

DA APLICAÇÃO DO *JUS COGENS* PARA O COMBATE DO GENOCÍDIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

THE APPLICABILITY OF *JUS COGENS* IN INTERNATIONAL SOCIETY AND THE PROHIBITION OF THE PRACTICE OF GENOCIDE IN POSTMODERN SOCIETY

Josycler Aparecida Arana Santos *

RESUMO: O presente artigo busca desenvolver a correlação entre a aplicabilidade do *jus cogens* na sociedade internacional e a vedação da prática de genocídio na sociedade pós-moderna. Procede a uma pesquisa de natureza bibliográfica nacional e estrangeira sobre os temas propostos. Aprofunda essa abordagem a partir das definições teóricas de *jus cogens* e de genocídio. Procura organizar uma primeira apresentação histórica desses conceitos e de suas evoluções na contemporaneidade. Empreende a busca de suas interpolações e expõe as consequências diretas para a área do Direito Internacional Público, em especial o Direito Humanitário. Demonstra o processo para que a proibição do genocídio torne-se regra jurídica na sociedade internacional moderna, sendo o *jus cogens* o instrumento essencial para a concretização desta evolução. Conclui demonstrando a efetiva evolução do Direito Internacional Público no último século e identificando os pontos em que deve melhorar para atender as necessidades da ordem pública internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional. *Jus cogens*. Genocídio. Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT: This article looks for developing a correlation between the applicability of *jus cogens* in international society and the prohibition of the practice of genocide in postmodern society. It deepens this approach from the theoretical definitions of *jus cogens* and genocide. It aims to organize an initial historical presentation of these concepts and their developments in contemporaneity. It promotes the search for their interpolations and shows their direct consequences for the area of public international law, especially humanitarian law. It concludes by demonstrating the evolution of public international law in the last century and by identifying the points in which it must improve to fulfil the needs of international public order.

Keywords: International Law. *Jus cogens*. Genocide. International Criminal Court.

INTRODUÇÃO

Simultaneamente às mudanças que ocorrem na vida social dos indivíduos se produzem outras mudanças igualmente importantes. Mudam as percepções da vida em grupos, mudam as instituições jurídicas e, assim sendo, a busca de justiça. O próprio conceito de justo sofre alterações no tempo e no espaço. Mesmo as sociedades que revelam divergências em suas posições sobre a inserção do homem no grupo social, possuem valores que são essenciais para a vida em grupo. A proteção ao direito à vida de seus membros é um desses aspectos.

Se desde a Antiguidade até meados do século XX não existia a preocupação com a preservação desse bem maior dos indivíduos que pertencessem a outro grupo ou mesmo assumissem posições divergentes do grupo dominante, a sociedade pós-moderna tem apresentado tal questão ao debate.

A Revolução Francesa buscou implantar na sociedade europeia os direitos contidos no lema *LIBERTÉ, IGUALITÉ e FRATERNITÉ*⁷⁵. Os regimes totalitários que vigoraram na primeira metade do século XX abalaram com esse paradigma. O século que começou com a *Belle Époque*, considerando que as artes e as ciências encaminhariam a Humanidade para um período de paz perpétua, viu a crua realidade de duas guerras que foram denominadas de mundiais pelas consequências que trouxeram para todos os povos e a todos os ramos do conhecimento.

Nesse momento a Humanidade conheceu o horror e sofrimentos possíveis de serem causados pela eficiência produzida pela ciência. Uma ciência criada, delineada, exauridamente aplicada para que a morte não fosse uma consequência possível, mas antes um fim em si mesmo. Pereceram homens, mulheres e crianças, fragilizados e horrorizados, sem proteção do Estado ao qual se encontravam vinculados por laços de *jus soli* e *jus sanguini*. A soberania clássica foi usada como justificativa para a matança generalizada.

O século XX viu ainda a contraposição de dois regimes econômicos, e a extenuação de um destes. Assistiu a inúmeras guerras de repercussão geográfica localizada. Presenciou a evolução da ciência, a melhoria dos meios de comunicação até então existentes, a criação da internet e o desenvolvimento da tecnologia nuclear, a qual veio a ser usada para fins pacíficos e também como arma de guerra e de destruição em massa.

O século XXI não começou com melhores expectativas. Dois aviões atingiram fortes símbolos do capitalismo. A data de 11 de setembro assumiu um simbolismo próprio e passou a ser um marco do radicalismo. O horror assume aspectos antes inimagináveis. O terrorista pode ser qualquer um, pode estar ao lado, pode ter qualquer ambição a ser satisfeita. Ou simplesmente nenhuma, ter como meta a destruição do outro, bastando para tal que este não acolha seu sistema de valores sociais.

Falando francamente, a evolução do Direito Internacional Público deu-se pela ocorrência de mares de sangue inocente derramados. O que estudamos como mudança do paradigma, alteração de padrões éticos da sociedade internacional, a saída do Estado de foco e a entrada do ser humano nos holofotes

⁷⁵ Os direitos de primeira geração são conhecidos como as liberdades civis clássicas. Exigem uma abstenção do Estado, o qual não pode intervir no a esfera íntima do indivíduo. São os ligados à liberdade em seus múltiplos aspectos: direito à vida, à liberdade religiosa, à liberdade de expressão e à propriedade privada. Os de segunda geração referem-se ao âmbito econômico, sociais, culturais e políticos. Os direitos de terceira geração são ligados à coletividade considerada em seu aspecto conjunto. Referem-se ao meio ambiente, busca da paz e da autodeterminação dos povos.

do Direito Humanitário, não é uma evolução lenta e gradual. Ocorreu porque negros, judeus, ciganos, opositores políticos, homossexuais, deficientes físicos e mentais, Testemunhas de Jeová, criminosos comuns; em síntese, seres humanos de todas as etnias, credos e idades foram mortos frente a mais absoluta indiferença da sociedade ocidental.

Neste momento o questionamento deixa de ser meramente jurídico e se torna filosófico: o que distingue o ser humano dos demais animais? Talvez a resposta perpassasse pela compaixão pelo destino do outro, pela alteridade necessária e pela busca de Justiça.

O objetivo deste artigo é analisar os conceitos de *jus cogens* e genocídio, mostrando suas origens históricas, as posições favoráveis ou contrárias dos doutrinadores e a legislação internacional, entrelaçando-os dentro do Direito Internacional Criminal e o Direito Humanitário e examinando como estes são utilizados no sistema do Direito Internacional Público no âmbito global.

Buscam-se ainda mostrar os pontos que ainda possuem debilidades conceituais, possibilidades de aprimoramento. Para a realização deste trabalho teórico far-se-á uma revisão bibliográfica, de onde se pretende referenciar os conceitos de *jus cogens* e de genocídio, num segundo momento interligando-os na busca de soluções para a prática de atos que configurem crime contra a Humanidade.

Como marcos teóricos, dialogar-se-á com dois importantes autores do século XX: a obra de Cláudio Finkelstein será referencial para o conceito de *jus cogens*; e a ótica de Raphael Lemkin para o conceito de genocídio. Este artigo foi dividido em quatro partes específicas, quais sejam: conceituação e discussão de sociedade internacional, desde seus primórdios até os dias atuais; prossegue com conceituação de *jus cogens*, num terceiro momento estudar-se-á o conceito de genocídio, sua criação e espécies possíveis. E por fim, elabora uma breve análise acerca do Tribunal Penal Internacional, elucidando sua importância na evolução do Direito Internacional Público, bem com suas fragilidades.

Conclui-se o estudo mostrando o instrumento jurídico atual para o julgamento e punição aos crimes de genocídio: o Tribunal Penal Internacional. Este sistema não é isento de críticas e falhas na busca de respostas aos horrores que nem mesmo as demais ciências (Psicologia, Filosofia, História, por exemplo) conseguem explicar. Mas é uma inegável evolução teórica e prática dentro do Direito Internacional.

