



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

**PERSPECTIVAS PARA A JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL:
Revisitando Kant e Durkheim**

PORTO ALEGRE

2015



FERNANDA FIGUEIRA TONETTO

PERSPECTIVAS PARA A JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL:

Revisitando Kant e Durkheim

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo

PORTO ALEGRE

2015

Fernanda Figueira Tonetto

PERSPECTIVAS PARA A JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL:

Revisitando Kant e Durkheim

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azeveo (PPGD / UFRGS)
Presidente da Banca – Orientador

Prof^a. Dr^a. Martha Lucía Olivar Jimenez (PPGD / UFRGS)
Membro da Banca

Prof. Dr. Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos (UniRITTER)
Membro Externo da Banca

Prof^a. Dra. Danielle Annoni (UFSC)
Membro Externo da Banca

“O meio de que a natureza se serve para realizar o desenvolvimento de todas as suas disposições é o antagonismo delas na sociedade, na medida em que ele se torna ao fim a causa de uma ordem regulada por leis desta sociedade. Eu entendo aqui por antagonismo a insociável sociabilidade dos homens, ou seja, sua tendência a entrar em sociedade que está ligada a uma oposição geral que ameaça constantemente dissolver essa sociedade. Esta disposição é evidente na natureza humana”¹.

¹ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 24.

Dedico este trabalho à Helena e ao Thiago. Se outrora pensei que precisava deixar um mundo melhor para os meus filhos, hoje sei que devo deixar filhos melhores para o mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao fio condutor que rege a história humana, por me ter permitido viver no tempo presente, o tempo de transição entre duas eras e, acima de tudo, por ter me permitido conhecer a existência desse fio condutor.

Um grande muito obrigada ao Professor Doutor Tupinambá Pinto de Azevedo, estimado e sábio orientador deste trabalho. Sem ele, nenhum livro teria sido lido, nenhuma linha teria sido escrita, nenhuma reflexão mais profunda sobre os caminhos da humanidade.

Meus agradecimentos também à Professora Doutora Martha Lucía Olivar Jimenez, profunda conhecedora do direito internacional, pelo estímulo, pelas luzes e, acima de tudo, pela dedicação em ensinar por meio de gestos que não se traduzem em palavras.

Agradeço, por fim, aos colegas Leonardo de Camargo Subtil e Laura Madrid Sartoretto, pelas discussões, pelo aprendizado e, sobretudo, pela amizade fraterna.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|------|---|
| CIJ | Corte Internacional de Justiça |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| TPI | Tribunal Penal Internacional |
| TPIY | Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia |
| TPIR | Tribunal Penal Internacional para Ruanda |

RESUMO

TONETTO, Fernanda Figueira. **Perspectivas para a justiça penal internacional**: revisitando Kant e Durkheim. 2015. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2015.

O presente trabalho analisa a evolução da criminalidade a partir de um pressuposto sociológico durkheimiano, segundo o qual a criminalidade é perene, bem como a partir da filosofia política de Immanuel Kant, no sentido de que as transgressões humanas colaboram para a evolução da humanidade. Essa assertiva é aqui vista como uma contingência que ao longo da história foi se impondo ao Estado-nação, de forma a lhe determinar a perda gradativa do monopólio do direito de punir, impulsionado pela evolução de uma criminalidade não mais restrita às suas fronteiras territoriais. Sob esse aspecto, dois fenômenos podem ser observados: a transnacionalização dos delitos e a prática de crimes internacionais. De um lado, serviu a transnacionalização como propulsora à aproximação dos Estados nacionais com a finalidade de aperfeiçoarem suas relações pela via da cooperação penal internacional, permitindo, com isso, uma aproximação ao ideal kantiano de *jus gentium*. De outro lado, o cometimento cada vez mais frequente de graves violações de direitos humanos dentro desses Estados nacionais determinou a compreensão no sentido de que uma categoria diversa de delitos tomava lugar, e que os bens jurídicos lesados, pelo seu caráter de metavalor, pertenciam não apenas à vítima ou ao Estado, mas à toda humanidade, aspecto hábil a conferir competência e legitimidade para seu julgamento a uma Corte Internacional, gérmen de uma jurisdição internacional penal de caráter permanente, rumo à proposição kantiana no sentido de que a humanidade encontra-se em constante evolução, destinada à edificação de uma ordem cosmopolita, por ele denominada *jus cosmopoliticum*.

Palavras-chave: Criminalidade transnacional. Cooperação penal internacional. Jurisdição penal internacional. Crimes internacionais.

ABSTRACT

TONETTO, Fernanda Figueira. **Prospects for international criminal justice: revisiting Kant and Durkheim.** 2015. 137 f. Dissertation (Master's in Law) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2015.

The following research analyzes the criminality's evolution from a point of view of Émile Durkheim, according to which the crime is perennial, as well as from the political philosophy of Immanuel Kant, in the sense that the human transgressions collaborate in the evolution of humanity. This statement is seen here as a contingency that was being imposed to the nation-state during the story, determining his gradual loss of the monopoly of the right to punish, boosted by the evolution of a crime no more restricted to the territorial limits of this State. In this respect, two events may be observed: the globalization of crimes and the practice of international crimes. On the one hand, the globalization promoted the approach of the States, in order to enhance their relations by the international criminal cooperation, allowing an approach to the Kantian ideal of *jus gentium*. On the other hand, the commission increasingly frequent of serious human rights violations led to understanding the existence of a different class of crimes, and that its violated legal interests, for their important character, belonged not only to the victim or to the State, but also to all mankind. This aspect would be able to confer jurisdiction and legitimacy of the trial of such crimes at an International Court, seed of an international criminal jurisdiction of a permanent nature, towards Kantian proposition in the sense that humanity is evolving, building a cosmopolitan order, which he named *jus cosmopolitanicum*.

Key-words: Transnational crime. International criminal cooperation. International criminal jurisdiction. International crimes.

RESUMÉ

TONETTO, Fernanda Figueira. **Des perspectives pour la justice pénale internationale: revisitant Kant et Durkheim.** 2015. 137 f. Memoire (Masteur en Droit) – Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Porto Alegre, 2015.

Cette étude analyse l'évolution de la criminalité d'après une hypothèse sociologique durkheimienne, selon lequel la criminalité est constante, bien aussi d'après de l'oeuvre de Immanuel Kant, notamment de sa philosophie politique, dans le sens que les transgressions de l'homme sont importants pour l'évolution de l'humanité. Cette affirmation est vue ici comme une éventualité qui a été imposée à l'État-nation, tout au long de l'histoire, en déterminant à celle-ci la perte progressive du monopole du droit de punir, comme conséquence de l'évolution d'une telle criminalité qui ne se limite plus aux frontières territoriales d'État. À cet égard, deux phénomènes peuvent être observés: la transnationalisation de la criminalité et la commission de crimes internationaux. D'un côté, la transnationalisation a promu le rapprochement des États nationaux en vue de renforcer leurs relations grâce à la coopération pénale internationale, permettant, ainsi, une approximation à l'idéal kantien de *jus gentium*. D'autre part, la commission de plus en plus fréquentes de graves violations des droits de l'homme au sein de ces États a démontré l'existence d'une catégorie diverse d'infractions et que la morale lésée par ce metavalor n'appartenaient pas seulement à la victime ou à l'État, mais à toute l'humanité. Ce dernier aspect a permis l'attribution de compétence et légitimité à leur jugement par une Cour Internationale, qui est le germe d'une juridiction pénale internationale permanente, vers la proposition formulée par Kant, dont le but principal est de comprendre que l'humanité évolue jusqu'à la construction d'un ordre cosmopolite, qu'il a appelé *jus cosmopoliticum*.

Mots-clés: Criminalité transnationale. Coopération penale internationale. Juridiction Pénale Internationale. Crimes internationaux.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 A CONSTÂNCIA DA CRIMINALIDADE E A SOCIABILIDADE INSOCIÁVEL | |
| DOS SERES HUMANOS | 16 |
| 1.1 O Pressuposto Sociológico: A Concepção de Émile Durkheim | 18 |
| 1.1.1 A Pena como Reação À Solidariedade Social e o Crime como Fato Perene..... | 20 |
| 1.1.2 As Duas Leis da Evolução Penal | 29 |
| 1.2 O Pressuposto Filosófico: A Concepção de Immanuel Kant | 39 |
| 1.2.1 As Transgressões na Abordagem Kantiana..... | 41 |
| 1.2.2 O <i>jus gentium</i> e o <i>jus cosmopolitanum</i> Segundo Kant | 49 |
| 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NA ESFERA INTERNACIONAL | 57 |
| 2.1 Os Novos Fenômenos Criminais..... | 60 |
| 2.1.1 Os Crimes Transnacionais | 66 |
| 2.1.2 Os Crimes Internacionais | 75 |
| 2.2 As Principais Manifestações no Âmbito Jurisdicional..... | 85 |
| 2.2.1. A Cooperação Penal Internacional: uma Acepção do <i>jus gentium</i> | 91 |
| 2.2.2 A Justiça Internacional: uma Acepção do <i>jus cosmopolitanum</i> | 103 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 121 |
| EPÍLOGO | 126 |
| REFERÊNCIAS | 129 |

INTRODUÇÃO

«Aujourd’hui encore le droit des gens inspire le droit international, au point que Grotius (et son célèbre *Droit de la guerre et de la paix*) est devenu l’emblème d’un modèle universaliste modéré, attaché à une stricte égalité entre États souverains, auquel le modèle dit de Kant substituerait une vision cosmopolitique du droit qui exprime un universalisme plus radical, mais sans aller jusqu’à l’idée d’une monarchie universelle, dont Kant redoutait le despotisme².»

O desenho da criminalidade que hoje se consolida no espaço mundial é fruto de uma evolução nas relações humanas, que foram se tornando mais complexas ao longo da história. Sua análise permite concluir que os conflitos intersubjetivos sempre existiram e que, por prognóstico, sempre existirão. Por outro lado, essas mesmas transgressões continuamente motivaram o aperfeiçoamento dos sistemas punitivos, já que na medida em que se tornou mais intrincada a criminalidade foi surgindo a necessidade de aprimorar a correspondente justiça penal.

Assim se deu com a evolução da justiça divina para a justiça privada, até se chegar à justiça pública organizada por uma ordem mundial que se instalou a partir do marco da Paz de Westfália e que, por seu turno, consolidou os ordenamentos jurídicos nacionais, o conceito de soberania e o monopólio estatal no que se refere ao exercício do direito de punir.

Centrado esse *jus puniendi* no Estado e em torno de um direito penal nacional, só por isso já dotado da característica do relativismo, e como tal restrito aos limites impostos pelo princípio da territorialidade, essa concepção de justiça penal passou a ser ineficaz diante de novos padrões de criminalidade surgidos na contemporaneidade.

Como exemplos desses fenômenos destaco precipuamente o transbordamento das fronteiras pela criminalidade transnacional, em especial representada pelo crime organizado, e as graves violações aos direitos humanos que, muito embora tenham estado sempre presentes no transcurso da história, passaram a ser melhor percebidas e compreendidas nos últimos dois séculos, a impor um novo rumo à justiça penal, não mais limitada ao Estado que, muitas vezes, por meio de seus agentes, figurava como protagonista das transgressões e, por isso mesmo, propiciava um vazio punitivo.

Diante de todo esse contexto, o presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre os

² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l’universel*. Paris: Seuil, 2004. t. 1, p. 27.

desafios e perspectivas da justiça penal no panorama da sociedade internacional atual, da qual emergem novos fenômenos criminais para os quais os Estados, sozinhos, não possuem uma resposta efetiva.

Para alcançar o objetivo pretendido, iniciarei a pesquisa partindo primeiramente de algumas premissas sociológicas, construídas por Émile Durkheim no aspecto em que afirma que o crime é um fato social presente em todas as sociedades e que a evolução do sistema punitivo é regida por determinadas leis cambiantes na medida em que evoluem os corpos sociais, muito embora o castigo seja constante, como resposta à solidariedade que se edifica a partir da divisão de funções dos membros de cada comunidade.

Considerando como assertiva a perenidade do crime, analisarei em seguida os postulados de filosofia política formulados por Immanuel Kant, segundo os quais foram e são as transgressões humanas que impulsionaram e impulsionam (e continuam impulsionando) o desenvolvimento das sociedades. Aplicarei essa assertiva para a análise dos sistemas de justiça penal, em especial no aspecto em que Kant afirmava que as guerras eram propulsoras da evolução da sociedade rumo a uma ordem cosmopolita, guerras essas que serão aqui analisadas de forma mais ampla, no sentido de transgressão humana.

A escolha desses dois autores é proposital: normalmente não estudados com vistas à compreensão da justiça penal internacional, a originalidade da pesquisa reside justamente em buscar em seus ensinamentos perspectivas seguras de como deverá evoluir a sociedade e suas Instituições com vistas a conter os fenômenos que dela decorrem, dentre eles os fenômenos criminais contemporâneos.

Apesar de Kant ser um idealista e Durkheim um construtivista, e portanto filiados a correntes diversas do pensamento, ambos possuem um ponto em comum (que será particularmente abordado neste trabalho) porquanto compreendem as transgressões humanas como algo perene: Durkheim denomina essas transgressões de crimes e considera-as normais para os homens; Kant denomina essas transgressões de guerras e considera-as normais para os Estados, vistos sob a ótica da sociedade internacional.

