative search**. 2. ed. Leiden: Brill, 2011.
- MAOGOTO, Jackson. Early Efforts to Establish an International Criminal Court. In: DORIA, José; GASSER, Hans-Peter; BASSIOUNI, M. Cherif. **The Legal Regime of the International Criminal Court**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 3-22.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MATHIESEN, Thomas. **Prison On Trial**. 3. ed. Winchester: Waterside Press, 2006.
- MATTA, Marcelo Cabistani da. **A sanção penal entre o crime e o potencial criminoso: uma abordagem jurídico-econômica da pena**. Porto Alegre: UFRS, 2008. Originalmente apresentada como dissertação de Mestrado. Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: Parte general**. 1. vol. Buenos Aires: Depalma, 1994.

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público: parte geral**. 2a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Premier Máxima, 2005.
- MENDEZ, Juan E. **The Importance of Justice in Securing Peace**. Review Conference of the Rome Statute. RC/ST/PJ/INF.3. 2010.
- MENEZES, Wagner. **Direito Internacional: Legislação & Textos Básicos**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORENO-OCAMPO, Luís. The International Criminal Court: Seeking Global Justice. **Case Western Reserve Journal of International Law**. v. 40. 2008. p. 215-225.
- NASSER, Hikmat Salem. **Fontes e normas do Direito Internacional**. São Paulo: Atlas, 2005.
- NEUMAYER, Eric. A New Moral Hazard? Military Intervention, Peacekeeping and Ratification of the International Criminal Court. **Journal of Peace Research**, Oslo, v. 46, n. 5, p. 659-670, 2009.
- NZELIBE, Jide; KU, Julian. Do International Criminal Tribunal Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities? **Washington University Law Review**. v. 84. n. 4. 2006. p. 777-833.
- O'DONNELL, Margarita K. Rethinking the Role of National Sentencing Practice in the International Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda. **Center for Human Rights and Global Justice Working Paper**. New York, n. 23, p. 1-24, 2009.
- OHLIN, Jens David. Towards a Unique Theory of International Criminal Sentencing. In: SLUITER, Goran; VASILIEV, Sergey. **International Criminal Procedure: Towards a Coherent Body of Law**. Londres: Cameron May, 2009. p. 373-404.
- PAVARINI, Massimo. Fuera de los Muros de la Cárcel. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 155-174.

- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: Uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.
- PIRES, Álvaro. A Fase Bélica das Formações Sociais do Capitalismo Pós-Industrial e Globalizado: do Sistema Penal Regular à Eliminação das Garantias dos Direitos Fundamentais – as Sombrias Perspectivas a Partir de Guantánamo. In: KARAM, Maria Lúcia. (org.) **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 191-220.
- PODGOR, Ellen. S.; et al. **Mastering Criminal Law**. Durham: Carolina Academic Press, 2008.
- PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- PUIG, Santiago. Función Fundamentadora y Función Limitadora. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 49-58.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3a. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad. Wenceslao Roces. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- RAMIREZ, Juan Bustos. Aspectos filosóficos-jurídicos: Introducción. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 21-25.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REYES, Michelle. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma: Estados Partes adoptan crimen de agresión. **Panorama Mundial: Boletín Electrónico del IDEI**. n. 9. Jul/ago 2010.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

- RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira Mazzuoli. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2008.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. **Función y Aplicación de la Pena**. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- ROBERTS, Paul; MCMILLAN, Nesam. For Criminology in International Criminal Justice. **Journal of International Criminal Justice**. n. 1. 2003. p. 315-338.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi. **Impunity and Human Rights in International Law and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho
- ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención En Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1981.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**, Tomo I. Madrid: Civitas, 2007.
- ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Coleção Vega Universidade, 2004.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- RUTLEDGE, Kristina D. Giving the Devil his Due: The Pursuit & Capture of Nazi War Criminals – A Call for Retributive Justice in International Criminal Law. **Regent Journal of International Law**. v. 3. 2005. p. 27-74.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal, parte geral**. 3ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
- SARDINHA, José Miguel. **O Terrorismo e a Restrição Dos Direitos Fundamentais em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- SCHABAS, William. A. **An Introduction do the International Criminal Court**. 3a. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.
- SCHABAS, William. Princípios Gerais de Direito Penal: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 149-190.