Neste sentido, após a conclusão deste estudo, o artigo pretende colaborar com o debate acadêmico, na busca de aprimoramento dos institutos jurídicos à disposição da sociedade internacional.

1 SOCIEDADE INTERNACIONAL: CONCEITOS E DISCUSSÕES

O milenar brocardo jurídico *Ubi societas, ubi jus*, em sua essência, traduz uma verdade que é estudada por diversos ramos das Ciências. Sociologia, Antropologia, Filosofia, Psicologia, bem como o Direito buscam explicar o que é a existência humana, quer individualmente, quer em grupo e como esta proporciona no desenrolar da História.

Todas as facetas da natureza humana demonstram que a vida em grupo é uma necessidade e também um desejo. Seres humanos isolados conseguem sobreviver fisicamente, mas têm dificuldades cognitivas e emocionais. Por outro lado, a necessidade de viver em grupo impõe o imperativo de regramento.

Nesse sentido, torna-se pertinente a discussão acerca da conceituação que se deve estudar a vida dos grupos humanos conjuntamente considerados no planeta.

A propósito, vale mencionar Brierley (*apud* SILVA, 2010, p.38-39)

O Direito só existe em uma sociedade, não podendo haver nenhuma sociedade sem um sistema jurídico que regule as relações de seus membros. Se se fala de Direito Internacional (*Law of Nations*) presumir-se-á a existência de uma sociedade de nações. Sociedade internacional é dessa forma o meio onde se aplicam as regras do Direito Internacional Público. Alguns autores utilizam a terminologia “comunidade” para identificar tal meio. Todavia pelas razões que passaremos a expor, o termo “sociedade” é o que se adéqua às especificidades e ao momento atual em que se desenvolve o Direito Internacional. Para explicar a distinção entre tais termos partiremos das posições de Freyer e Weber. Segundo Freyer, comunidade é a coletividade extra-histórica, em que não haveria poder de dominação, ou seja, de aspecto eminentemente natural, enquanto a sociedade teria formação histórica, sendo possível determinar o momento em que foi criada. Esta é constituída por grupos heterogêneos nos quais está presente a tensão de domínio, existindo, desta forma, um poder dominante. Já para Weber, comunidade é a coletividade que teria origem num sentimento subjetivo, como a tradição, os laços familiares, fatores emocionais, culturais. Já a sociedade surgiria da vontade orientada pela razão (aspecto objetivo) visando a obter determinada finalidade. Dessa forma, verifica-se que o Direito Internacional insere-se em uma “sociedade” internacional e não em uma “comunidade” internacional por causa da constante tensão de domínio. A comunidade também existiria nas sociedades primitivas. Ao primeiro conflito tornar-se-ia uma sociedade internacional “*lato sensu*”.

Portanto, a opção pelo termo sociedade advém da complexidade das relações humanas, as quais necessariamente devem ser permeadas pelo Direito, quer formalizado num texto escrito, quer em seu aspecto consuetudinário.

Também Finkelstein (2013, p.39) preleciona:

[...] inexistindo uma unidade de interesses entre os Estados na esfera global, preferimos a expressão sistema internacional a comunidade internacional, apesar de usarmos ambas as expressões, em virtude do uso disseminado das mesmas pela doutrina e pela jurisprudência. O uso do termo comunidade pressupõe a existência de interesses comuns, o que no mais das vezes não é verdade uma vez que tais interesses são extremamente diversos.

Por outro aspecto, a discussão sobre a origem do Direito é uma discussão clássica travada entre os teóricos do *jus naturalismo* e os do Direito Positivo. Ambas as correntes se digladiam na busca de resultados e respostas definitivas.

Para o Direito Natural, como a própria expressão o denota, os seres humanos são dotados de uma categoria de direitos mínimos que lhes são dados em razão de pertencerem ao gênero humano. Esses direitos derivam de uma fonte superior à própria noção de sociedade, sendo considerado que o sistema normativo independe da vontade de homens ou instituições. O *jus naturalismo* é derivado da noção de sagrado, da própria natureza, cabendo sublinhar que a racionalidade humana apenas o materializa. Ética e valores morais superiores são manifestações do Direito Natural, imutável e aplicável a todos os povos do mundo.

Em resumo, é do Direito Natural que os Direitos Humanos em suas variadas gerações (como o direito à vida, à liberdade de pensamento, liberdade de expressão, e liberdade religiosa, de propriedade) provêm. É válido para todos os indivíduos, em todos os tempos.

Os maiores teóricos fundadores do Direito Internacional na Idade Moderna, a saber: Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Hugo Grotius, tiveram seus escritos e ideias essencialmente baseados nos conceitos do *jus naturalismo*.

Por outro lado, o positivismo jurídico entende que o Direito se origina na vontade humana e na estruturação jurídica e política de uma sociedade e atende apenas as necessidades de um povo organizado politicamente em torno de um Estado e de um ordenamento jurídico. Para essa teoria, é a previsão na norma jurídica que determina como os povos devem agir.

É a partir do positivismo jurídico que os tratados ganham força e impulso no Direito Internacional Público, obtendo cada vez mais terreno em relação aos costumes internacionais, atingindo seu ápice com a Convenção de Viena sobre direito dos tratados, a qual é considerada um marco na codificação do direito internacional consuetudinário. Assinada em 22 de maio de 1969, aberta a ratificações a partir de 23 de maio do mesmo ano; a referida Convenção só entrou em vigência em 1980 quando o número mínimo de 35 países a ratificou⁷⁶. Na data de elaboração deste artigo (maio de 2016), a Convenção contava com 114 Estados partes⁷⁷.

Ainda que possa haver diferenciações entre os doutrinadores acerca dos marcos que definam o enquadramento temporal do Direito Internacional Público, Akeshut e Malanczuck (apud Finkelstein 2013, p. 44), consideram que “a distinção que historicamente se operou entre um direito internacional clássico – forjado entre 1648 e 1918 - e um direito internacional moderno, ou novo, se desenvolve a partir da Primeira Guerra Mundial”.

2 DO SÉCULO XVI ATÉ O SÉCULO XXI: O CAMINHO E SEUS TROPEÇOS

Na transição do século XV para o século XVI se deu enfraquecimento do feudalismo europeu⁷⁸, e consequentemente a intensificação do poder real que conduziu a criação do conceito de Estado nacional⁷⁹ e, à vista disso, a soberania estatal que deu ensejo ao surgimento do Estado Moderno.

Argumenta Finkelstein (2013, p.44):

Importante notar que na sua acepção originária, a ideia de soberania foi uma concepção de índole política que só posteriormente passou ao campo do Direito Internacional. A soberania deriva do reconhecimento da legitimidade de um poder central e não da aceitação da validade moral ou legal dos atos empreendidos por tal poder.

⁷⁶ O Brasil, embora tenha assinado a Convenção o dia 23 de maio de 1969, “honrando” sua tradição protelatória, só a ratificou em 25 de setembro de 2009, mesmo assim com ressalvas aos artigos 25 e 66.

⁷⁷ Fonte: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en, acesso em 05 de maio de 2016.

⁷⁸ Dentre as causas desse enfraquecimento encontram-se epidemias, guerras e mudanças tecnológicas nos meios de produção que aprimoraram o comércio e assim levaram ao fortalecimento da burguesia que ocasionou uma concentração de poderes políticos e econômicos nas mãos dos reis que impuseram sua autoridade aos senhores feudais, aos burgueses e à população em geral.

⁷⁹ Portugal, Espanha, França e Inglaterra foram os primeiros reinos unificados sob o poder do Estado moderno.