Partindo desses autores, após uma análise de como se deu a evolução do direito de punir ao longo da história da humanidade, a partir das modificações dos padrões delitivos, bem como de como o desenvolvimento das sociedades acompanhou o desenvolvimento dos mecanismos punitivos, chegarei ao contexto histórico em que o Estado aos poucos teve de ir abandonando o modelo de jurisdição penal centrado na ideia absoluta de soberania.

Esse abandono gradativo de um modelo único decorreu da emergência de novos

fenômenos criminais: são os fenômenos especialmente surgidos ou percebidos no cenário heterogêneo do século XX, tais como a transnacionalização dos delitos, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

Para essa necessidade de os Estados nacionais relacionarem-se entre si a fim de conterem essas novas formas de criminalidade utilizarei a expressão kantiana *saída dos Estados do estado de natureza*, o que terá como produtos novas perspectivas de exercício da jurisdição penal.

Para demonstrar a saída dos Estados do estado de natureza impulsionada pela transnacionalização dos delitos, buscarei elucidar como se procedeu a aproximação dos Estados nacionais a fim de que aperfeiçoassem suas relações, cientes de que a limitação do exercício da jurisdição constituía-se em óbice para a persecução penal relativa a crimes que se tornaram espacialmente ilimitados. Não fosse assim, teriam restado os Estados nacionais ensimesmados no exercício de sua jurisdição amparada no princípio da soberania.

No mesmo sentido, os Estados também iniciaram o processo de saída do estado de natureza diante da prática cada vez mais frequente de graves violações de direitos humanos dentro de seus próprios territórios, determinando uma compreensão nova no sentido de que uma categoria diversa de delitos tomava lugar, cujos bens jurídicos protegidos e usurpados, pela sua importância, pelo seu caráter de metavalor, pertenciam não apenas à vítima ou ao Estado, mas a toda humanidade.

Esse último aspecto da criminalidade contemporânea é hábil a conferir, para o julgamento dessa espécie diversa de delitos, competência e legitimidade para um ente posicionado acima dos Estados. Trata-se do germen de uma jurisdição internacional penal de caráter permanente, que não pode existir sem um pacto entre os Estados nacionais.

A partir dessa perspectiva, por meio do presente trabalho intentarei compreender de que maneira evoluiu a criminalidade até se chegar aos padrões hoje existentes, bem como a forma como evoluiu a justiça penal, movida pelas cada vez mais intrincadas transgressões humanas.

Em seguida, analisarei a necessidade de edificação de novos paradigmas para a justiça penal, em especial no que pertine ao desenvolvimento de mecanismos de cooperação penal internacional para a repressão de delitos transnacionais e à lapidação de uma jurisdição penal internacional permanente com competência e, especialmente, legitimidade para julgar crimes que, por sua natureza, afetam valores pertencentes à humanidade.

Para tanto, na primeira parte do trabalho, analisarei algumas premissas, divididas em

premissas de natureza sociológica, amparadas na obra de Émile Durkheim, e de natureza filosófica, baseadas nas ideias de Immanuel Kant, formuladas como parte de seus escritos de filosofia política.

Quanto às premissas de natureza sociológica, discutirei alguns postulados durkheimianos, especialmente relacionados à perenidade do crime, à existência de uma solidariedade social (que pode ou não ser transposta a uma escala de comunidade internacional) e à prevalência de leis que regem a evolução das normas penais.

Com relação às premissas de natureza filosófica, buscarei compreender as proposições kantianas que demonstram de que forma as transgressões humanas tem impulsionado o desenvolvimento dos mecanismos punitivos ao longo da história, bem como qual o sentido das ideias de *jus gentium* e *jus cosmopolitanum*, numa tentativa de aplicar tais concepções à evolução da justiça penal, sempre impulsionada pela cada vez maior sofisticação da criminalidade e pelas mudanças de paradigmas impostas por diversificados padrões de transgressão.

Posteriormente, na segunda parte do trabalho, irei me deter nos novos fenômenos criminais e nas perspectivas de mudanças da justiça penal internacional que decorrem justamente das alterações advindas dos fatos sociais que emergem de uma nova mundialização, que faz submergir o paradigma persecutório segundo o qual o Estado é o detentor do monopólio do poder de punir.

De um lado, intentarei compreender a cooperação penal internacional como sendo um dos instrumentos capazes de realizar o ideal kantiano de edificação sólida de um direito das gentes constituído por uma federação de Estados livres, à medida que força o aperfeiçoamento das relações entre esses Estados.

De outro lado, buscarei demonstrar de que modo a construção de uma justiça penal internacional colabora para a efetivação da proposta kantiana no sentido de que, se a humanidade permanece em constante progresso, encontra-se rumo à construção de uma ordem de valores de caráter cosmopolita, mesmo que aparentemente as transgressões demonstrem o contrário.

No que se refere à metodologia, como método de abordagem utilizarei o método dedutivo, partindo de duas premissas maiores, as quais se baseiam nas concepções gerais formuladas por Émile Durkheim e por Immanuel Kant. Essas premissas serão utilizadas para o estudo particular da criminalidade e sua aplicação na esfera internacional, particularmente no que se refere aos crimes que passaram por um processo de globalização (crimes

transnacionais) e aos denominados crimes internacionais (crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de agressão).

O conceito geral durkheimiano de fato social será aqui aplicado especificamente a essas modalidades delitivas, bem como serão a cooperação penal internacional e a jurisdição internacional analisadas como facetas (individuais) das concepções (gerais) kantianas de *jus gentium* e *jus cosmopolitanum*.

Por fim, como método de procedimento utilizarei o método histórico, em virtude da necessidade de acompanhar a evolução histórica da criminalidade até os dias atuais, acompanhada sempre pela necessidade de desenvolvimento de novos instrumentos punitivos.

1 A CONSTÂNCIA DA CRIMINALIDADE E A SOCIABILIDADE INSOCIÁVEL DOS SERES HUMANOS

“Guerra e paz são Leitmotivem da história universal e o fato de essas palavras serem usadas de forma mundana banaliza – infelizmente! – a riqueza dos conceitos e a dimensão trágica das realidades que lhes são subjacentes. Nunca antes, porém, a necessidade de uma reflexão audaciosa e independente havia-se manifestado com tal premência sobre essas duas facetas contrastantes da condição humana”³.

Para caminhar em direção às considerações desde já vislumbradas, partirei inicialmente de dois pressupostos que se complementam e que dizem respeito à maneira como a criminalidade, de alguma forma, impulsionou e determinou o desenvolvimento das instituições encarregadas de seu próprio controle.

A análise da história da humanidade demonstra que a persecução criminal e as agências⁴ dela encarregadas não se aperfeiçoaram sem que fossem alavancadas pelos fenômenos delinqüenciais cada vez mais intrincados. Foi sempre o crime que evoluiu primeiro. Para contê-lo, em um momento posterior, vieram as instituições, compelidas a se remodelar, transmudar, modificar, reestruturar, reorganizar e redimensionar, para cumprir o esperado papel do exercício do direito de punir.

Percebo essa assertiva a partir de dois pressupostos essenciais. O primeiro pressuposto é de cunho sociológico. Segundo ele o crime é não somente um fato social, mas fundamentalmente um fato social dotado de normalidade e constância, mas que exige da sociedade uma resposta. Dessa constatação decorrem algumas consequências sobre as quais irei tecer considerações, com base especialmente na formulação de Émile Durkheim acerca do conceito de fato social, nele incluído o crime, vez que presente em todas as sociedades⁵.

Com base na teoria durkheimiana também será possível perceber as modificações por que passou o direito penal ao longo da história, no sentido de que alguns fatos sociais considerados crimes por algumas sociedades deixam de sê-lo, o que se dá em razão de modificações nos padrões da moral coletiva que acabam por alterar os valores fundamentais

³ MELLO, Sérgio Vieira de. História filosófica e história real: atualidade do pensamento político de Kant. In: MARCOVITCH, Jacques. *Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 42.

⁴ Agências são todas as instituições que se encarregam de gerir o sistema penal, o qual é decorrente de um processo de criminalização que se inicia pela criação de uma lei penal, passando pela ação punitiva e pela execução da pena. ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1, p. 43.

⁵ DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1895.

da solidariedade social ou mesmo porque com a evolução da sociedade, de grupos mais primitivos para grupos mais avançados, algumas condutas passam a ser abandonadas.

Durkheim também irá demonstrar até que ponto as leis penais podem evoluir em consonância com a evolução da sociedade e de que maneira essa evolução se reflete na imposição dos castigos⁶. Será também possível, a partir de seu pensamento, fazer algumas digressões acerca dos níveis de solidariedade social e de como essa solidariedade poderia ser edificada em uma escala maior, ultrapassadas as comunidades nacionais.

O segundo pressuposto ampara-se na filosofia política de Immanuel Kant, em dois aspectos principais: o primeiro, em que formula sua teoria sobre a constante evolução da humanidade e sobre como essa evolução se dá em virtude da particular característica dos seres humanos da sociabilidade insociável; o segundo, em que afirma os caminhos para essa evolução, que deverão passar por três estágios: *jus civitas*, *jus gentium* e *jus cosmopoliticum*⁷.

É aqui que ambos os pressupostos se complementam, à medida que é a insociabilidade humana que torna perene a criminalidade e ao mesmo tempo impulsiona a evolução da justiça penal, hoje não mais limitada à jurisdição dos Estados nacionais.

O estudo desses pressupostos é fundamental para se compreender os caminhos atuais do direito internacional penal, seus principais desdobramentos, quais as manifestações da evolução do direito penal na esfera internacional e suas principais decorrências no âmbito jurisdicional como resposta a fenômenos criminais novos, cujo amparo inexistente na seara exclusiva do direito penal doméstico.

Nesse sentido, antes de qualquer consideração mais profunda sobre as possíveis perspectivas que envolvem o direito de punir, é preciso voltar os olhos para o passado e analisar de que forma se construiu o padrão de jurisdição penal hoje vigente e também o quanto se desenvolveu a criminalidade. Essa é uma das formas de se perquirir os rumos da justiça penal que precisa ser pensada e edificada no plano internacional, em especial para os novos padrões de transgressão que fogem à previsão do direito penal clássico e a razão pela qual os sistemas punitivos evoluíram menos do que a própria criminalidade.

Para tanto, primeiro analisarei os dois pressupostos citados, a iniciar pela perenidade e normalidade do crime, bem como pelas leis que regem a evolução penal e pelos critérios definidores da solidariedade social que legitimam a existência do direito penal e da respectiva imposição das penas.

A seguir, deter-me-ei nos postulados kantianos da social insociabilidade humana, da

⁶ DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

⁷ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

existência de um fio condutor que demonstra a existência de uma criminalidade constante no passado e latente no futuro, bem como da evolução da humanidade em direção a uma ordem cosmopolita, para posteriormente prosseguir com a discussão acerca das perspectivas da justiça penal (internacional) dentro desse contexto.

1.1 O Pressuposto Sociológico: A Concepção de Émile Durkheim

«Le crime ne s'observe pas seulement dans la plupart des sociétés de telle ou telle espèce, mais dans toutes les sociétés de tous les types. Il n'en est pas où il n'existe une criminalité. Elle change de forme, les actes qui sont ainsi qualifiés ne sont pas partout les mêmes ; mais, partout et toujours, il y a eu des hommes qui se conduisaient de manière à attirer sur eux la répression pénale.»⁸

Vejo como inafastável a contextualização sociológica no que tange à análise da criminalidade⁹, tendo em vista que o crime, antes de ser um fato jurídico, é um fato social, jurisdicizado em virtude de sua significação axiológica e diante dos valores lesados pela conduta criminosa.

Por esse motivo, de forma paralela ao estudo da filosofia política de Immanuel Kant no que diz respeito ao papel das transgressões humanas e à sua concepção de evolução, partirei primeiramente de uma premissa de natureza sociológica, embasada na análise feita por Émile Durkheim, detendo-me especialmente em três de suas obras: *A divisão do trabalho social*¹⁰, *As regras do método sociológico*¹¹ e *As duas leis da evolução penal*¹².

Em *A divisão do trabalho social*, primeira obra de Émile Durkheim, escrita em 1893, o sociólogo afirma que é a divisão do trabalho que torna a sociedade possível, afetando profundamente a construção moral dos seres humanos e criando uma solidariedade entre os seus membros, garantindo sua unidade. Pugna existirem diferentes formas de coesão dentro da sociedade e diferentes espécies de solidariedade social, todas reguladas pelo direito e sancionadas de duas formas: ou pela imposição de um sofrimento (caso do direito penal), ou

⁸ DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1895. p. 45.

⁹ “Sem a acentuação sociológica na pontuação jurídica é impossível compreender o crime, em todas as dimensões, tateando o frenir, o crisar e o gemer dos homens dentro da sociedade. A criminalidade é fato social expansivo, flutuante, fugidio, encoberto em sua parte maior e mais grave. Somente a sociologia assegurará ao direito penal desde o mirante gigantesco para totalizar as realidades retrospectiva e projetivamente até a sonda tentacular imersa no corpo e na alma da sociedade”. LYRA, Roberto. *Direito penal científico (criminologia)*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974. p. 161.