- SCHILD, Uri J. **Criminal Sentencing and Intelligent Decision Support**. Artificial Intelligence and Law. Doordrecht, v. 6., p. 151-202, 1998.
- SCHMITT, Michael N. Precision Attack and International Humanitarian Law. **International Review of Red Cross**. vol. 87. n. 859. set. 2005. p. 445-466.
- SCHUNEMANN, Bernd. **Obras**. Tomo I. Santa Fé: Rubenzal-Culzoni Editores, 2009.
- SERRETTI, André Pedrolli. Direitos Fundamentais, Princípios Penais Constitucionais e Garantismo penal. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, jul./dez. 2009.
- SHARMA, Vishnu Dutt. International Criminal Law: Crime Prevention and Punishment. In: PATEL, Bimal N. (coord.). **India and International Law**. vol. I. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 189-222.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. O Princípio da Reserva de Código e a Inflação Legislativa no Estado Democrático de Direito. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias. (Org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil**. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 411-426.
- SLOANE, Robert D. The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law. **Stanford Journal of International Law**. v. 43. 2007. p. 39-94.
- SMIDT, Michael L. The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence? **Military Law Review**, Charlottesville, v. 167, p. 156-240, mar. 2001.
- SMIT, Dirk van Zyl. Punishment and Human Rights in International Criminal Justice. **Human Rights Law Review**. Oxford, vol. 2, n. 1, p. 1-17, 2002.

- SOARES, Denise de Souza; DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Penal – tratados e convenções**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOUZA, Susana Aires de. Perseguição de Crimes de Guerra e de Crimes Contra a Paz e a Humanidade. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 795-806.
- STEINER, Sylvia Helena F. **O Tribunal Penal Internacional**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 25.06.2001. Acessado em: 15 de dezembro de 2011.
- STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, n. 83, 1999.
- STEINER, Sylvia. O Tribunal Penal Internacional e o caso das crianças soldados. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 179, p.14, out. 2007.
- STRATENWERTH, Günter. **Qué aporta la teoría de los fines de la pena?** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-219.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A superação da visão abstrata do sistema de justiça criminal a partir dos direitos humanos**. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2009.
- TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & A Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá, 2008.
- TAVARES, Juarez. Criminalidade nacional, transnacional e internacional. In: BONATO, Gilson. (org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 421-434.
- TEIXEIRA, Gabriel Haddad. A seletividade do Sistema Penal: uma visão sobre o Tribunal Penal Internacional. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 225, p. 18 - 19, ago., 2011.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

- TRAHAN, Jennifer. The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference. **International Criminal Law Review**. vol. 11. 2011. p. 49-104.
- TREJO, Ana Gamboa. **La pena de prisión: teoría y prevención**. México: Universidad Veracruzana, 2005.
- VASSALI, Giuliano. **Ultimi Scritti**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.
- VIADA, Natacha G. **Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- WEISS, Wolfgang. Security Council Powers and the Exigencies of Justice after War. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. vol. 12. 2008. p. 45-111.
- WERLE, Gerhard. **Tratado de Derecho Penal Internacional**. 2ª. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- WOLF, Paul. Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena. In: RAMIREZ, Juan Bustos. (coord.). **Prevención y Teoría de la Pena**. Santiago: Conosur, 1995. p. 59-72.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4ª. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo No Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZUPPI, Alberto Luis. **Jurisdicción Universal Para Crímenes Contra El Derecho Internacional: El camino hacia la Corte Penal Internacional**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.