Nesse sentido, antes do surgimento do Estado-nação o poder estava descentralizado nas mãos dos senhores feudais. Cada feudo possuía sua legislação autônoma e independente. Sob tal aspecto o senhor feudal possuía poder de vida e morte sobre seus vassalos. Também a cobrança de impostos e a permissão de circulação no território encontravam-se subordinadas às vontades pessoais destes.

Em 1517 a Reforma Protestante liderada por Martim Lutero e apoiada pelos monarcas europeus provoca uma revolução não só religiosa, mas fundamentalmente uma mudança em valores sociais e políticos. Por sua vez, a nascente burguesia desejava maior autonomia para a prática de atos de comércio e, dessa forma, liberdade econômica.

Nos séculos XVII e XVIII ocorreu uma estabilização dos sistemas jurídicos positivados. O princípio da segurança jurídica avançou a patamares antes nunca alcançados. Os direitos humanos fundamentais começam a ser expressamente previstos nos textos legais. A *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), a *Bill of Rights* (1689); a Declaração da Virginia (1776), a [Carta dos Direitos dos Estados Unidos](#) (1789) e a [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão](#) francesa (1789) são documentos de valor paradigmático.

Já a segunda metade do século XIX assiste ao advento do conceito de organizações internacionais, as quais são criadas como um fórum permanente de discussão e evolução das questões que interessam à sociedade internacional. Em seus primeiros passos, tais organizações revestiam-se de um caráter técnico, como União Telegráfica Internacional (1865), União Postal Universal (1874), o Secretariado Internacional de Pesos e Medidas (1875), a União para Proteção da Propriedade Intelectual (1883), dentre outras.

A Primeira Guerra Mundial, conflito que ocorreu entre os anos de 1914 e 1918, foi motivada inicialmente pela partilha de terras que acontecia nos continentes africano e asiático, onde as principais potências europeias, Inglaterra e França, que na segunda metade do século XIX, buscavam adquirir hegemonia dos territórios para a extração de seus recursos, enquanto a Alemanha e a Itália ficaram com poucos territórios com recursos de baixo valor. Isso gerou descontentamento por parte dos ítalo-germânicos, que permaneceu até o começo do século XX.

Em segundo lugar a concorrência econômica entre os países europeus acirrou a disputa por mercados consumidores e matérias primas. Essa concorrência gerou vários conflitos de interesses entre as nações. Ao mesmo tempo em que ocorria esse aumento da concorrência, as nações europeias passaram a investir na fabricação de armamentos, o que gerou o aumento da insegurança, fazendo com que os investimentos militares aumentassem diante de uma possibilidade de conflito armado na região.

Além disso, a questão dos nacionalismos também esteve presente na Europa pré-guerra. Existiam rivalidades como, por exemplo, aquela identificada entre a Alemanha e a Inglaterra. Havia o ideal alemão de formar um grande império, unindo os países de origem germânica. Havia também o ideal eslavo de fortalecer o Império Russo, que envolvia também outros países de origem eslava, tais como Croácia, Sérvia, Ucrânia, Tcheca e Eslováquia.

Pode-se reconhecer como um dos antecedentes da Primeira Guerra Mundial a derrota francesa na Guerra Franco-prussiana.

Havia, também, nas décadas que antecederam o primeiro conflito mundial, a existência de uma política de alianças que eram firmadas entre as nações com o intuito de evitar novos conflitos. Essas políticas de alianças previam que os países que eram membros deveriam ajudar uns aos outros em caso do acontecimento de algum problema/agressão. Pode-se afirmar que uma dessas grandes

alianças aconteceu em 1872 entre o Império Alemão, o Império Austro-Húngaro e o Reino da Itália, chamado de Tríplice Aliança.

Com a derrocada do Império Otomano, a região dos Bálcãs, antes pertencente a esse império, tornou-se uma zona de instabilidade e de disputas infundáveis entre a Áustria-Hungria e Rússia e entre a Bulgária e a Sérvia, pela independência dessas regiões, e mais tarde contra o Império Austro-Húngaro.

A morte em 28 de junho de 1914, do herdeiro ao trono do Império Austro-Húngaro, Francisco Ferdinando, foi o estopim que deu início à guerra. Quem assassinou o arquiduque foi um ativista radical sérvio, motivando assim a exigência que a Sérvia tomasse providências e entregasse o culpado às autoridades. Como isso não ocorreu no prazo estipulado, o Império Austro-Húngaro declarou guerra a Servia. Porém, essa possuía aliança militar com a Rússia, que declarou guerra ao aquele. Por sua vez, o Império Austro-Húngaro possuía uma aliança com a Alemanha, que, então, declarou guerra à Rússia, nação que compunha uma aliança com a Inglaterra e com a França. Assim, em efeito cascata estava deflagrada a Primeira Guerra Mundial.

Cem anos depois, tem-se uma visão histórica mais apurada, com dados estatísticos documentalmente demonstrados. Mais de dezessete milhões de pessoas morreram entre os mais de vinte e oito países envolvidos.⁸⁰ A crise financeira instalada na Europa ao final do conflito desestruturou econômica e politicamente as nações envolvidas com graves conseqüências para toda sociedade internacional.

O mundo ocidental entrou em convulsão social. Os acontecimentos daquele período ressoam até hoje nas relações internacionais. Em 1915 acontece o massacre que é considerado o primeiro genocídio da História: o governo turco promove a chacina de mais de um milhão e meio de pessoas, a saber, os armênios. Em 1917, o Império Russo desmorona. Um novo regime econômico, o comunismo, surge. Também o Império Austro-Húngaro e o Império Otomano se fragmentam.

Em 1918, é assinado o armistício. Em 28 de junho de 1919, exatos cinco anos após a morte de Francisco Ferdinando, o Tratado de Versalhes é assinado e põe formalmente fim a Primeira Grande Guerra⁸¹. Mesmo num momento de paz formal, a política internacional acirra-se, mudanças sociais intensas ocorrem e são estabelecidos fatos que duas décadas depois desencadeariam outro conflito mundial

Nesse momento, as organizações internacionais começam a aparecer e estruturar-se no plano internacional.⁸² Como consequência direta do Tratado, surge a Sociedade das Nações, a qual perdurou de 1919 até 1942. Todavia a Liga fracassou em seu objetivo primordial que seria a manutenção da paz entre Nações. A não participação dos EUA e sua estrutura decisória das questões que lhe eram apresentadas têm sido consideradas os principais motivos de sua falha.

Mesmo malogrando seus objetivos, a Sociedade das Nações apresentou um importante legado para a construção de uma estrutura das organizações internacionais.

⁸⁰ No lado dos denominados países “Aliados” os principais Estados envolvidos foram França, Grã-Bretanha, Rússia, e Estados Unidos. No front contrário, os denominados Impérios centrais: Império Alemão, Áustria-Hungria e Itália. A partir de 1915, a Itália passa a lutar ao lado daqueles. Ásia, África e países do Pacífico também participaram do conflito.

⁸¹ Os historiadores ponderaram que os termos do Tratado deram origem ao desemprego, inflação gigantesca e sentimento revanchista que se instalou na Alemanha, abrindo caminho ao regime totalitário na qual Hitler foi nomeado Chanceler e encaminharam a Europa para um novo conflito a partir de 1939. .

⁸² A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi a primeira organização internacional criada. Sua origem encontra-se determinada no Tratado de Versalhes em seus artigos 387 a 399.