¹⁰ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 4^{ème} éd. Paris: Félix Alcan, 1922.

¹¹ Id. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1895.

¹² Id. *Deux lois de l'évolution pénale: année sociologique*. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

pela reparação¹³.

É com base na primeira situação que Durkheim irá explicar a existência dos castigos, que segundo ele decorrem da solidariedade social, fruto da imperativa divisão do trabalho existente em todas as sociedades, a explicar a presença constante das penas.

A segunda obra, *As regras do método sociológico*, escrita em 1895, explica porque razão o crime sempre existiu e por certo sempre existirá em todas as comunidades humanas, desde as mais primitivas até as mais avançadas. A importância dessa assertiva diz com a necessidade de aperfeiçoamento das agências responsáveis pela imposição do castigo, que para Durkheim também possui um significado preciso¹⁴.

Essa necessidade de aperfeiçoamento das instituições penais relaciona-se precipuamente com a ideia de que a criminalidade nunca terá fim, apenas mudando de forma e de sentido à medida que as sociedades evoluem. São muitas vezes os padrões de criminalidade fundamentais para o aperfeiçoamento dessas instituições e é certamente por essa razão que as mudanças nos fenômenos criminais são em geral anteriores às alterações dos padrões institucionais punitivos.

A terceira obra, *As duas leis da evolução penal*, datada de 1899, é determinante para a identificação de alguns fios condutores que auxiliam na evolução dos sistemas penais, especialmente porque nela são compreendidos fatores cruciais presentes nas mudanças desses sistemas¹⁵.

A importância da compreensão da sociologia do castigo na obra de Durkheim reside na sua exploração atinente à relação entre o castigo e a sociedade, porquanto o compreende como fenômeno social e estuda a relação entre as formas de castigo e as formas de autoridade, além das raízes morais e sociopsicológicas do castigo e dos supostos efeitos de solidariedade a que dá lugar¹⁶.

Muito embora Durkheim detenha seu estudo na natureza das punições, analisando as variações quantitativas e qualitativas porque passou a pena, sua percepção será de fundamental importância no que toca à maneira de se pensar o direito penal no plano evolutivo, visto que relaciona diretamente a intensidade das penas com a sua pertença a um tipo de sociedade mais desenvolvida e do quanto ela se modifica quando vão se diluindo os poderes do Estado.

Apesar de não ter desenvolvido uma análise voltada para o plano internacional ou

¹³ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 4^{ème} éd. Paris: Félix Alcan, 1922.

¹⁴ Id. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1895.

¹⁵ Id. *Deux lois de l'évolution pénale: année sociologique*. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

¹⁶ GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estudo de teoria social*. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 25.

transnacional em matéria penal, o estudo dessas três obras possibilitará a construção de algumas projeções que podem ser aplicadas a modalidades delitivas modernas, sobretudo porque decorrem da ideia de que a criminalidade não cessará, mas apenas modificará algumas de suas características.

Além disso, entendia Durkheim que as penas e as instituições penais tendem a acompanhar as mudanças que ocorrem no seio da sociedade, motivo porque se essas modificações se dão também no plano das relações entre os Estados podem também ser projetadas na esfera do direito internacional penal.

1.1.1 A Pena como Reação À Solidariedade Social e o Crime como Fato Perene

Em sua primeira obra, *A Divisão do Trabalho Social*, Durkheim inicia sustentando a existência de uma corrente nas sociedades que torna factível a civilização e que cede à necessidade contínua de divisão de trabalho, movimento que afeta sobremaneira a constituição moral dos seres humanos, criando uma solidariedade entre seus membros¹⁷.

Entende que a divisão do trabalho é uma garantia de coesão da sociedade, havendo diferentes formas de solidariedade social, todas elas reguladas pelo direito e sancionadas de duas maneiras: ou pela imposição de um sofrimento, como ocorre com o direito penal, ou pela reparação, como é o caso das outras ciências.

Segundo Durkheim, o laço de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele constituído pela mais grave ruptura consistente na prática de um crime, a determinar contra seu autor a imposição de uma pena, e que por mais diversos que sejam no que tange à sua gravidade, afetam a consciência moral das pessoas da mesma maneira, produzindo a mesma consequência.

Quando praticado no seio da sociedade, o crime lesa o que Durkheim denomina *consciência coletiva comum*, derivada do conjunto de crenças e sentimentos da média dos membros da sociedade, que forma um sistema determinado, o qual possui vida própria e difusa em toda a extensão social. Durkheim considera que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos dessa consciência coletiva comum, que possui uma realidade distinta e independente dos indivíduos.

A própria criação de um poder governamental possui força bastante para ligar espontaneamente uma sanção penal a certas regras de conduta, sendo capaz de, por si só, criar

¹⁷ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 4^{ème} éd. Paris: Félix Alcan, 1922.

delitos ou agravar o grau de censura de outros. Isto se dá porque o próprio Estado personifica a consciência coletiva e, nesse caso, o crime não é apenas a ofensa à consciência coletiva, mas a lesão a uma autoridade, que é um símbolo ou uma expressão viva da consciência coletiva.

Nesse caso, a função da pena diz com a necessidade de fazer respeitar as crenças, as tradições e as práticas coletivas e defender a consciência comum, porquanto a vida que existe na consciência coletiva se comunica ao Estado, que de certa forma a representa.

No intuito de compreender a teoria durkheimiana sobre o castigo na obra *A divisão do trabalho social*, David Garland¹⁸ explica que Durkheim o compreendia como uma instituição relacionada com o coração da sociedade, sendo a sanção penal um exemplo tangível do funcionamento da consciência coletiva enquanto processo que expressa os valores sociais, a demonstrar perspectivas do núcleo de vida moral ao redor do qual se formam a comunidade e a solidariedade social.

Por isso mesmo o crime possui tanta relação com os interesses importantes para a sociedade que propugna os proteger. O direito penal é, nesse sentido, o espelho do conteúdo axiológico de uma comunidade, seja ela local ou universal, estando aqui contida a importância das proibições no que tange à identificação de uma comunidade mundial de valores.

Durkheim possuía uma grande preocupação em descobrir as origens dessa solidariedade social, entendida como uma condição fundamental para a vida coletiva e a coesão social, e considerava que a sociedade e seus padrões de interação mútua só poderiam funcionar se existissem marcos compartilhados de significados e moralidades, sem os quais seria impossível conceber a sociedade, já que os intercâmbios entre os indivíduos requerem normas consensuais. Essas normas sociais relacionadas à moralidade, para Durkheim, não seriam fortuitas, mas relacionadas diretamente com a moral de cada povo e por isso umbilicalmente ligadas à pena.

Essa aceção explica porque razão cada comunidade humana, ao organizar-se em torno de uma estrutura de poder, sempre se utilizou do direito penal como aparato garantidor de seus valores. Transportada essa premissa para a comunidade internacional de hoje, presencia-se o desenvolvimento cada vez maior de um direito internacional penal, que aqui identificarei como processo de penalização do direito internacional, no sentido de atribuição de uma garantia coercitiva aos valores protegidos por essa nova ordem, personificada por uma Corte Penal Internacional.

¹⁸ GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estúdio de teoria social*. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 39-52.

Segundo Garland, um símbolo visível que Durkheim encontrou para analisar a sociedade moderna foi a lei e o tipo de sanções que pressuporia cada sistema legal, caso em que o castigo é a representação direta da ordem moral da sociedade e exemplo de como essa ordem se sustenta. Por isso Durkheim a todo tempo relaciona a evolução histórica do castigo e os fatos do sistema penal com os processos da vida social, bem assim com o funcionamento e o significado moral do castigo¹⁹.

Em razão desses laços morais que unem os componentes de uma sociedade, a que Durkheim denomina laços de solidariedade social²⁰, surge o castigo, como reforço desse vínculo social e como resposta àqueles que rompem esse vínculo, quer como punição, quer como prevenção, a fim de que não o violem novamente.

Garland explica essa assertiva demonstrando que Durkheim sustentava que os delitos contra os quais se utiliza o castigo possuem um conteúdo que se modifica temporal e espacialmente, produto de normas e convenções sociais, os quais nem sempre são nocivos à sociedade, mas que violam a consciência coletiva, o conjunto de crenças e sentimentos comuns em termos médios da sociedade, ou o código moral básico que a sociedade considera sagrado e que, portanto, produzem uma reação punitiva. Por isso o crime possui um profundo significado moral que requer uma resposta²¹.

Sob essa ótica, o Estado é o guardião dos sentimentos coletivos e sua principal função é fazer respeitar as crenças, tradições e práticas coletivas, gerando a necessidade de resposta retributiva já que a violação de atos sagrados sempre gera uma reação violenta. Se o crime viola sentimentos e emoções profundamente arraigados na maioria dos membros da sociedade, o castigo desvela-se como um reflexo punitivo de caráter coletivo que reforça a realidade social de ordem moral²².

Durkheim também identifica a existência de uma paixão subjacente que aparece mais nas sociedades primitivas e vai se atenuando por uma racionalização à medida que as sociedades evoluem, muito embora o conteúdo emocional da pena sempre permaneça, já que entende que a paixão se encontra no coração do castigo, como uma reação emotiva ante a violação de sentimentos sociais profundamente valorados²³.

Quando se comete um crime que viola as normas da vida social, estas normas se debilitam e se mostram menos universais quanto à sua força coercitiva. O efeito de que surja a paixão

¹⁹ GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estúdio de teoria social*. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 39-52.

²⁰ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 4ème éd. Paris: Librairie Félix Alcan, 1922.

²¹ GARLAND, op. cit., p. 50-52.

²² Ibid., p. 47-50.

²³ DURKHEIM, op. cit.

coletiva como reação a tais delitos é demonstrar a força que apoia as normas e reafirmá-las na consciência de cada indivíduo. Explica Garland, assim, porque Durkheim entende que crime e castigo são importantes, enquanto desencadeadores desse circuito moral²⁴.

Além disso, segundo Durkheim, o castigo possui um outro fim: o sentimento comum entre os membros da sociedade gera uma solidariedade automática, como uma reafirmação espontânea das crenças e relações mútuas que servem para reforçar os vínculos sociais. É por essa razão que o castigo possui um caráter dual: ajuda a criar e recriar a coesão social, em todas as sociedades, modernas e primitivas²⁵.

A natureza dos castigos modifica-se com a evolução das sociedades também em decorrência das mudanças que se operam no conteúdo da solidariedade que une os indivíduos. Quanto mais a sociedade evolui, mais fluido o conteúdo da solidariedade social e menos sanguíneos se tornam os castigos.

Ao comentarem a obra *A divisão do trabalho social*, explicam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade²⁶ que a solidariedade mecânica que une as sociedades primitivas vai sendo substituída por uma solidariedade orgânica que decorre de uma cada vez maior necessidade de especialização que potencializa o sentimento de individualismo daqueles que compõem o corpo social, fazendo com que surja um declínio da universalidade da consciência coletiva. Com isso, decai o caráter eminentemente repressivo das penas, passando a predominar cada vez mais sanções de natureza restitutiva.

Eis a grande dificuldade de se mensurar o grau de solidariedade social em uma escala de comunidade humana mundial com vistas a antever o direito internacional penal e a natureza das penas a serem impostas. Como afirma Mireille Delmas-Marty²⁷, a proibição penal não pode ser imediatamente transposta a um nível internacional porquanto resta ligada à solidariedade própria das comunidades nacionais, de forma orgânica e mecânica.

Avançando sobre as proposições de Durkheim, indaga Delmas-Marty sobre a possibilidade de se universalizar a solidariedade social para se perquirir a natureza dos castigos a serem impostos pelo direito internacional penal, restando saber em que condições o direito penal poderia, se internacionalizando em torno das condutas desumanas, conseguir

²⁴ GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estúdio de teoria social*. Madrid: Siglo XXI, 2006, p. 50-51.

²⁵ *Ibid.*, p. 51.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 317.

²⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 39-40.

construir uma memória coletiva verdadeiramente mundial²⁸, ou uma consciência coletiva mundial, para utilizar uma expressão durkheimiana.

Sobre esse assunto, interessa o estudo elaborado pelo sociólogo Mark Osiel²⁹, que propõe a criação da variante da solidariedade coletiva, por ele denominada *solidariedade discursiva*, a qual implicaria o reconhecimento de que os membros da sociedade estão frequentemente em desacordo radical quanto às suas concepções de justiça e de bem comum, sendo por outro lado necessário admitir a necessidade que esses membros da sociedade possuem de se apoiar sobre um esquema comum de associação e de cooperação.

Nesse sentido, mediante a imprescindibilidade de se fundar um esquema comum sobre o dissenso, a solidariedade discursiva utilizaria o processo penal como uma ferramenta para a construção de uma memória coletiva internacional graças às redes de assistência informal de juristas militantes, de especialistas do direito e de organizações humanitárias não-governamentais de todo o mundo, como é o caso da Cruz Vermelha³⁰.

Para que isso aconteça, diz Delmas-Marty, a internacionalização do direito penal será o caminho necessário para religar os três níveis de ética dele mesmo (a ética do universalismo do sofrimento, do relativismo das representações jurídicas do crime e do universalismo do processo em nome da humanidade), segundo um processo seletivo extremamente complexo³¹, debate esse que será tecido na segunda parte desse trabalho.

Essa ideia de solidariedade discursiva, que seria a elevação da solidariedade social a uma escala mundial, proposta por Osiel, em muito se assemelha à concepção de consciência jurídica universal proposta por Antônio Augusto Cançado Trindade³².

Afirma Cançado Trindade que apesar de ainda serem inúmeras as violações aos direitos humanos, as reações e mobilizações para enfrentá-las são imediatas justamente em razão do despertar dessa consciência jurídica universal para a necessidade da proteção eficaz do ser humano, o que se deve ao fortalecimento da prática internacional (sobretudo por meio de Conferências que versam sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos) e da jurisprudência internacional, especialmente advinda dos Tribunais Internacionais de Direitos

²⁸ « Il reste a savoir si, et à quelles conditions, le droit pénal pourrait, en s'internationalisant autour de l'inhumain, réussir à construire une mémoire collective véritablement mondiale. ». DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 41.

²⁹ OSIEL, Mark. *Juger les crimes de masse: la mémoire collective et le droit.* Paris: Seuil, 2006. p. 69-95.

³⁰ *Ibid.*, p. 90.

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 41.

³² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. t. 3, p. 497-509.

Humanos, dos Tribunais Penais Internacionais e da Corte Internacionais de Justiça³³.

Esses são prolongamentos da teoria durkheimiana aplicados à contemporaneidade que por certo sequer Durkheim vislumbrava possíveis quando de sua formulação, porquanto à época inexistia a concepção de sociedade internacional da forma como hoje conhecemos.

O mesmo Émile Durkheim, após ocupar-se da questão da natureza dos castigos e de seu caráter de reafirmação da solidariedade social, sem certamente imaginar muitos dos desdobramentos que adviriam de sua teoria, deteve-se no estudo da natureza do crime, o que fez na obra *As regras do método sociológico*³⁴.

Nesse estudo, Durkheim inicia propondo quais as regras que devem levar em consideração os sociólogos para compreender o corpo social, suas virtudes ou suas vicissitudes, cabendo-lhes diferenciar o que são patologias e o que são acontecimentos normais, embora muitas vezes esses acontecimentos normais possam ter efeitos negativos³⁵.

Antes de chegar ao estudo da criminalidade, Durkheim tece considerações sobre o que entende por fato social e sobre suas características, o que aqui interessa sobretudo, já que refiro-me ao crime como *fato social normal e perene* e menciono essa concepção como um *pressuposto sociológico*³⁶.

Para Durkheim, a expressão fato social designa quase todos os fenômenos que ocorrem na sociedade e que possuam alguma espécie de interesse social, existentes antes mesmo dos indivíduos que compõem a sociedade, distintos dos fenômenos orgânicos ou psíquicos, constituídos por certa imperatividade, consistentes em regras jurídicas ou morais, dogmas religiosos, sistemas financeiros ou idiomas, decorrentes de práticas constituídas que exigem a sua observância e seu cumprimento. O fato social tem como substrato a sociedade política na sua totalidade (e não o indivíduo), ou grupos parciais que engloba (como confissões religiosas, escolas ou corporações profissionais), sendo distinto das suas repercussões individuais³⁷.

O fato social pode ser reconhecido por seu poder de coerção, que se identifica pela existência de imposições ainda que sutis, ou mesmo por uma certa resistência que o fato opõe a iniciativas individuais tendentes a violá-lo, bem como pela difusão que opera no interior do grupo e que existe independentemente das formas individuais que toma ao

³³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. t. 3, p. 498-501.

³⁴ DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1895.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Id. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 31-40.

difundir-se³⁸.

Durkheim elabora as regras relativas à observação dos fatos sociais, afirmando a necessidade de tratá-los como coisas e afastar da ciência todas as noções prévias, no sentido de iniciar-se pelas características exteriores objetivas do fato para posteriormente chegar-se às mais essenciais. Em seguida, formula as regras relativas à distinção entre os fatos sociais normais e os fatos sociais patológicos.

Explica que todo fenômeno sociológico pode possuir formas diferentes, muito embora em essência possa ser o mesmo. Portanto, essas formas podem ser gerais ou excepcionais, sendo as primeiras normais e as segundas patológicas. Entende-se por normal o fenômeno comum, que se faz presente na generalidade da vida social, razão pela qual não se pode classificar instituições ou práticas apenas como boas ou más, sendo ainda necessário perquirir em que fase de desenvolvimento se encontra aquela sociedade³⁹.

Ademais, o caráter normal do fato evidencia-se quando o sinal exterior que o discerne funda-se na própria natureza do fenômeno, nas condições que determinaram essa generalidade e se essas ainda perduram ou não.

Durkheim classifica os crimes como fatos sociais⁴⁰ e, com base nessas regras preestabelecidas de observação dos mesmos, situa a criminalidade⁴¹ entre os fatos sociais normais⁴² ou não patológicos, sendo por isso considerada inerente à vida social, porquanto não ser possível a existência de uma sociedade isenta de crimes.

No entanto, como já afirmara anteriormente, em *A divisão do trabalho social*, o crime, apesar de não ser patológico enquanto fato social, representa uma ruptura na solidariedade social, a ensejar a imposição de uma pena, que por essa razão é dotada do caráter moral que impregna a sociedade que a impõe⁴³.

Por esse motivo, para Durkheim, o direito penal desempenha o papel de guardião dos

³⁸ Diz Durkheim que “fato social é toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independentemente de suas manifestações individuais”. DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 40.

³⁹ Ibid., p. 74-75.

⁴⁰ Com Durkheim, nesse sentido, concorda Roberto Lyra, ao afirmar que o “crime é fato social das mais graves consequências jurídicas e não fato jurídico de aspectos sociais”. LYRA, Roberto. *Direito penal científico (criminologia)*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974. p. 167.

⁴¹ Muito embora Durkheim reveja as características da criminalidade em *As regras do método sociológico*, passando a conceituar o crime como fato social normal devido à sua generalidade, em *Da divisão do trabalho social* Durkheim enxergava patologias no crime. No entanto, sua concepção sobre o crime manteve-se, no sentido de que “um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva”. DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴² O que não se confunde com fato social moral, dado o conceito da crime na teoria durkheimiana.

⁴³ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 4^{ème} éd. Paris: Félix Alcan, 1922.

valores sociais mais importantes⁴⁴ e é por essa razão que a pena possui a natureza de castigo, relacionada que é ainda com a ideia de vingança ou emoção, por afetar os valores que formam a teia da solidariedade social.

Aplicando a primeira regra, atinente à incidência comum do fenômeno, Durkheim refere que a criminalidade existe não apenas em uma ou algumas sociedades, mas em todas elas, tenham elas qualquer constituição, concluindo que não existe sociedade em que o crime não esteja presente, o qual apenas muda de forma, já que sempre existiram pessoas que se comportaram de forma a serem incursas na repressão penal⁴⁵.

Com relação à sua segunda observação, no sentido da necessidade de se observar o grau de desenvolvimento daquela sociedade em que o fenômeno se manifesta, conclui Durkheim que a taxa de criminalidade (com base na relação entre o número de crimes e a população) não tende a baixar mesmo quando as sociedades tornam-se mais desenvolvidas e passam dos tipos inferiores para os superiores, caso em que o crime nem por isso perde seu caráter de normalidade⁴⁶.

Ao contrário, o que se percebe é justamente um incremento da criminalidade em quase todas as sociedades, e não o contrário⁴⁷, mesmo após um movimento evolutivo, porquanto à medida que ocorre um aumento da população e, com isso, das necessidades sociais, latente é o aumento dos conflitos intersubjetivos de interesses.

Nesse sentido, o crime apresenta os sintomas de fenômeno de normalidade⁴⁸, ligado às condições de toda e qualquer vida em sociedade. Por isso, conclui Durkheim que “o crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível”⁴⁹. O crime é, assim, perene e não se identifica com uma patologia social.

Para que o crime deixasse de existir, seria necessário que os sentimentos que são lesados pela transgressão estivessem em todas as consciências individuais daqueles que compõem a sociedade e com grande vividez, a ponto de conseguir conter qualquer reação em sentido contrário. No entanto, entende Durkheim que dificilmente haverá sociedade em que os indivíduos não possuam divergência em relação ao tipo coletivo, sendo também inevitável que algumas dessas divergências constituam-se em infrações penais⁵⁰.

⁴⁴ WEISS, Raquel. Sociologia e direito na teoria durkheimiana. WEISS, Raquel. Sociologia e direito na teoria durkheimiana. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUES, José Rodrigo (Coord.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

⁴⁵ DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1895.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Id. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 82-83.

⁴⁸ Durkheim define o crime como fato social não patológico, mas não de forma absoluta, pois ressalva que se a taxa de criminalidade atingir níveis muito elevados, poder-se-á chegar a uma situação de anormalidade.

⁴⁹ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 83.

⁵⁰ Ibid., p. 84-85.

Durkheim avança ainda mais nessa concepção por entender que o crime não apenas é normal como também é necessário e útil, sendo é indispensável à evolução da sociedade no que diz respeito aos padrões da moral e ao direito, já que “o direito e a moral variam não apenas de um tipo social para outro, mas também dentro de um mesmo tipo, se as condições de existência coletiva se modificam”⁵¹.

Nesse sentido, o crime prepara mudanças e muitas vezes antecipa a moral futura, profetizando transformações⁵², exigindo também a renovação da teoria penal⁵³.

Para Durkheim, se alguns crimes são inevitáveis e até mesmo desejáveis, o são porque justamente tornam possível a evolução da moral e do direito⁵⁴, que se adequam às variações da consciência coletiva.

Como expõe Alessandro Baratta⁵⁵, com essa acepção Durkheim introduz no pensamento sociológico a teoria funcionalista da anomia, situando-se na origem de uma profunda revisão da criminologia, ao afirmar que o desvio é um fenômeno normal de toda estrutura social e que somente quando são ultrapassados determinados limites é que o fenômeno do desvio é negativo para o desenvolvimento da estrutura social, porquanto, em regra, constitui-se em fator necessário e útil para o desenvolvimento das sociedades.

Explica Barata que o delito faz parte da fisiologia e não da patologia da vida social, uma vez que provoca e estimula a reação social, mantendo vivo o sentimento coletivo que sustenta a conformidade da grande maioria dos membros da sociedade ao ordenamento jurídico. Além disso, o delito permite a mudança e a renovação social, colaborando para o desenvolvimento das transformações da moral⁵⁶.

Nesse sentido, o delinquente passa a ser visto como um agente regulador da vida em comunidade e inclusive necessário dentro da estrutura de divisão de funções.

⁵¹ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 86.

⁵² Argumenta Durkheim: “Segundo o direito ateniense, Sócrates era um criminoso, e a sua condenação nada tinha de injusto. Contudo, o seu crime, a saber, a independência do seu pensamento, era útil não só à humanidade mas também à sua pátria: servia para preparar uma moral e uma fé novas de que os atenienses necessitavam naquele momento, porque as tradições de que tinham vivido até então já não estavam em harmonia com as suas condições de existência. Ora, o caso de Sócrates não é isolado; reproduz-se periodicamente na história. A liberdade de pensamento de que gozamos hoje nunca poderia ter sido proclamada se as regras que a proibiam não tivessem sido violadas antes de serem solenemente abolidas.” DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 86-87.

⁵³ Durkheim esclarece que não é pelo fato de o crime ser um fenômeno normal que deva ser elogiado ou desejado, assim como a dor é normal mas não é desejável, deixando claro que seu pensamento está muito longe de ser uma apologia ao crime.

⁵⁴ WEISS, Raquel. Sociologia e direito na teoria durkheimiana. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUES, José Rodrigo (Coord.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

⁵⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 59-62.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 60-61.

Sendo o crime perene e, não somente constante, mas também necessário ao desenvolvimento e às transformações sociais, mas que por romper os laços de solidariedade merece a imposição de uma reprimenda, Durkheim identifica também a existência da perenidade dos castigos, que evoluem proporcionalmente na medida em que as sociedades partem dos modelos mais primitivos para os modelos mais desenvolvidos, os quais precisam ser continuamente reformulados em consonância com as mudanças dos padrões de criminalidade que se operam de tempos em tempos.

Trata-se do estudo que Émile Durkheim faz na obra *Deux lois de l'évolution pénale*, na qual irei me deter a seguir, na qual identifica a existência de um fio condutor que leva as sociedades a evoluírem, fazendo com que o direito penal evolua na mesma proporção⁵⁷.

1.1.2 As Duas Leis da Evolução Penal

Após ter escrito a obra *As regras do método sociológico*, Durkheim também procurou demonstrar essa evolução dos sistemas penais e dos castigos por meio da existência da própria criminalidade, formulando duas leis, por ele denominadas *Deux lois de l'évolution pénale*⁵⁸.

Afirmou primeiramente que no estágio atual das ciências sociais, somente é possível traduzir os aspectos mais gerais da vida coletiva, podendo-se chegar a aproximações por vezes grosseiras, mas ao mesmo tempo úteis, como condições prévias e necessárias de precisões posteriores.