Na visão de Braga (2013):

Não obstante, é inegável que os Estados buscam uma maior integração e que se observa uma busca cada vez maior por formação de organismos internacionais. Ao fim da I Guerra Mundial assistimos à formação da Sociedade das Nações, com o objetivo de estabelecer a paz e o equilíbrio mundial. O Pacto das Nações que viu seu intento fracassado pelo advento da II Grande Guerra foi, finda esta, substituído com sucesso pela Organização das Nações Unidas. As relações internacionais do pós-guerra viram-se envolvidas pelo contexto da Guerra Fria. Foi nessa ocasião que os países procuraram unir-se em organismos com objetivos quase que exclusivamente militares tais quais, a OTAN e o KOMINFORM. Ao lado destes, intensificados com o fim do mundo bipolar, observou-se uma proliferação de blocos econômicos, com o objetivo de fomentar o comércio e a cooperação econômica entre os Estados-Nações. Nesse contexto, foram formados o NAFTA, o MERCOSUL, a APEC, a União Européia, ente outros. Como se pode observar, vivencia-se, na verdade, uma nova visão do mundo, uma Weltanschauung, em que se rompem fronteiras, não somente geográficas, mas também políticas, econômicas, sociais, culturais e jurídicas. Assim é que, no convívio deste mundo que se unifica, são crescentes as preocupações com temas comuns a toda “aldeia global”, como direitos humanos e ecologia.

Ironicamente, é no período entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial que o Direito Humanitário mais evoluiu.

A Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) revolucionou o Direito Internacional Público “clássico”. A discussão deslocou-se dos direitos e deveres dos Estados um para o outro e colocou-se no sentido de buscar a proteção cada vez mais integral ao ser humano, centrando-se na dignidade da pessoa humana e não no exercício da soberania estatal.

Ante os horrores cometidos, documentados e divulgados para o mundo nenhum grau de ceticismo permite considerar que fosse possível à sociedade internacional ficar entorpecida.

Nesse cenário temos o desenvolvimento e entrelaçamento de dois conceitos “modernos”: *jus cogens* e genocídio.

Foi um regime jurídico legal que ocasionou tantos dramas pessoais, bem como conflitos entre países ou foi à ausência de uma legislação internacional detalhada e impositiva que criou a lacuna para a odiosidade?

Noutras palavras o conceito de *jus cogens* caso já fosse juridicamente aceito de forma forte pela sociedade internacional, teria o poder de breçar essas e outras matanças indiscriminadas? O Direito não pode lidar com suposições. Mas pode e deve buscar soluções aos conflitos que se apresentem.

Nesse mesmo lapso geográfico e temporal a ausência de uma definição jurídica completa sobre as limitações do Estado para matar - sejam seus cidadãos sejam os cidadãos estrangeiros - também criou montanhas de corpos espalhados. Fornos crematórios e câmaras de gás foram usados como meio “eficiente” de extermínio. O tradicional brocardo jurídico *sine pena, sine previa legis*, faz parte da tradição jurídica dos povos. Se por um lado serve para evitar perseguições injustas, é verdade que também isenta culpados de responderem à Justiça quando o sistema legal caminha em passos trôpegos e lentos na busca de resposta à injustiça.

3 SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA MUDANÇA ESTRUTURAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Já no século XX, temos os dois grandes conflitos que mudam além do mapa europeu toda a concepção jurídica do que seja aceitável em períodos de guerra. O *jus belli* adotado e consolidado nos séculos anteriores como um código de conduta em períodos de confronto pelas partes em luta passa a não abranger todas as necessidades de proteção a população civil.

Como consequência, a Primeira Guerra Mundial extingue quatro grandes impérios até então existentes, ou seja, os Impérios Alemão, Russo, Austro-Húngaro e Otomano.

A Segunda Guerra Mundial causa efeitos tão deletérios quanto a primeira e abre feridas até hoje não cicatrizadas. Uma nação inteira por meio de lideranças eleitas de forma democrática assume publicamente um objetivo: exterminar indivíduos que não estejam dentro de um parâmetro artificial por eles já estabelecido. Dito de outra forma: a Alemanha coloca como desígnio estatal exterminar quaisquer pessoas que sejam inferiores aos padrões da raça ariana.

Mais que um desejo esse é uma meta da máquina de guerra, da população e do governo. Juntos esses três segmentos buscam exterminar ciganos, judeus, deficientes físicos e mentais e todos os demais indivíduos que não se enquadrassem dentro de um parâmetro estabelecido em fundamentos racistas. E este propósito foi alcançado com notável eficiência. Mais de cinquenta milhões de indivíduos morreram.

A Segunda Guerra Mundial acaba em 1945⁸³. Já entre 25 de abril e 26 de junho daquele ano, começam as reuniões para a criação de uma organização internacional que seja eficiente na busca de soluções para os embates que ocorram nos âmbitos jurídicos, diplomáticos e políticos da sociedade internacional.

Contando com a participação de mais de cinquenta Estados, as reuniões culminam com a ratificação da Carta das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945, pelo Reino Unido, Estados Unidos, França, China e União Soviética, bem como a maioria dos signatários, dando origem à Organização das Nações Unidas.

Como consequência direta, em 1948 ocorre a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que em seu artigo II reconhece que:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de quaisquer espécies, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

⁸³ Vale frisar que existem duas datas que podem ser oficialmente consideradas: no *front* europeu, a Alemanha assina os termos de sua rendição, a qual passa a vigor a partir de 8 de maio de 1945⁸³; no *front* asiático o conflito se encerra em 2 de setembro de 1945, com a rendição do Japão após o bombardeio atômico das cidades de Hiroshima e Nagasaki pelos norte-americanos.

Aí se encontra a ideia fundamental do conceito de genocídio. É a reafirmação no plano internacional dos valores postos pelo *jus naturalismo*, a partir da Idade Moderna, pela inauguração do moderno sistema de proteção aos direitos humanos no âmbito internacional.

Mas não bastava a simples reafirmação teórica. Necessário se fazia sofisticação dos mecanismos jurídicos de proteção ao ser humano. Nesse momento a teorização acerca do *jus cogens* ganha relevo na sociedade internacional.

4 JUS COGENS: surgimento do conceito e debate na arena dos interesses políticos internacionais

Ao fim da Segunda Guerra, um dilema jurídico se sobrepunha: a necessidade de que a sociedade internacional apresentasse uma resposta firme aos crimes que foram cometidos contra a Humanidade, não havendo, entretanto, nenhuma legislação internacional que prevísse a punição a atos de tal dimensão. Os Estados eram os perpetradores dos crimes, e puni-los de forma a garantir às vítimas uma proteção integral era impossível ante os ordenamentos jurídicos até então existentes. A questão inegavelmente apresentava uma dimensão política, mas também uma excepcional dimensão legal. Trazia também a possibilidade de criação de uma legislação penal internacional.

Em essência, a sociedade internacional dirige-se à busca de resposta à questão: como manter a paz e a justiça internacional possibilitando a responsabilização dos Estados por atos de seus representantes, se na sociedade internacional os Estados possuem soberania e isonomia nas relações? Como resguardar os princípios elementares do Direito Internacional, protegendo os direitos do homem, vedando o uso da força, garantindo a não intervenção e principalmente, buscando a solução pacífica de controvérsias?

Já em 1953, Kelsen⁸⁴ doutrinava:

Le pouvoir de l'État de conclure des traités est en principe illimité dans le cadre du droit international général. L'État a donc la compétence de conclure des traités sur n'importe quel objet, à la condition que le traité ne soit pas en conflit avec une norme du droit international général ayant le caractère d'un *jus cogens* et non celui d'un *jus dispositivum*.

Inicia-se a discussão acerca da possibilidade de existência de direitos supra positivos, ou, em outras palavras, um direito maior, acima de qualquer ordenamento jurídico nacional. Surge então a estruturação da ideia de *jus cogens*.

Em 1969, pela primeira vez um tratado explicita acerca da existência de uma norma iderrogável pela vontade soberana de qualquer Estado, obrigando seu cumprimento independente da vontade contratual deste. Aliás, não qualquer tratado, mas a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Em seus artigos 53 e 64 (BRASIL, 2009), estabelece que:

Artigo 53 - Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para

⁸⁴ KELSEN, Hans. **Théorie du droit international public**. Académie de droit international, Recueil des cours, III, 1953. p.137.

os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

...