Sob essa reserva explicou as duas leis que entende serem dominantes no sistema repressivo, deixando claro buscar as variações mais gerais a fim de introduzir alguma ordem na massa confusa de fatos que compõem a criminalidade e seu consectário sistema persecutório⁵⁹.

Segundo Durkheim, as variações pelas quais passaram os sistemas repressivos no curso da história são de duas ordens, uma de natureza quantitativa, que aqui interessa sobremaneira, e outra de natureza qualitativa⁶⁰.

Formula a primeira lei, de caráter quantitativo, afirmando que a intensidade da pena é tanto maior quanto as sociedades forem menos elevadas, cujo poder central tem um caráter mais absoluto⁶¹.

Explica Durkheim que o sentido dessa primeira lei relativa à evolução dos sistemas

⁵⁷ DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ « L'intensité de la peine est d'autant plus grande que les sociétés appartiennent à un type moins élevé - et que le pouvoir central a un caractère plus absolu.» Ibid., v. 4, p. 5.

penais é duplo.

Em um primeiro sentido, aduz ser fácil reconhecer se uma espécie social é menos ou mais elevada que outra, bastando verificar se elas são mais ou menos compostas e, em caso de composição igual, se elas são mais ou menos organizadas. Tal hierarquia das espécies sociais não significa que a evolução dessas sociedades seja formada por uma série única e linear, mas ao contrário, que são figuradas como se fossem árvores com ramos múltiplos e mais ou menos divergentes, como sociedades situadas em níveis mais altos ou mais baixos, encontrando-se a uma distância maior ou menor de um tronco comum⁶².

O segundo sentido dessa primeira lei diz com a questão do poder governamental que é absoluto quando não encontra em outras funções sociais nada que seja capaz de lhe ponderar e limitar de uma forma eficaz. Afirma, no entanto que mesmo naquelas sociedades em que o poder de punir é absoluto, subsistem forças sociais que reagem e o contêm⁶³.

Durkheim também caracteriza de uma outra forma o que seria um governo absoluto no exercício do poder punitivo, ao asseverar que a vida jurídica gravita inteiramente em torno de dois polos, constituindo-se em relações ou unilaterais ou bilaterais e recíprocas. Quanto mais as relações de poder supremo em relação ao resto da sociedade possuem o caráter da unilateralidade, mais eles se parecem com as relações relativas às coisas possuídas, caso do poder absoluto, cujo governado não possui nenhum direito em relação ao poder⁶⁴.

Inversamente, menos absoluto é o poder quanto mais bilaterais são suas relações com outras funções sociais. Nesse sentido, também o modelo mais perfeito de soberania absoluta é aquele da *patria potestas* dos romanos, cujos subordinados eram concebidos como coisas.

Refere-se também Durkheim à existência ou inexistência de contrapesos no que tange ao poder central mais ou menos absoluto, organizado em vista de lhe moderar, podendo-se prever que o que faz nascer um poder dessa natureza é a reunião, mais ou menos completa, de todas as funções diretoras da sociedade em um único órgão.

Nesse caso, a detenção de uma tal autoridade se encontra investida de uma força que lhe libera de todo contrato coletivo e, em certa medida, faz com que o poder imponha aos demais nada além do que sua própria vontade. Essa centralização movimenta uma força social tão intensa que domina todas as demais, sendo exercida não unicamente sobre os fatos, mas

⁶² DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

⁶³ «Mais cette contention, qu'elle soit son fait ou qu'elle lui soit matériellement imposée, est essentiellement contingente ; elle ne résulte pas du fonctionnement normal des institutions. Quand elle est due à son initiative, elle se présente comme une concession gracieuse, comme un abandon volontaire de droits légitimes; quand elle est le produit de résistances collectives, elle a un caractère franchement révolutionnaire.» Ibid., v. 4, p. 6.

⁶⁴ Ibid.

também sobre o direito⁶⁵.

Em outras palavras, afirma Durkheim que quanto mais concentrado o poder, maior a tendência à severidade das penas, assertiva essa que pode ser aplicada à justiça internacional, porquanto sua evolução determina o abrandamento das penas tal como ocorreu nos direitos domésticos progressivamente⁶⁶.

Muito embora Durkheim não tenha se ocupado precisamente dessa acepção, posto que quando formulou a primeira lei da evolução penal, de caráter quantitativo, muito mais se debruçou sobre a questão da gravidade das penas nos regimes de poder absoluto⁶⁷, vejo tal análise aqui como pertinente, podendo ser utilizada para explicar o quanto a evolução das sociedades irá fazer com que o poder de punir distancie-se da característica da unilateralidade e passe a ser compartilhado, o que muito possui aplicação na justiça internacional de hoje.

Essa conclusão pode ser projetada a partir de suas duas leis da evolução penal, especialmente quando faz uma análise do desenvolvimento das sociedades, desde a antiguidade até o momento contemporâneo e sobre as modificações que se operaram sobre o poder de punir do Estado, que segundo Durkheim evoluem desde as sociedades mais inferiores até as sociedades mais evoluídas.

Sob um ângulo diferente, porém, analisando a questão da concentração dos poderes do soberano em paralelo ao atraso dos sistemas punitivos, Durkheim os analisa ao longo da história, concentrando-se principalmente nas características das penas, afirmando que em um grande número de sociedades antigas, a morte não se constituía⁶⁸ na pena suprema, sendo agravada, para os crimes reputados mais atroz, de suplícios adicionais que tinha por objetivo lhe tornar mais intimidadora. Foi assim que na civilização egípcia, além do enforcamento e da decapitação, são encontradas como penas a fogueira, o suplício das cinzas e a crucificação.

Trata-se de uma tentativa de comprovar o quanto as civilizações mais atrasadas concentravam o poder punitivo e demonstravam essa concentração por meio da dureza das penas.

Prossegue Durkheim afirmando que o próprio Código de Manu distinguia entre a morte simples, consistente na decapitação, e a morte exasperada ou qualificada, que podia ser

⁶⁵ DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ «La loi que nous venons d'établir se rapporte exclusivement à la grandeur ou quantité des peines. Celle dont nous allons nous occuper maintenant est relative à leurs modalités qualitatives. Elle peut se formuler ainsi: *Les peines privatives de la liberté et de la liberté seule, pour des périodes de temps variables selon la gravité des crimes, tendent de plus en plus à devenir le type normal de la répression.*» (grifo do autor). Ibid., v. 4, p. 15.

⁶⁸ «Dans la peine du feu, le bourreau commençait par pratiquer avec des joncs aigus plusieurs incisions aux mains du coupable et c'est seulement ensuite qu'il était couché sur un feu d'épines et brûlé vif. Le supplice des cendres consistait à étouffer le condamné sous un monceau de cendres». Ibid., v. 4, p. 9.

por empalamento, por queima, por esmagamento sob os pés de um elefante, por afogamento, por óleo fervente colocado nas orelhas e na boca, por mutilação provocada por cães em praça pública ou mesmo ser cortado em pedaços com utilização de uma navalha⁶⁹.

Relata, ainda, que abaixo da pena de morte se encontravam as mutilações. No Egito, por exemplo, os falsificadores tinham as duas mãos cortadas; a violação cometida contra uma mulher livre era punida pela castração dos órgãos genitais; se arrancava a língua de um espião. Afora essas mutilações características, toda sorte de penas corporais era utilizada por uns ou outros povos e eram seguidamente fixadas de maneira arbitrária pelo juiz⁷⁰.

Durkheim também refere que tão-logo as sociedades foram evoluindo, também as penas foram se tornando mais amenas, e assim sucessivamente em Roma, cujos crimes capitais eram menos numerosos e, salvo exceções, a pena de morte não era acompanhada de suplícios acessórios, o que denota uma evolução do sistema de justiça paralelo à evolução da sociedade e à desconcentração do poder⁷¹.

Por outro lado, apesar da amenização gradativa das penas ao longo dos séculos, a organização dos aparelhos punitivos ensejou pouco a pouco uma maior tipificação de ilícitos penais consonantes com os valores vigentes com a época respectiva. Se por um lado a lei penal era mais branda à época da Idade Média, que considerava ilícitos crimes como o homicídio, a traição, a violação, o rapto, o roubo e o incêndio, os interesses daquele tempo ensejaram o surgimento de crimes religiosos, como a heresia e a ausência de crença religiosa.

À medida que o poder real ia se consolidando, por outro lado, o direito penal se fortalecia. Essa assertiva bem demonstra como o direito penal é o retrato dos valores da comunidade que se desenvolve em torno de uma estrutura de poder e o quanto essas estruturas de poder determinam e modificam os valores a serem tutelados, porquanto é sempre o poder constituído quem decide quais são esses valores. Como decorrência, o fortalecimento das monarquias na Europa foi determinante para o aparecimento dos denominados crimes de lesa-majestade, desconhecidos à época do feudalismo⁷².

Segundo Durkheim⁷³, o apogeu da monarquia absoluta assinala o apogeu da repressão, marcado pelas penas capitais e corporais. No século XVII, a necessidade de punir mais severamente os crimes praticados contra esse Estado absoluto não somente fez manter as penas severas já existentes, mas criou ainda outras, como as galés, das quais os condenados

⁶⁹ DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid., v. 4, p. 13.

⁷³ Ibid.

buscavam escapar cortando suas próprias mãos ou seus próprios pés.

Eram também inúmeras outras as penas corporais, assim como também a tortura não apenas como meio de procedimento mas também como pena. Nesse mesmo tempo, os crimes denominados capitais se multiplicavam porquanto os crimes de lesa-majestade se tornavam mais numerosos⁷⁴.

Foi essa a lei penal estabelecida até meados do século XVIII em praticamente todo o mundo ocidental, ora regido pelas monarquias absolutas, ora colonizado. Foi esse também o contexto histórico em que começam a ter lugar na Europa os movimentos em relação aos quais Beccaria teve ligado seu nome, reclamando uma reforma de todo o sistema penal e a partir do qual se modificam as velhas e odiosas rotinas do direito criminal⁷⁵ e que modificará o paradigma punitivo que deverá permanecer até o século XX, quer no que tange à característica das penas, quer no que tange ao monopólio de uma única estrutura de poder na titularidade do direito de punir.

Por fim, no que se refere à primeira lei, relativa ao fato de que quanto mais absoluto o poder, maior a intensidade da pena, o que se dá em sociedades menos elevadas, vejo essa assertiva como de fundamental importância para sublinhar que de fato a evolução da sociedade tende a desconcentrar o exercício do poder punitivo para além das fronteiras dos Estados, de forma a torná-lo menos absoluto, o que aponta uma perspectiva da justiça internacional penal, que somente existe a partir da desconcentração dos poderes e da perda do monopólio do direito de punir por parte do Estado⁷⁶. Em suma, sem perda do monopólio do direito de punir por parte do Estado não existe substrato à justiça penal internacional.

Por seu turno, a segunda lei formulada por Durkheim é de caráter qualitativo, segundo a qual as penas privativas de liberdade, por períodos de tempo variáveis segundo a gravidade dos crimes, tendem cada vez mais a se tornarem a espécie normal de repressão⁷⁷.

Entende que se a pena resulta do crime e exprime a maneira pela qual ele afeta a consciência pública, é nas modificações do crime que é preciso procurar a causa determinante da evolução dessas penas. Nesse sentido, divide os crimes em duas categorias fundamentais: crimes que são dirigidos contra bens coletivos, como a autoridade pública, seus representantes, ou os costumes e a religião, a que denomina criminalidade religiosa, e crimes que ofendem os indivíduos, tais como o homicídio, o roubo e as fraudes, a que denomina

⁷⁴ DU BOYS, Albert. *Histoire du Droit criminel des peuples modernes*. Paris: Auguste Durand, Librairie-Éditeur, 1858. v. 6, p. 62-81.

⁷⁵ DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4, p. 14.

⁷⁶ Sobre o tema, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*: la refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. t. 3.

⁷⁷ «Les peines privatives de la liberté et de la liberté seule, pour des périodes de temps variables selon la gravité des crimes, tendent de plus en plus à devenir le type normal de la répression ». DURKHEIM, op. cit., v. 4, p. 15.

criminalidade humana, sendo ambas as formas de criminalidade bem distintas.

Para Durkheim, a primeira espécie de criminalidade regride na proporção em que as sociedades evoluem, porquanto para os povos primitivos o crime consiste muito mais em violar tradições e afastar-se dos costumes, desobedecendo a autoridade, ao passo que para os povos civilizados a criminalidade caminha muito mais em direção às lesões de algum interesse humano.

Durkheim possui uma visão muito particular em relação a essa última espécie de criminalidade, compreendendo-a também como produto da evolução da sociedade. Trata-se de ofensa a um sentimento coletivo que tem por objeto um indivíduo e que se traduz na ideia de que o que concerne a uma pessoa concerne a todos as pessoas, no sentido de que os sentimentos protetores da dignidade humana são extremamente caros⁷⁸.

Trata-se de uma justificativa que decorre do respeito que todos os seres humanos possuem pela humanidade, pelo fato de todos sentirem-se parte dela, razão pela qual os atentados que negam esse sentimento parecem ser dirigidos contra todo e qualquer ser humano. Durkheim afirma que não vemos nessas ofensas atos de lesa-divindade, mas sim de lesa-humanidade, cujas condições de repressão não são as mesmas que as do primeiro caso, porquanto não subsiste a mesma distância entre o ofensor e o ofendido: eles estão muito mais próximos e na mesma escala de hierarquia⁷⁹.

Pondera Durkheim que à medida que as sociedades evoluem e esses crimes passam a ser mais cometidos do que aqueles, também a racionalidade das penas passa a ser mais presente.

Assim, se por um lado o crime do homem contra o homem acirra a cólera coletiva, por ele identificada como alma da pena, decorrente da simpatia que temos por todo homem que

⁷⁸ «Il en est autrement des sentiments collectifs qui ont pour objet l'individu ; car chacun de nous en est un. Ce qui concerne l'homme nous concerne tous ; car nous sommes tous des hommes. Les sentiments protecteurs de la dignité humaine nous tiennent donc personnellement à cœur. Assurément, je ne veux pas dire que nous ne respectons la vie et la propriété de nos semblables que par un calcul utilitaire et pour obtenir d'eux une juste réciprocité. Si nous réprouvons les actes qui manquent à ce respect, c'est qu'ils froissent les sentiments de sympathie que nous avons pour l'homme en général, et ces sentiments sont désintéressés précisément parce qu'ils ont un objet général. Là est la grande différence qui sépare l'individualisme moral de Kant et celui des utilitaristes. L'un et l'autre, en un sens, font du développement de l'individu l'objet de la conduite morale. Mais, pour les uns, l'individu dont il s'agit, c'est l'individu sensible, empirique, tel qu'il se saisit dans chaque conscience particulière; pour Kant, au contraire, c'est la personnalité humaine, c'est l'humanité en général et abstraction faite des formes concrètes et diverses sous lesquelles elle se présente à l'observation. Néanmoins, si universel qu'il soit, un tel objectif est étroitement en rapport avec celui vers lequel nous inclinons nos penchants égoïstes. Entre l'homme en général et l'homme que nous sommes, il n'y a pas la même différence qu'entre l'homme et un dieu. La nature de cet être idéal ne diffère qu'en degrés de la nôtre ; il n'est que le modèle dont nous sommes les exemplaires variés. Les sentiments qui nous y attachent sont donc, en partie, le prolongement de ceux qui nous attachent à nous-mêmes. C'est ce qu'exprime la formule courante : ' Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit'. » DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4, p. 25.

⁷⁹ Ibid.

sofre, por outro lado, surge uma influência atenuante da pena que é o sentimento de dignidade humana também presente, e que se impõe àquele que irá receber o castigo. Nesse sentido, seria uma verdadeira contradição vingar a dignidade humana ofendida por meio da violação da dignidade humana do culpado, sendo, portanto, necessário suavizar e tornar a pena o mais proporcional possível.

É dessa maneira que a evolução da sociedade é acompanhada por um abrandamento da natureza das penas: explica Durkheim que o atentado de um homem contra outro homem não é causador da mesma indignação que a ofensa de um homem contra um deus.

Paralelamente a esse fator, Durkheim esclarece a influência da natureza do órgão governamental sobre o perfil do direito penal de cada época. Quanto mais o poder se aproximar de um caráter absoluto, mais irá se posicionar em um patamar acima da humanidade, como algo sobre-humano e ilimitado, aproximando-se da figura divina, caso em que a religiosidade exerce efeitos sobre a pena, sobrelevando a gravidade dos crimes cometidos contra o ente estatal⁸⁰.

Também por essa razão a divisão dos poderes do Estado, que da mesma forma acompanha a evolução das sociedades, é fator de abrandamento dos castigos.

Como refere Garland⁸¹, nessa obra Durkheim analisa a questão da historicidade do castigo, abandonando a ótica do significado social do direito penal feito em *A divisão do trabalho social*, e passando a perceber de que forma os métodos penais se modificam com o transcurso do tempo, muito embora o castigo seja imutável enquanto processo social.

Esses métodos são modificados em consonância com as modificações da organização social da consciência coletiva, alterando, por sua vez, os sentimentos provocados por infrações delituosas, porquanto as diferentes paixões, assim como as diferentes formas de organização social dão origem a diversas formas penais. Sendo assim, mesmo o castigo continuando a ser uma expressão de sentimentos coletivos e uma maneira de reforçá-los e reafirmar a solidariedade social, as formas que adota se modificam⁸². São justamente as diferentes formas de moralidade coletiva que originam as diferentes espécies de punições. São também essas modificações na moralidade coletiva que alteram o padrão e a forma das próprias instituições encarregadas da imposição desses castigos.

Garland também explica o pensamento de Durkheim por uma outra acepção, para compreender porque motivo as penas deixam de ser mais severas com o desenvolvimento das

⁸⁰ DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

⁸¹ GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna*: um estudo de teoria social. Madrid: Siglo XXI, 2006. p. 53-59.

⁸² Ibid.

sociedades. Enfatiza que os sentimentos coletivos vão se atenuando na mesma proporção em que as sociedades crescem, cada vez mais caracterizadas pela diversidade moral, com isso desencadeando uma reação mais moderada quando se violam seus princípios, não mais tão coesos como os das sociedades primitivas de outrora⁸³.

Trata-se de assertiva importante para se compreender na atualidade de que maneira são passíveis de serem identificados os princípios que regem a sociedade internacional, cujas violações merecem ser reprimidas pelas jurisdições internacionais, fazendo-se necessário entender de que maneira será possível constituir essa solidariedade social em uma escala diversa. Será, por certo, essa solidariedade nova capaz de proporcionar a identificação dos valores a serem protegidos em uma comunidade humana internacional.

Por fim, conclui Durkheim que ambas as leis por ele cunhadas explicam a evolução moral da sociedade que se reflete diretamente na natureza das penas, as quais estão sempre de acordo com uma emoção mais calma e refletida da consciência coletiva que se desenvolve com o transcurso do tempo⁸⁴.

Durkheim nega, no entanto, que essa regularidade na amenização punitiva (que se enfraquece conforme se avança na evolução) encontra-se destinada a prosseguir até que seja extinta, aduzindo que essa afirmação seria contrária à sua própria lei. Afirma que apenas somos mais complacentes que no passado em relação a alguns crimes e que chegará o momento em que os crimes contra a pessoa (por ele denominados de lesa-humanidade) consistirão em todo o direito criminal, momento em que o movimento de enfraquecimento da severidade das penas cessará⁸⁵.

Mais uma vez, reforça a ideia sempre presente em sua obra, no sentido de não haver nenhuma razão para crer que a criminalidade humana deva regredir como regrediu a severidade das penas. Ao contrário: assevera Durkheim que a criminalidade se desenvolverá cada vez mais e que a lista de crimes irá aumentar, com a diferença de que alguns deles (os religiosos, ou de lesa-divindade) deixarão pouco a pouco de ser praticados⁸⁶.

Assim sendo, Durkheim reitera a todo momento a premissa de que jamais existirá um declínio do sistema repressivo, mas apenas a sua substituição de um sistema por outro à medida que a criminalidade vai se modificando qualitativa e quantitativamente, vindo sempre

⁸³ GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estudo de teoria social*. Madrid: Siglo XXI, 2006.

⁸⁴ DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale: année sociologique*. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

a nova criminalidade antes da alteração dos sistemas punitivos⁸⁷.

Dessa forma conclui que o direito penal se encontra em crise para todos os povos civilizados, sendo chegado o momento em que as instituições penais do passado somente sobrevivem pela força do hábito, enquanto não nascerem outras instituições capazes de trazer uma melhor resposta às aspirações da consciência moral⁸⁸ e, ainda, às dinâmicas da nova criminalidade que emerge a todo momento da vida em sociedade.

Durkheim, ao fim, chega a duas conclusões paralelas: uma relativa ao papel evolutivo que a criminalidade incorpora, discussão que permeia esse trabalho, não no aspecto da evolução da moral, mas sim no aspecto do desenvolvimento das relações internacionais, da criação de uma ordem internacional e do aperfeiçoamento dos aparelhos punitivos; e outra atinente à perenidade dos castigos e à necessidade da evolução das instituições que o impõem⁸⁹.

A comprovação da assertiva de que a criminalidade é perene, pelo menos no que se refere ao passado, mas que também serve como perspectiva futura, é justamente a longínqua existência do direito penal.

Comprovam essa assertiva André Laingui e Arlette Lebigre⁹⁰, ao esclarecerem que o campo de ação do legislador penal existe desde sempre por uma razão muito simples: o fenômeno do crime é constante, independente das vicissitudes políticas, ocorrendo independentemente da existência de um poder capaz de punir.

Também Franz von Liszt⁹¹, ao afirmar que o direito comparado demonstra que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da vida do homem em sociedade. Em todos os períodos, mesmos nos mais remotos a que possa chegar a história, em todas as tribos, mesmo na mais bruta ou degenerada, encontramos a pena como um *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*⁹², como uma invasão na vontade e na atividade do indivíduo que contrariou a vontade e a atividade de outrem e porque as contrariou. Por essa razão, entende que se está autorizado a considerar a pena como um fato histórico primário, sendo que se se considera o direito penal como a camada primária na história da evolução do direito, não se pode esquecer de considerar o delito como a alavanca do direito bem como da moral.

⁸⁷ « Il n'y a donc pas en réalité un fléchissement général de tout le système répressif ; seul, un système particulier fléchit, mais il est remplacé par un autre qui, tout en étant moins violent et moins dur, ne laisse pas d'avoir ses sévérités propres et n'est nullement destiné à une décadence ininterrompue. » DURKHEIM, Émile. *Deux lois de l'évolution pénale*: année sociologique. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4, p. 33.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ LAINGUI, André; LEGIBRE, Arlette. *Histoire du droit penal*. Paris: Cujas, [1979]. p. 5-19.

⁹¹ LIZT, Franz von. *Traité de droit penal allemand*. Traduit par M. René Lobstein. Paris: V. Giard : E. Briere, 1911. t. 1, p. 5-6.

⁹² Paixão do mal infligida pelo mal de uma ação.

Tanto o crime sempre esteve presente nas sociedades que os primeiros traços de direito escrito comportam proibições e sanções, ou mesmo reparações ligadas a essas proibições. A isso se acrescenta que o direito penal se constitui no esteio fundador das regras sociais de um grupo e, por consequência, de certas tradições que representam o aspecto mais essencial do direito. A necessidade do direito penal cresce na proporção em que a solidariedade entre os membros de um determinado grupo se reforça e que a sociedade que eles formam se organiza e se harmoniza em torno de interesses comuns. Por isso a própria história do direito penal consiste em um indicador da história das civilizações, das instituições políticas e sua evolução⁹³.

Existente em toda a história humana, interessa aqui muito mais a premissa de perenidade da existência do crime do que o seu atributo de normalidade ou patologia. Se o crime se faz presente em todas as sociedades, desde as menos evoluídas até as mais desenvolvidas, e se parto do pressuposto de que sua ocorrência é perene, a consequência daí advinda é justamente a necessidade de se pensar a justiça penal também em uma perspectiva futura, sob a suposição de que as transgressões humanas resistirão aos transcurso do tempo e da própria evolução das sociedades.

Tal suposição é feita aqui com base em digressões, no sentido proposto também por Franz von Liszt⁹⁴, segundo o qual a história da evolução do direito penal por meio das legislações dos povos mais diferentes apresenta características comuns, razão pela qual um estudo do direito comparado mostra que a evolução do direito penal se deu em todos os lugares, podendo, portanto, nos indicar a direção de uma transformação viável do direito penal que se pode esperar para o futuro.

Esse ponto de partida é possível porquanto as modificações dos padrões de criminalidade e dos valores sociais foram determinantes para a alteração dos sistemas punitivos, permitindo concluir que as modificações que hoje estão ocorrendo nesses padrões serão também determinantes para a construção de uma justiça penal que corresponda a uma resposta possível.

Assim, as sociedades primitivas eram principalmente submetidas ao regime da justiça privada, em que a vingança ou a sanção eram legitimamente exercidas pelo grupo a que pertencia a vítima. A responsabilidade era também coletiva. Progressivamente foram sendo impostas certas alternativas à vingança, como a composição voluntária ou limitações à justiça privada (como a Lei de Talião) e posteriormente, em nome da pacificação das relações

⁹³ FOUCHARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014. p. 34-35.

⁹⁴ LIZT, Franz von. *Traité de droit penal allemand*. Traduit par M. René Lobstein. Paris: V. Giard : E. Briere, 1911. t. 1, p. 5.

individuais, o soberano foi chamando para si a responsabilidade de punir.

Pouco a pouco, sempre presente a criminalidade, passou-se da anarquia ligada à vingança privada à institucionalização e à centralização da justiça, chegando o direito de punir a se constituir hoje em um dos domínios mais expressivos da soberania do Estado, o que agora se modifica frente às mudanças no cenário internacional, permitindo antever um sistema penal latente que emerge dos fatos sociais e que não mais se restringe à imposição da pena pelos Estados, não mais tão soberanos como outrora.