Artigo 64 - Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Também a Convenção de Viena sobre Tratados entre Estados e organizações internacionais, editada em 1986, para regular a relação entre estes sujeitos do Direito Internacional Público replica o conceito.

Mas o que é em essência *o jus cogens*?

A controvérsia na definição do conceito e validade da mesma instala-se entre os juristas, entre os Estados e nas organizações internacionais. Muitas páginas e muitos argumentos são usados, quer para restringir ao máximo o conceito, quer para alargá-lo.

Proeminentes professores como D'Amato (1980)⁸⁵ da *Northwestern University School of Law* referem-se ao tema de modo irônico. O título de seu artigo “*It’s a bird, it’s a plane, it’s jus cogens !*” já sugere uma medida do que o texto propõe argumentativamente.

Nasser (2005), professor de Direito Global na Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas manifesta “frustração e dúvidas, como ponto de partida legítimo quando se trata de *jus cogens*”⁸⁶. Posiciona-se no sentido de que “olhando o Direito Internacional enquanto sistema normativo que se quer coerente, *jus cogens* e companhia representam desafios de monta”.

Contrários a estes entendimentos, grandes mestres do Direito Internacional debruçam-se a explicar e defender a importância do conceito.

Carreu (2003) preleciona:

O reconhecimento da existência de regras de *jus cogens* constitui uma volta notável à ideia de direito natural. Ele assinala que *jus cogens* e direito natural repousam sobre o mesmo fundamento, a mesma convicção filosófica, a saber, a existência de certo número de regras fundamentais ligadas à consciência universal e inerentes à existência de toda sociedade internacional digna desse nome.

Também Combacau e Sur (*apud* TELLES, 2003) consideram que as regras imperativas não deveriam como acontece nas Convenções de Viena sobre direito dos tratados, limitarem seus efeitos ao direito dos tratados, mas antes estendê-los ao conjunto das condutas internacionais e, sobretudo aos atos unilaterais.

⁸⁵ D’AMATO, Anthony. *It’s a Bird, It’s a Plane, It’s Jus Cogens!* (1990). Connecticut Journal of International Law, Vol. 6, Nº 1, 1990; Northwestern Public Law Research Paper 10-30. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1653507>>. Acesso em: 27. jul. 2014.

⁸⁶ NASSER, Salem Hikmat. *JUS COGENS: ainda esse desconhecido*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf?sequence=1> **Revista Direito GV**, V. 1 N. 2 | P. 161 - 178 | JUN-DEZ 2005, Acesso em: 27.jul.2014.

Na lição de Finkelstein (2013)

“Jus cogens foi, em síntese, a designação outorgada à norma peremptória, obrigatória, inderrogável, seja pela vontade dos Estados, seja por imposição de algum Estado”. Em termos concretos tem um significado além da cogência comum a qualquer ordem jurídica. Para o direito internacional, as normas consideradas como *jus cogens* adquirem uma hierarquia superior a qualquer outra norma ou princípio, independente de sua origem. **É o conceito que mais se aproxima do conceito de constituição em direito internacional.** [grifo nosso]

Todo sistema jurídico possui em seu cerne a escolha por um sistema valorativo; assim, a aceitação e aplicação do *jus cogens* no direito pós-moderno é uma proteção a todos os seres humanos, pois o poder estatal encontra-se vinculado à busca de uma visão igualitária que permita uma convivência pacífica da sociedade internacional.

Diversos temas são abrangidos pela proteção garantida pela aplicabilidade e interpretação extensiva das normas de *jus cogens*, as quais têm se desenvolvido em um ritmo bastante dinâmico. A imperatividade da aplicação de normas de prevenção e punição do crime de genocídio pós 1945 demonstra a gradativa evolução do direito internacional público, no sentido de provocar consequências no plano social pela sua violação.

5 Criação do conceito de Genocídio

A palavra genocídio não existia no dicionário da Humanidade antes do início do século XX. Ocorriam, sim, massacres, mortes em números elevados e cercados de requintes de crueldade. Mas não a palavra e o conceito jurídico. Aliás, a própria ausência do conceito jurídico ocasionou entraves à punição dos nazistas pelos crimes perpetrados.

Cada uma das Grandes Guerras Mundiais do século XX foi marcada indelevelmente pela ocorrência de genocídios. A Primeira Grande Guerra Mundial liga-se ao genocídio do povo armênio. A Segunda, aos genocídios judaico e cigano.

Cada um desses povos, ao buscar descrever o indescritível e também na busca de uma tradução para o ocorrido, criou um termo, uma palavra que resuma a dor. Os armênios usam a expressão *Medz Yeghern*, significando Grande Catástrofe. Para os judeus, a palavra utilizada é *Shoah*, que significa devorar.

A palavra linguisticamente estruturada e o conceito de genocídio são criados pelo jurista Raphael Lemkin, a partir de estudo e análise de eventos históricos desde o massacre armênio ocorrido entre os anos de 1915 e 1923, no qual centenas de milhares de indivíduos que habitavam o Império Otomano foram mortos ou deportados. Eliminação não se deu apenas no plano físico; o governo turco buscou também eliminar traços culturais específicos desse povo.

A partir dessa análise já no ano de 1933, na 5ª Conferência para a Unificação do Direito Penal, realizada em Madrid, Lemkin propôs a criação de uma convenção multilateral na qual o extermínio de grupos humanos fosse avaliado como “ato de barbárie” fosse considerado um delito internacional.

Advogou a tese de que tais crimes não ameaçavam apenas o povo atingido, mas sim toda a comunidade internacional. Suas ponderações foram posteriormente publicadas no *Law Journal* austríaco com o título “*Als der akte Barbarei und des Vandalismus delicta juris gentium*”. Infelizmente a Europa encontrava-se em momentos tensos pré Segunda Guerra Mundial e não foi um

momento político propício para que a sua teoria fosse aceita; caso as ponderações desse autor tivessem sido acolhidas, talvez as vidas de milhões de pessoas pudessem ter sido poupadas.

Nas palavras do próprio Lemkim (1933):

Por el término 'genocidio' queremos decir la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Esta palabra nueva, inventada por el autor para denotar una práctica antigua en su versión moderna, se compone de la antigua palabra griega genos (raza, tribu) y de la palabra latina cide (matar). En términos generales, el genocidio no significa necesariamente la destrucción inmediata de una nación, salvo cuando se realiza por el exterminio masivo de todos los miembros de una nación. En cambio, intenta significar un plan coordinado, comprensivo de diversas acciones, con el propósito de destruir los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales y de aniquilar los grupos en sí. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como una entidad, y las acciones del mismo son dirigidas a los individuos, no en su calidad de individuos, pero como miembros de un grupo nacional.

Lemkim publicaria ainda mais quatro textos seminiais sobre a matéria, qual seja: em 1944, *Axis Rule in Occupied Europe*; e após o fim da Segunda Guerra Mundial nos anos de 1945; *Genocide: A modern crime*; 1946, *The crime of Genocide*; em 1947, *Genocide as a Crime under International Law*. Obra.

Conforme esclareceu Loureiro (2013):

O termo **genocídio** foi criado pelo jurista e filólogo judeu polonês Raphael Lemkim (2009) em 1944, em suas obras *Axis Rule in Occupied Axis Europa*, juntando o derivativo grego geno – raça ou tribo – como derivativo latino cidio – ato ou efeito de matar – formando assim uma nova palavra, específica para o crime que Lemkim desejava punir ou evitar (Power, 2004, 63-68). Interessante também perceber a confluência da cultura greco-romana, berço da civilização ocidental, em um termo que pretendia se tornar universal. “Para Lemkim, o Genocídio é definido como um plano coordenado de diferentes ações para destruir as bases essenciais da vida em grupos nacionais, como o objetivo de aniquilar os próprios grupos” (Power, 2004:68) [grifos de Lemkim]. Mais do que um teórico sobre o tema, Rapahel Lemkim foi ativista político da causa, exercendo pressão nas autoridades mundiais – inclusive na recém criada Organização das Nações Unidas – em forma de lobby para que o genocídio fosse qualificado como crime internacional, ainda para o julgamento dos nazistas em Nuremberg (Power, 2004:71,86).