Com relação à necessidade de evolução das instituições encarregadas da imposição dos castigos, antes de tecer qualquer análise sobre as perspectivas de mudança da justiça penal internacional, perspectivas essas que partem da perenidade do crime e de suas transmutações, necessário primeiro alguma atenção ao pensamento kantiano acerca das transgressões humanas, no aspecto em que analisa a sociabilidade insociável dos seres humanos e seu papel na evolução social, bem como a forma como essas transgressões serão capazes de impulsionar o desenvolvimento da sociedade em direção à aproximação dos Estados, no sentido de unirem esforços e criarem mecanismos internacionais e transnacionais de contenção da criminalidade.

1.2 O Pressuposto Filosófico: A Concepção de Immanuel Kant

“Os meios que a natureza emprega a fim de permitir o desenvolvimento de todas as predisposições dos seres humanos é o antagonismo das mesmas na sociedade, na medida em que este antagonismo acaba se tornando a causa de uma organização da sociedade regida pelo direito”⁹⁵.

Esclarecido o pressuposto sociológico, em especial a premissa de que a criminalidade possui uma constância na história da humanidade e que assim deve se manter, bem como de que as penas são uma resposta à consciência coletiva e de que as instituições penais devem responder às novas formas de criminalidade, analisarei nas próximas linhas a premissa de cunho filosófico, baseada na construção feita por Immanuel Kant em seus escritos de filosofia política e de filosofia da história.

Se por um lado Durkheim entende que o crime é um fato social perene, Kant tinha entendimento semelhante, mas com uma visão muito particular sobre o papel das transgressões, compreendendo-as como elemento necessário à evolução da humanidade e das instituições e como mecanismo hábil a possibilitar o desenvolvimento de uma ordem

⁹⁵ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 24.

cosmopolita.

No estudo desse pressuposto filosófico, buscarei esclarecer primeiramente de que maneira Kant percebe essa função das transgressões humanas, especialmente a partir do estudo de seu opúsculo *Ideia de uma história universal com propósito cosmopolita*, além da utilização de outros textos que auxiliam na compreensão de seu pensamento.

Também em opúsculos a propósito da filosofia da história, tais como o texto *Se o gênero humano encontra-se em constante progresso para melhor*, Kant expõe sua visão otimista acerca do progresso da humanidade, embora se utilize de fatos aparentemente negativos (como as guerras) para explicar essa constante evolução. Esse seu pensamento fica bastante claro em textos como *Provável início da história humana* e sobretudo em *À Paz Perpétua*.

Especialmente em *Ideia*, Kant formula nove proposições a fim de explicar de que maneira a sociedade chegará ao seu ápice até a criação de uma ordem cosmopolita, identificando no rompimento das regras sociais um papel fundamental para esse desenvolvimento.

Seu ideal de formulação de uma ordem cosmopolita resta também muito presente em escritos como *Que benefícios ocasionará ao gênero humano o progresso para melhor?*, além da própria obra *À Paz Perpétua*.

Aqui é preciso contextualizar o legado de Kant no passado e no futuro, especialmente em relação à principal de suas obras de filosofia política: *À Paz Perpétua. Um esboço filosófico*. Escrita no contexto da Revolução Francesa, no momento em que França e Prússia celebram a Paz da Basiléia (1795), oportunidade em que esta se obriga a não mais se imiscuir nas questões internas daquela, Kant analisa o direito das gentes, àquela época muito relacionado aos tratados de paz.

Passados dois séculos de sua publicação, muitos estudos o revisitaram, mostrando a relevância contemporânea do texto, ao afirmar que uma ordem pacífica só poderia advir de um estágio mais evoluído da sociedade internacional regida por um direito cosmopolita que substitua o direito das gentes⁹⁶.

Em uma mesma tentativa de visitar sua obra, muito embora Kant não desenvolva uma teoria aplicada ao crime e quando se refira às transgressões volte-se muito mais para a compreensão das guerras, buscarei aplicar sua ideia do sentido de transgressão à criminalidade e a função que a mesma possui no desenvolvimento e aprimoramento dos aparatos punitivos estatais e internacionais.

⁹⁶ NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 153.

Como sequência ao estudo da filosofia kantiana, abordarei mais detidamente a obra *À Paz Perpétua* e os conceitos formulados sobre *jus gentium* e *jus cosmopolitanum*, segundo ele os dois últimos estágios evolutivos da sociedade internacional.

Tal compreensão será de fundamental importância uma vez que identifico na cooperação penal internacional traços da ideia kantiana de *jus gentium* e que nas jurisdições penais internacionais percebo a possibilidade de identificação de uma comunidade de valores pertencentes à sociedade internacional, tal como pugnado por Kant na concepção de *jus cosmopolitanum*.

Os conceitos de *jus gentium* e *jus cosmopolitanum* são, portanto, particularmente importantes para a segunda parte desse trabalho, em que a cooperação penal internacional será comparada aqui ao *jus gentium* kantiano e a jurisdição penal internacional será tratada como um ensaio do que Kant esboçou como *jus cosmopolitanum*.

1.2.1 As Transgressões na Abordagem Kantiana

Para compreender a filosofia da história kantiana, é preciso analisar de que maneira é percebida por Kant a evolução da sociedade, a partir do progresso do gênero humano, mediante conceitos tomados a partir da racionalidade *a priori*, em razão de disposições contidas em características dos seres humanos como a racionalidade, a tendência à transgressão e a liberdade, compreendida como sendo a capacidade de fazer escolhas livres a partir da própria razão de que são dotados os indivíduos.

Trata-se de conceitos que partem da filosofia moral kantiana, aplicados posteriormente em seus escritos de filosofia política e de filosofia da história.

No opúsculo *Se o gênero humano encontra-se em constante progresso para melhor*⁹⁷, Kant ressalta que a história da humanidade, a princípio, poderia ser analisada sob três concepções distintas: a concepção terrorista, segundo a qual o gênero humano achar-se-ia em contínuo retrocesso para pior; a concepção eudemonista, ou quiliásmica, que pugna estar a humanidade em constante progresso, mas em um horizonte muito distante; e a concepção abeterista, pela qual o gênero humano estaria estagnado, pela fundição entre mal e bem, um neutralizando o outro, dando lugar à inércia, como no mito de Sísifo.

Após analisá-las, Kant refuta as três concepções, inclusive a segunda, quer por entender que o progresso da humanidade não se encontra em um horizonte distante, mas por

⁹⁷ KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012.

ser presente e contínuo, quer por afirmar que esse progresso não advém de um aumento na parcela de bem sobre o mal, mas sim em virtude de um plano da Natureza⁹⁸, conclusão essa a que chega por vaticínio⁹⁹.

Em diversas passagens de sua obra, Kant afirma sua certeza no progresso da humanidade, progresso esse que segundo ele deve ser analisado sob a ótica do gênero humano, no seu conjunto, na sua totalidade, e não na espécie.

Nesse mesmo texto citado, em seu item 5, intitulado *A história profética do gênero humano tem, não obstante, que começar com algum tipo de experiência*, Kant afirma que na espécie humana deve haver alguma experiência que indique sua índole e sua capacidade para ser causa de um progresso para melhor, entendendo ainda que esse progresso deve ser obra de um ser dotado de liberdade. Kant conclui que o progresso da humanidade para melhor é um *corolário inexorável*, identificando na natureza um fato a indicar, de modo intemporal, a existência de uma causa e a ação de uma causalidade no gênero humano¹⁰⁰.

Importante ressaltar que Kant faz depender esse progresso do gênero humano, a quem atribui as ideias de racionalidade e liberdade, conceitos esses bem conhecidos em sua filosofia da moral e cunhados em obras anteriores, como *A Crítica da Razão Pura*, *A Crítica da Razão Prática* e *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

O conceito de liberdade em Kant advém de leis que derivam da pura razão, as quais tem como produto a eleição das escolhas, originadas de princípios que não possuem qualquer relação com condições empíricas. Portanto, a liberdade kantiana nada mais é do que a demonstração de uma vontade pura do homem, da qual nascem as leis morais (que permitem a evolução), conceito racional puro a que se chega pelo uso prático da razão para determinação das escolhas¹⁰¹.

A partir dessa proposição, Kant passa a fazer suas primeiras considerações acerca do *jus civitas*, propondo que a garantia para o progresso é o direito de todos os povos de não serem impedidos de promulgar uma constituição civil de forma republicana, o que

⁹⁸ Para Kant, a expressão Natureza possui um significado específico. Explica Jean-Marie Vaysse que para Kant natureza “é o mundo considerado como um todo dinâmico heterogêneo, que repousa na unidade da existência dos fenômenos. Cumpre então distinguir a natureza formal, que é o sistema de regras que fundamenta a unidade do objeto da experiência, da natureza material, que é o conjunto das coisas que podem ser objeto de nossos sentimentos e da experiência”. VAYSSE, Jean-Marie. *Vocabulário de Immanuel Kant*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 52.

⁹⁹ KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012. p. 66.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 72.

¹⁰¹ Para Kant, O uso da razão pura é determinante para a criação das leis de liberdade para determinação de escolhas, independentes de quaisquer condições empíricas, na qual conceitos e leis morais possuem a sua fonte.

posteriormente, em *À Paz Perpétua*¹⁰², impõe como requisito primeiro para a construção de uma ordem jurídica mundial sem guerras ou transgressões.

Muito embora Kant tenha o entendimento no sentido de que a humanidade encontra-se em constante progresso para melhor, para ele, assim como para Durkheim, também a transgressão faz parte da natureza humana e ambas as proposições, aparentemente contraditórias, em realidade se complementam.

Essa sua concepção torna-se bastante clara quando se refere à *sociabilidade insociável dos homens*, por ocasião das assertivas que lança no opúsculo *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, escrito em 1784.

O entendimento de que a humanidade encontra-se em constante processo evolutivo e de que a transgressão é natural aos seres humanos perde sua aparente contradição a partir do momento em que Kant analisa as violações humanas sob um ponto de vista otimista ao longo de toda a sua obra.

Particularmente em *Ideia*, Kant expõe sua concepção segundo a qual a natureza tem um propósito para a humanidade, e qualquer que seja a liberdade da vontade dos seres humanos, as suas manifestações são determinadas segundo suas leis gerais, que permitem identificar na história a existência de um curso regular, que estaria levando à evolução. Sustenta, por meio de nove proposições, que a natureza dotou os homens [e as mulheres] de forma que todos os seus atributos possam ser desenvolvidos por completo, não tendo sido perdulária em atribuir-lhe a faculdade do uso da razão, razão essa que na espécie (e não no indivíduo) deve desenvolver-se integralmente. Foi justamente por isso que a natureza dotou os homens [e as mulheres] de uma vida finita, a fim de que o gênero humano se desenvolva ao longo de uma série de gerações¹⁰³.

Para Kant, as dificuldades impostas aos seres humanos são propositais e é justamente como instrumento de evolução que a natureza atribuiu a eles a sociabilidade insociável, que define da seguinte forma:

O homem tem uma inclinação para entrar em sociedade, porque em semelhante estado se sente mais como homem, isto é, sente o desenvolvimento das suas proposições naturais. Mas tem também uma grande propensão a *isolar-se*, porque depara ao mesmo tempo em si com a propriedade insocial de querer dispor de tudo ao seu gosto e, por conseguinte, espera resistência de todos os lados, tal como sabe por si mesmo que, da sua parte, sente inclinação para exercitar a resistência contra os outros¹⁰⁴. (grifo do autor).

¹⁰² KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid., p. 24.

Essa característica da insociabilidade tem como propósito fazer com que os seres humanos exerçam a todo tempo o rompimento das normas, que Kant denomina *constituição civil*, para que essa mesma sociedade encontre mecanismos de superação desses rompimentos e, com isso, evolua constantemente. É sob esse aspecto que Kant compreende as transgressões como positivas e necessárias. Como afirma Hannah Arendt, para Kant “a discórdia é um fator tão importante no desígnio da natureza que, sem ela, nenhum progresso pode ser imaginado, e sem o progresso nenhuma harmonia final poderia ser produzida”¹⁰⁵.

Essa premissa fica clara ao final da quarta proposição do opúsculo *Ideia de uma justiça universal com propósito cosmopolita*, em que Kant afirma que o “homem quer viver comodamente, mas a natureza sabe que ele deve sair da indolência. As fontes da resistência geral de que brotam tantos males, mas que impele novos desenvolvimentos, revelam um sábio criador, e não a mão de um espírito mau”¹⁰⁶.

Prossegue Kant, na quinta proposição, afirmando que o maior problema do gênero humano é a consecução de uma sociedade civil que administre o direito em geral. Afirma que a essa solução a Natureza o força, posto que o antagonismo universal dos membros da sociedade os obriga a entrar em um estado de coação diante da impossibilidade de viverem em absoluta liberdade selvagem. Trata-se esse estado de coação da saída dos seres humanos do estado de natureza. Kant vê essa fase de evolução humana como sendo a inauguração da constituição civil, a que denomina *cercas*. Na obra *À Paz Perpétua*, Kant denominará esse estágio evolutivo de *jus civitas*¹⁰⁷.