Segundo artigo 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional conceitua-se como genocídio:

Art. 6 – Genocídio - A Luiz efectos Del presente Estatuto, se entenderá por “genocídio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seño del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

O conceito de genocídio possui múltiplos aspectos, não se tipificando pela conduta de eliminação física, imediata, da vítima. Essa eliminação pode se dar no decorrer de um longo tempo, pois pode inclusive impedir o nascimento de novos membros do grupo atacado.

Dessa forma o termo engloba não só as ações mais imediatas de extermínio de um povo como é o caso da morte física. Lemkim entende que a morte de um povo pode se dar não só na esfera material, mas também em aspectos mais metafísicos, o que abrange as esferas espirituais e culturais desse povo. De

outra forma, pode-se dizer que a eliminação física se dá num ato momentâneo, e as demais formas de extermínio podem ocorrer a médio e longo prazo.

A questão mais problemática para a aplicação da legislação punitiva de crimes de genocídio é a comprovação da intenção do autor do fato. No caso da ocorrência de qualquer dúvida acerca da intenção do agente, é aplicado o princípio de direito penal, *in dubio pro reu*.

5.1 Diplomas legais protetivos da humanidade face à ocorrência de crimes de Genocídio

A divulgação massiva pelos meios de comunicação dos crimes perpetrados no período da Segunda Guerra Mundial os converteu em um divisor de águas na ordem jurídica internacional. A preocupação em conceituar o crime de eliminar um povo ou grupo, negando-lhes a necessária dignidade à existência apenas por possuírem características que não podem ser controladas ou alteradas só surge depois que se tornaram públicas as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Pela ausência de definição legal desse tipo de conduta, milhares de assassinos e torturadores escaparam impunes.

Em seqüência cronológica a legislação criada após 1945 e seus nuances evolutivos é apresentada abaixo:

a) **Resolução nº 96 (I) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas**, de 11 de dezembro de 1946, declarou que *“o genocídio é um crime de direito dos povos, que está em contradição com o espírito e os fins das Nações Unidas e é condenado por todo o mundo civilizado”*

b) Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (1948)

Criada há sessenta e cinco anos, elaborada por uma comissão de notáveis (Henri Donnedieu de Vabres, Raphael Lemkin e Vespasien Pella), a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio foi aprovada na primeira sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas; é a instrumentalização jurídica necessária para a tipificação e punição dos crimes de genocídio.

Seus pontos mais importantes são:

Prefácio – declaração política dos Estados assinantes reconhecendo a existência de atos que ao serem praticados constituem crimes não apenas contra o grupo específico, mas a toda a Humanidade.

Art. I – considera a prática de genocídio, crime internacional que deve ser punido, seja praticado em tempos de guerra ou de paz.

Art. II – Descrição das condutas passíveis de serem consideradas como atos genocidas e contra quais sujeitos passivos estes atos podem ser praticados.

Art. III - quais tipos de atos que implicam a eliminação física, mental ou “espiritual” devem ser considerados para a classificação típica.

Art. IV – Possibilidade de responsabilização apenas de pessoas físicas como sujeitos ativos na prática do crime de genocídio, sejam civis ou militares.

Art. V – Obrigação dos Estados de adotarem legislação penal eficiente para a repressão e a punição dos culpados.

Art. VI - Competência para julgamento dos crimes pertencente aos tribunais situados no Estado onde os crimes foram praticados.

Art. VII – Estabelece a possibilidade de extradição para crimes de genocídio.

Art. VIII – Estabelece a ONU como órgão competente para aplicação das medidas que julguem necessárias para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio.

Art. IX - Estabelece a Corte Internacional de Justiça como fórum para dirimir conflitos referentes à possibilidade de responsabilização de um Estado por atos genocidas.

c) Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968

Estabelece no artigo 1º a imprescritibilidade do crime de genocídio, conforme este foi descrito na Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (1948)

d) Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional (artigos 5, 6, 25 e 33)

O Estatuto de Roma, atualmente a legislação protetiva mais recente para as vítimas dos crimes de genocídio, menciona acerca desse crime internacional em quatro passagens, a saber:

Art. 5 – Define os crimes de competência da corte, incluindo o crime de genocídio.

Art. 6 – Conceitua o que seja crime de genocídio, apresentando uma tipificação mais ampla que a da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (1948).

Art. 25 – Explicita a responsabilidade penal individual na prática de crimes de genocídio.

Art. 33 – Considera a prática de atos genocidas manifestamente ilícitos em toda e qualquer situação.

O estudo mais aprofundado sobre a redação jurídica do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional será abordado no capítulo seguinte.

5.2 Genocídios sobrevividos na contemporaneidade

O século XX foi pródigo na ocorrência de genocídios. E estes ocorreram em todas as partes do mundo, em todos os regimes políticos, econômicos e jurídicos.

A partir dos casos paradigmáticos dos genocídios armênio, judeu e cigano, a sociedade internacional ainda vê praticamente imobilizada a ocorrência de sucessivos massacres de povos indefesos em lugares distintos no planeta. Exemplificando:

a) o do povo cambojano entre 1975 a 1980, executado pelo regime comunista de ideologia maoísta, na qual todos os indivíduos que apresentassem características que pudessem ser identificadas como contrárias ao regime foram mortos, como intelectuais ou pessoas que simplesmente usavam óculos (entendido como símbolo de aburguesamento e contrário aos valores comunistas). Estimativas dão conta de que mais de dois milhões de pessoas foram mortas em campos de concentração ou simplesmente por fome.

b) o do povo curdo; realizado entre os dias 16 e 19 de março de 1988 pelo governo do Iraque, o qual se utilizou de armas químicas (como gás mostarda e gás sarin, por exemplo). O incidente não foi

denunciado à época pela comunidade internacional que se manteve imóvel. Nesta situação, Mais de cinco mil pessoas foram mortas.

c) o dos tutsis na década de 1990 em Ruanda, quando membros da etnia numericamente dominante hutu mataram membros da etnia minoritária tutsi. O estupro foi usado sistematicamente como arma de guerra contra mulheres tutsis. Nesse caso, a ONU, ao invés de proteger a população que sofria as ameaças e ataques, retirou seu contingente militar do país, o que permitiu em cem dias que mais de 800 mil pessoas fossem mortas.

d) o dos bósnios, ocorrido entre 1992 a 1995, no qual sérvios croatas buscavam eliminar a população de muçulmanos bósnios. O massacre de Srebrenica aconteceu no momento em que a população já se encontrava sob proteção das Nações Unidas. Os dados acerca dos números de mortos são imprecisos, mas considera-se que mais de oito mil pessoas morreram, entre homens, mulheres e crianças somente nesse episódio.

e) aquele perpetrado em Darfur, região semiárida da parte ocidental do Sudão, onde, a partir de 2003, os *janjawid* originários de tribos nômades africanas, islâmicos de língua árabe, perseguem os demais povos não árabes que habitam a região. É considerado o primeiro genocídio do século XXI.

Os dados precedentemente apresentados não são um rol *numerus clausus*. Infelizmente outros serão acrescentados a eles, seja pelo aprofundamento dos estudos, divulgação de maiores informações ou aprimoramento do conceito de genocídio pelos teóricos e pela legislação da sociedade internacional.

Mas é fato que a junção dos conceitos de genocídio e de *jus cogens*, sua aceitação e seu fortalecimento pela sociedade internacional permitiram a criação do Tribunal Penal Internacional.

6 Tribunal Penal Internacional

6.1 Antecedentes históricos

A ocorrência de guerras e conflitos armados entre grupos antagônicos existe desde o período pré-histórico, segundo já descrições clássicas. A evolução da normatização desses conflitos se dá de forma muito lenta e irregular na sociedade. Conforme o grau de evolução cultural, cada grupo impunha e ao mesmo tempo aceitava normas específicas, não havendo uma obrigatoriedade de cumprimento destas.

A punibilidade universal a atos cometidos em período de guerra é recente na História do Direito Internacional Público, considerando-se que o conceito “clássico” de soberania tornou improdutivas essas tentativas. A argumentação utilizada para validar tal posicionamento era baseada no princípio da soberania do Estado para decidir seu destino e o de seus cidadãos. Tanto em períodos de paz quanto em períodos de guerra.

A mudança conceitual começa a acontecer desde o início do século XX quando já ocorreram tentativas de punir as autoridades que, representando seus Estados cometeram atos que pudessem vir a ser considerados crimes contra a Humanidade.

Após a Primeira Guerra Mundial, houve uma tentativa de julgamento do Kaiser e de 25 oficiais da cúpula decisória do exército alemão. Mas aquele escapou rumo à Holanda e não foi extraditado pelo

governo daquele país, e apenas nove desses oficiais foram efetivamente condenados por crimes contra a paz.

Já em 1937, a Convenção contra o terrorismo da Sociedade das Nações definiu o conceito de terrorismo como “ato criminoso dirigido contra um Estado com a intenção de criar um ambiente de terror nas mentes das pessoas, grupos de pessoas e do público em geral” e preconizava a criação de um tribunal penal internacional. Mas esta foi trazida à luz em um momento de acirradas tensões na sociedade internacional, a qual dava início a uma corrida armamentista que culminaria na Segunda Guerra Mundial; o projeto não prosperou, cabendo lembrar que apenas a Índia a este aderiu.

Os Tribunais de Nuremberg e do Extremo Oriente (Tóquio), embora tenham sido tribunais considerados de exceção, criados em princípio para julgar crimes militares, deram origem conceitual à noção moderna de direito penal internacional e, posteriormente à do Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal de Nuremberg era composto por oito juízes designados pelos países aliados; sua criação se baseou na Carta de Londres do Tribunal Penal Militar, firmada na Conferência de Potsdam, Alemanha. Foram julgados 24 membros do regime nazista entre militares, políticos e empresários que se beneficiaram com a os atos de guerra da Alemanha. e oito organizações. A acusação apresentou denúncia pelos crimes de guerra, contra a paz, e conspiração, e, pela primeira vez, os denominados crimes contra a humanidade. Ao final do julgamento, como sanção jurídica, 12 réus foram condenados à morte, sete condenados à prisão e cinco absolvidos.

A Carta de Tóquio, aprovada pelas potências aliadas, nos mesmos termos da Carta de Londres, contando com dezesseis juízes, buscou criar meios de julgar os representantes legais do Japão. Esse tribunal enfrentou um grave entrave à sua atuação, pois no Japão a figura do Imperador, maior representante do país, é considerada sagrada, e, portanto, o mesmo não foi levado a julgamento.

Mesmo sob fortes críticas à operacionalização de tais tribunais, o marco emblemático é bastante forte, pois se confirma em nível internacional a intenção de punição de indivíduos que praticaram atos que afrontassem a dignidade humana, quer individual, quer de grupos específicos causando constrangimento físico e/ou moral, ou mesmo a morte.

A ocorrência de tais tribunais provocou a maior mudança no Direito Internacional, mitigando a noção de soberania e expandindo a responsabilidade individual em prol da proteção da sociedade internacional. A mera alegação de subordinação a ordens superiores deixa de ser válida para inocentar o indivíduo. O livre arbítrio começa a ser levado em conta. Seres humanos, mesmo em condição de submissão a líderes, devem obedecer a um código ético superior, que em suma é a essência do conceito de *jus cogens*.

Aprovada em 1948, a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio tipifica juridicamente quais as condutas são consideradas legalmente genocídio e quais os grupos humanos podem ser vítimas.

A quarta Convenção de Genebra, que, produzida em 1949, rege o Direito Internacional Humanitário na atualidade, estabelece a primazia da jurisdição internacional para a punição de qualquer indivíduo que tenha cometido crime internacional em qualquer localização geográfica, independentemente da nacionalidade do agressor ou das vítimas. Dizendo de outra forma, é essa a base da amparo aos civis de qualquer nacionalidade em épocas de guerra.

Também o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, designado “Ação em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e atos de “agressão”, foi utilizado como base legal para a instituição pelo Conselho de Segurança do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia⁸⁷ e para a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁸⁸.

Ambos os tribunais serviram como precedentes para a criação do Tribunal Penal Internacional, o qual foi instituído em 1998.

1.1 Tratado de Roma

Estabelecido pelo Estatuto de Roma, adotado em 17 de julho de 1998, o tratado é assentado nas bases de um Direito Internacional clássico, no qual a vontade do Estado possui primazia, possuindo natureza jurídica de tratado internacional.

Tendo em vista seu que o Tribunal Penal Internacional possui autonomia para o julgamento de crimes internacionais, originado uma jurisdição permanente universal e esta característica pode vir a ser contrário a interesses estatais particularizados, este somente entrou em vigor em 1º de julho de 2002 no momento em que foi depositada a 60ª ratificação; No mês de maio de 2016, o tratado possui 124 ratificações, sendo que dos signatários 34 são Estados africanos, 19 são asiáticos do Pacífico, 18 são da Europa Oriental, 28 são de Estados da América Latina e Caribe, e 25 são de Estados europeus e de outros países.⁸⁹

No Brasil o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. A emenda constitucional nº 45/2004 inseriu-o no art. 5º § 4º, integrando-o ao sistema de direitos e garantias fundamentais.

Em outubro de 2001 quando do encaminhamento de mensagem pelo Presidente da República ao Congresso Nacional para a aprovação do supracitado Estatuto, o Ministério das Relações Exteriores⁹⁰ manifesta as ambições do Brasil quando da internalização do referido tratado:

O Estatuto de Roma representa um marco na evolução do direito internacional contemporâneo. Estabelece, pela primeira vez na história, um tribunal penal internacional de caráter permanente, destinado a processar e julgar os responsáveis por crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. O TPI constituirá fator decisivo para assegurar que não fiquem impunes crimes que, por sua extrema gravidade, afetam a humanidade como um todo. Além disso, espera-se que o seu efeito dissuasório contribua para prevenir a ocorrência de violações dos direitos humanos e de ameaças contra a paz e a segurança dos Estados.

Dessa forma, o Brasil alinha-se à maioria das nações que compõem a ONU transformando a assinatura e ratificação do Tribunal Penal Internacional em um dos eventos mais expressivos desde o surgimento das organizações internacionais no início do século XX.

⁸⁷ Resolução n. 827, de 25.05.1993.

⁸⁸ Resolução n. 955, de 11.1994.

⁸⁹ Fonte: [https://www.icc-](https://www.icc-pi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx)

[pi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://www.icc-pi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx), acesso em 06.05.2016

⁹⁰ Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/10/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional>. Acesso em: 20. jul. 2014.

Na visão de Silvia Steiner (2013), brasileira ministra do Tribunal Penal Internacional, a ideia estruturante mais importante é a aplicação do brocardo já constante desde as Convenções de Genebra: “julgue ou entregue para que julgemos”.

6.3 Normas de funcionamento do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma que estabelece as bases do funcionamento do Tribunal Penal Internacional é composto de 128 artigos, dividido em 13 capítulos que dispõem sobre relevantes matérias: a criação do Tribunal; competência, admissibilidade e direito aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; inquérito e procedimento criminal; julgamento; penas; recurso e revisão; cooperação internacional e auxílio judiciário; execução da pena; assembleia dos estados partes; financiamento e cláusulas finais.

O Tribunal Penal Internacional não julga Estados, mas condutas individuais. E ainda assim em apenas duas situações: no caso em que a conduta do indivíduo não tenha sido punida pelos poderes constituídos ou no caso em que, existindo um processo legal, este não tenha por objetivo principal a realização de um julgamento justo e do cumprimento dos princípios de justiça, mas tão-somente um processo meramente burocrático com a finalidade de oralidade de eximir o réu de julgamento internacional.

O Tribunal não tem competência retroativa, ou seja, não pode julgar fatos anteriores à data de sua criação.

Estruturalmente é composto por quatro órgãos: a Presidência, as divisões judiciais, o escritório do promotor e o secretariado. Quanto à composição das divisões judiciais, convém frisar que estas possuem 18 juízes, pertencentes às cinco regiões geográficas do planeta, os quais possuem mandato de nove anos. O Tratado constitutivo busca alcançar equilíbrio nas questões de gênero na sua constituição, bem como uma mescla equitativa de normas de *civil law* e *common law*.

Os parâmetros para a jurisdição do Tribunal Penal Internacional estão fixados no art. 5º, que versa sobre crimes de competência da Corte, conforme citado:⁹¹

Crímenes de la competencia de la Corte - 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Cumprir observar que nos arts. 11, 124 e 126 estão descritas as competências relativas à *ratione temporis*, e no art. 12 são explicitadas as competências *ratione loci* e *ratione personae*.

Quanto ao aspecto processual penal, importa assinalar que o Tribunal Penal Internacional não admite a culpabilidade objetiva, apenas a culpabilidade subjetiva. Só se pode responsabilizar o autor do crime se for comprovado que ele tinha intenção de cometê-lo e que tinha conhecimentos dos elementos constitutivos do crime (art. 30).

⁹¹ In: [http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). Acesso em: 30. jul. 2014.

O art. 33 exime da responsabilização penal quem, sendo civil ou militar, se encontrava no cumprimento estrito da obrigação emanada do governo ou superior por estar obrigado por lei a obedecer às ordens, e não sabendo que estas eram ilícitas, pois não foi claramente explicitado. Todavia, deixa claro que os atos que venham a ocasionar os crimes de genocídio e lesa humanidade sempre são considerados ilícitos.

Considerações finais

O Direito Internacional Público sempre evoluiu numa cadência muito lenta. Por séculos, apenas os Estados foram considerados sujeitos desse ramo do Direito. Numa visão em retrospectiva, sofreu mudanças no século XX: ainda não se consegue medir integralmente o seu alcance, nem prever para onde tais transformações poderão encaminhar. Fato é que as organizações internacionais tornam-se sujeitos do direito internacional público e vêm dia após dia ganhando relevância no cenário internacional. Mesmo as organizações internacionais que surgem de forma retraída têm, com o passar dos anos, assumido relevância. O Tribunal Penal Internacional se enquadra em tal definição. Os conceitos de genocídio e de *jus cogens* são elaborados dentro dos fóruns de debate do primeiro, e aplicados pelo segundo. Essa mudança coloca em relevância e proteção mais completa do ser humano em sua individualidade.

Essa transformação não era esperada no início do século passado. As alterações que ocorrerão no século XXI ainda não são completamente visíveis, mas até o momento indicam a direção de uma maior valorização do ser humano e uma atenuação contínua do poder absoluto dos Estados.

Pode parecer óbvia a conclusão de que o genocídio é um dos crimes contra a Humanidade que devem ser reprimidos por um código ético elevado de conduta, o qual se apresenta dentro do conceito de *jus cogens*.

Entretanto, esta é uma construção jurídica nova tendo em vista a perspectiva histórica do Direito Internacional clássico e ainda não contempla todos os aspectos envolvidos na defesa do ser humano frente às arbitrariedades que o Estado possa vir a praticar no exercício da soberania. A imprescritibilidade dos crimes descritos pelo Estatuto de Roma também é um avanço que ainda será posto a prova, quando da realização concreta de diversos julgamentos pendentes.

Entende-se então que, após um período histórico fortemente assentado no positivismo jurídico, a sociedade internacional e, assim sendo, o próprio Direito Internacional entra em um estágio de valorização do ser humano que até agora não havia sido alcançado nem na teorização nem na *práxis*.

Contudo, para que possa haver um avanço no que tange à ordem pública internacional, faz-se necessária a mais efetiva utilização do *jus cogens* para a punição dos crimes de genocídio pelo Tribunal Penal Internacional como um instrumento de superação do atual modelo de relações interestatais. Pensando nesses termos, a grande problemática residiria na impossibilidade do Tribunal Penal Internacional atuar legitimamente como uma jurisdição que seja de fato obrigatória a todos os países.

Outro aspecto que demanda observação é a aplicabilidade das normas do Tribunal Penal Internacional a potências econômicas e militares que atuam como eixos estruturantes da geo política do sistema internacional.

O que obriga os Estados não é simplesmente o aspecto contratual, mas em essência, também o fato de que garantir os direitos de minorias é garantir sua própria inserção na sociedade internacional. Arcar com as implicações de agir de modo isolado desrespeitando os direitos humanos pode levar a que o Estado possa vir a se tornar um pária. É o que deve preponderar no Direito Internacional Público, mesmo a frente de grandezas econômicas ou políticas.

Os céticos dirão que o Direito Internacional tem caminhado a passos trôpegos na busca desse fim. Mais que a ética, é a política que cria e estrutura as instituições jurídicas.

Os esperançosos consideram que o valor da vida humana na sociedade internacional sofreu diversas oscilações no transcurso da História e ainda não se alcançou o ápice do progresso jurídico possível. Espera-se que evolua na perspectiva de que os momentos sombrios vividos há menos de um século possam ser reprimidos pelo Direito.

Mas se o sistema jurídico atual não é perfeito, como também não é perfeita a natureza humana, também representa passos concretos em direção à evolução e busca pelos mais elevados conceitos de justiça, segundo o proposto na definição de Ulpiano: viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada o que lhe pertence.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/10/estatuto-de-romado-tribunal-penal-internacional> Acesso em: 20. jul. 2014.

D'AMATO, Anthony. **It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!** (1990). Connecticut Journal of International Law, Vol. 6, N° 1, 1990; Northwestern Public Law Research Paper 10-30. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1653507>>. Acesso em: 27 de julho de 2014.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, **Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. https://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Acesso em: 05.05.2016.

KELSEN, Hans. **Théorie du droit international public**. Académie de droit international, Recueil des cours, III, 1953. p.137.

LEMKIM, Raphael. IN: <https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007414>, Acesso em: 05.06.2016.

LOUREIRO, Heitor de Andrade Carvalho. **Genocídio armênio (1915 -1923): Massacre, deportações e expropriações**. IN: Conflitos armados, massacres e genocídios : constituição e violações do direito à existência contemporânea (orgs: ZEGNI, Rodrigo Medina; BORELLI, Andrea) Belo Horizonte: Fino Traço, 2003.

NASSER, Salem Hikmat. **JUS COGENS: ainda esse desconhecido**. IN: Revista Direito GV, V. 1 N. 2 | P. 161 - 178 | JUN-DEZ 2005, Acesso em 27.jul.2014.

SILVA, Roberto Luís. **Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Ed. Del REY, 4 Ed, 2010

UNITED NATIONS. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en, Acesso em 05 de maio de 2016.

RECEBIDO EM: 13/02/2016 APROVADO EM: 06/06/2016
--