Conforme afirma na sexta proposição, o “homem é um animal que, quando vive entre os seus congêneres, precisa de um senhor”¹⁰⁸. Abusando de sua liberdade, necessita de uma lei que lhe imponha limites, bem como de um senhor que lhe quebrante a própria vontade, senhor esse que pertence também ao gênero humano e que também carece de um senhor. Assim, conclui Kant a tendência premente de que sempre existe a latência de rompimento das regras no curso do mundo.

Da mesma forma, não basta a existência de uma constituição civil perfeita dentro de cada Estado, havendo necessidade de um bom relacionamento externo entre os Estados. Afirma Kant, na sétima proposição, que a mesma insociabilidade que obrigou os indivíduos a estabelecer uma comunidade é novamente a causa para que cada comunidade se encontre

¹⁰⁵ ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. p. 68.

¹⁰⁶ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 25.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid., p. 27.

numa relação exterior, de um Estado em relação a outro, primeiramente em uma liberdade irrestrita, mas posteriormente com a necessidade do surgimento de limitações dessa liberdade nas relações entre os Estados¹⁰⁹.

Kant identifica essa fase de evolução das sociedades como um novo antagonismo, afirmando que a Natureza utilizou mais uma vez a incompatibilidade dos homens, das grandes sociedades e dos corpos estatais, inclusive por meio das guerras e do armamento excessivo, até o esgotamento interno geral de suas forças, obrigando-os a regrarem suas relações. Denomina esse estágio evolutivo de saída dos Estados do estado de natureza.

É nessa sétima proposição que Kant afirma que todas as guerras nada mais são que um propósito da Natureza de provocar novas relações entre os Estados e, mediante a destruição e o fracionamento, formar novos entes, novas constituições civis no plano interno e novos acordos no plano externo, identificando nesse fluxo que a Natureza persegue um curso regular, conduzindo a espécie humana de um estágio inferior (o da animalidade) até um nível máximo (o da humanidade).

Considera a história humana, no seu conjunto, como a execução de um plano oculto da Natureza, que tem por finalidade desenvolver todas as disposições da humanidade, a partir de uma constituição estatal internamente perfeita e também perfeita externamente. Trata-se da oitava proposição que, para Kant, exigirá um tempo muito longo antes de se fechar, desde a pequena parte que a humanidade já percorreu¹¹⁰.

Assevera que “a própria guerra se tornará pouco a pouco não só um empreendimento artificioso, incerto quanto ao desenlace para ambos os lados, mas também em virtude das consequências dolorosas que o Estado sente na sempre crescente dívida [...] cuja amortização é imprevisível”¹¹¹.

É ao final da oitava proposição que manifesta a esperança de que, após muitas revoluções transformadoras, realizar-se-á o propósito supremo da Natureza, a que denomina Estado de *cidadania mundial*¹¹², entendido como aquele em que deverão se desenvolver todas as disposições originárias do gênero humano.

Conclui com a nona proposição confirmando a ideia de que a história mundial transcorre segundo um plano da Natureza, que possui um fio condutor que prepara para as futuras mudanças políticas.

¹⁰⁹ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid., p. 34

¹¹² Ibid., p. 35.

Kant tem, ainda, o que ele mesmo denomina *vista consoladora do futuro*, afirmando que os Estados entre si se encontram em estado de natureza, ao qual devem renunciar (em razão da mesma necessidade que levou os humanos individualmente a renunciarem a esse estado de natureza e entrarem no estado de coação, ou *cercas*), saindo da desordenada situação das relações estatais em busca de uma grande federação ou de um estado de cidadania mundial¹¹³.

Posteriormente, em *À Paz Perpétua*, Kant modifica seu entendimento, pugnando pela necessidade não da criação de um estado de cidadania mundial, compreendido por ele mesmo como um equívoco, mas sim pela imperativa formação de uma federação de Estados livres, sem que haja um Estado senhor sobre todos os demais, o que seria o fim do gênero humano.

Trata-se efetivamente de uma imprecisão muito rapidamente corrigida na obra de Kant, por ele mesmo. Como afirma Arendt, qualquer que seja a forma que possa assumir um governo mundial centralizado, com monopólio do poder e sem controle por parte de outros órgãos, seria, além de *um pesadelo ameaçador de tirania*, também o “fim de toda vida política, tal como a conhecemos, porquanto os conceitos políticos se baseiam na pluralidade, diversidade e limitações mútuas”¹¹⁴.

Prossegue Arendt afirmando que o estabelecimento de um Estado soberano mundial, longe de ser o pré-requisito da cidadania mundial, seria o fim de qualquer cidadania. Seria não o clímax da política mundial, mas seu fim absolutamente literal¹¹⁵.

Transpostas essas premissas para as relações que se estabelecem entre os diferentes Estados no que tange à tarefa da prestação jurisdicional, a discussão torna-se capaz de permear muitas das reflexões que se fazem necessárias para se pensar o futuro da justiça penal, diante dos novos padrões de criminalidade surgidos, em virtude do incremento dos crimes transnacionais e de uma maior percepção tangenciada aos crimes internacionais ou às graves violações de direitos humanos, sobre os quais adiante discorrerei.

É nesse sentido que a análise histórica das transgressões humanas faz concluir que a todo tempo os mecanismos persecutórios são chamados a evoluir, de forma a conter, controlar ou minimizar os efeitos da insociabilidade humana. Com base nesse princípio, é possível também afirmar que esse é um dos motivos pelos quais o controle das novas formas de criminalidade é sempre superveniente às violações. Primeiro os seres humanos transgridem.

¹¹³ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹¹⁴ ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 90.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 90.

Posteriormente o sistema penal age. Quando os ilícitos são inéditos, exige-se uma reorganização dos sistemas punitivos, geralmente por força de mudanças dos cenários, sejam eles de natureza social, política ou econômica.

São as transgressões que fazem o direito penal (interno ou internacional) evoluir, e sair do que Kant chama de menoridade, para encontrar o iluminismo¹¹⁶, para encontrar em si mesmo as possibilidades de resolução para novos desafios, ou novos paradigmas.

Como afirmou Sérgio Vieira de Mello¹¹⁷, o paradoxo da insociável sociabilidade é o que irá permitir a realização do desígnio supremo da humanidade. Segundo ele, o direito nacional e internacional é o reflexo deste longo caminhar da humanidade em direção a um projeto comum.

No opúsculo *À Paz Perpétua*, um projeto filosófico, Kant faz a seguinte afirmação, ao propor o suplemento primeiro – Da garantia da paz perpétua:

O que subministra essa garantia é nada menos que a grande artista, a Natureza (natura daedalarerum), de cujo curso mecânico transparece com evidência uma finalidade: através da discórdia dos homens, fazer surgir a harmonia, mesmo contra a sua vontade¹¹⁸.

Nesse sentido, Kant chega a afirmar que as guerras (que aqui podem ser lidas em sentido amplo como transgressões) são necessárias à evolução da humanidade e essa assertiva também aparece em diversas passagens de seus opúsculos.

Também em *Provável início da história humana*, ao discorrer sobre a inevitabilidade da evolução, como uma providência da Natureza, Kant afirma que “dado o nível cultural em que se encontra a raça humana, a guerra é o meio indispensável de trazer progresso à cultura”¹¹⁹.

Nesse aspecto é que o papel evolutivo da insociabilidade dos seres humanis pode ser transposto aos delitos, levando-os a sair do que o filósofo denominou indolência, a fim de tentar encontrar formas de superação dos modelos de justiça existentes, cujo padrão é hoje ancorado em uma perspectiva estadocêntrica, não mais capaz de resolver questões como a transnacionalização dos delitos ou a prática de crimes que lesam a humanidade como um todo, por isso denominados crimes internacionais.

Assim, é possível tecer-se considerações sobre até que ponto a evolução da criminalidade pode ser vista como um propósito da Natureza, no aspecto em que força a

¹¹⁶ KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad.: Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012.

¹¹⁷ MARCOVITCH, Jacques. *Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 42-43.

¹¹⁸ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 151.

¹¹⁹ KANT, op. cit., p. 61.

humanidade a desenvolver e aperfeiçoar um direito de corte cosmopolita, no qual se inclui a cooperação penal internacional para crimes transnacionais e a construção de uma sólida jurisdição internacional para as violações de direitos que representam bens comuns da humanidade, tudo isso na perspectiva kantiana da necessidade de o gênero humano sair do estado caótico das relações estatais, ou de seu estado de natureza, com a possibilidade de se desenvolver um espaço público mundial capaz de solucionar as questões de alcance global que não podem ser resolvidas no âmbito do Estado-nação.

Discorrendo sobre *Que benefícios ocasionará ao gênero humano o progresso para melhor?*, Kant afirmou:

Pouco a pouco diminuirá a violência exercida por parte dos poderosos e prevalecerá o acato às leis. Em parte, por decoro e, em parte, também por causa de um interesse próprio, aos poucos surgirá mais beneficência, um pouco menos de pendência nos litígios, uma maior confiança na palavra dada, etc., dentro da comunidade e **isto acabará por se estender às relações interestatais dos povos até chegar à sociedade cosmopolita**, sem que com isso seja preciso aumentar no mínimo a base moral do gênero humano, para o qual seria indispensável uma espécie de nova criação (uma influência sobrenatural)¹²⁰. (grifo nosso).

Prossegue afirmando que essa evolução se dará quando os indivíduos perceberem a necessidade de humanizar as guerras, maior obstáculo para a moralidade, que pouco a pouco se tornarão fenômenos menos frequentes, abrindo caminho para uma constituição que seja um esteio para esse progresso¹²¹.

Se por um lado não se profetizou a assertiva kantiana quando disse que as guerras se tornariam fenômenos menos frequentes, é bem verdade que talvez porque a história humana ainda tenha uma amostragem muito curta em relação à sua perspectiva, por outro lado o século XX foi profícuo no desenvolvimento do direito humanitário, cujo principal objetivo foi e continua sendo humanizar o desumano, inserindo regras mínimas no direito da guerra.

Disse ainda Kant que quando os Estados passarem a um estágio de maior desenvolvimento das suas relações internacionais, ou seja, quando saírem do que denomina estado de natureza e criarem nas suas relações a mesma *constituição civil* que para eles criaram ao saírem desse estado de natureza, em direção a uma nova perspectiva capaz de reger esse novo paradigma.

Após a edificação de uma primeira ordem, identificada como *jus civitas*, o caminho para a evolução deverá passar por dois estágios evolutivos, por Kant denominados *jus*

¹²⁰ KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012. p. 81.

¹²¹ *Ibid.*, p. 83.

gentium e *jus cosmopolitanum*, que aqui identifico como fases pelas quais deverá passar o direito penal a fim de conter duas modalidades novas e distintas de criminalidade, respectivamente: os crimes transnacionais e os crimes internacionais.

1.2.2 O *jus gentium* e o *jus cosmopolitanum* Segundo Kant

O surgimento e posterior fortalecimento da sociedade cosmopolita é melhor explicitado por Kant na obra *À Paz Perpétua*, oportunidade em que tece os conceitos de *jus civitas*, *jus gentium* e *jus cosmopolitanum*, trazendo-os como requisitos para a edificação de um estado duradouro de concórdia entre os povos.

Como afirmou Mello, trata-se de obra em que Kant lançou as bases do direito positivo da paz, futuro gérmen do direito internacional, não se limitando elaborar uma filosofia do cosmopolitismo, mas propondo-se a criar “o esboço de um verdadeiro edifício conceitual e de uma estrutura empírica capazes de superar contingência e conflito e instaurar relações de confiança e cooperação entre as nações”¹²².

Para chegar a esses conceitos, Kant traça os requisitos preliminares para a paz perpétua, conceituando-os como leis objetivas e proibitivas, sem as quais não se pode começar a falar em evolução.

Primeiramente, afirma que não é válido um tratado de paz em que haja reservas que possibilitem o início de uma nova guerra e que nenhum Estado poderá ser adquirido por outro, já que o Estado não é um patrimônio, mas uma sociedade de pessoas, caso em que esse processo seria contraditório ao contrato originário.

Como requisito preliminar à paz perpétua, ressalta a necessidade de desaparecimento gradativo dos exércitos permanentes, posto que são uma ameaça constante de guerra em relação a outros Estados e induzem a uma competição armamentista entre eles. Aconselha, ainda, os Estados a não contraírem dívidas, já que o Estado credor torna-se potência financeira que encerra perigos.

Da mesma forma, sustenta que um Estado não pode ter ingerência, por meio da força, sobre o governo e a constituição de outro Estado, pois a intromissão de uma potência estrangeira constitui-se em lesão aos direitos dos povos livres, situação que Kant qualifica como *escândalo* que coloca em perigo a autonomia dos demais Estados.

Em caso de existência de uma guerra, o que considera possível, pois, a seu ver, os

¹²² MELLO, Sérgio Vieira de. História filosófica e história real: atualidade do pensamento político de Kant. In: MARCOVITCH, Jacques. *Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 46-47.

Estados ainda não saíram totalmente do estado de natureza que mantêm entre si, entende que mesmo se tratando de uma situação extrema, não se pode permitir o uso de meios insidiosos¹²³ que sejam capazes de impossibilitar a paz no futuro, devendo ser preservado um mínimo de confiança entre os inimigos. Refere, assim, que a guerra é um meio necessário ao estado de natureza, mas que a guerra de extermínio seria a aniquilação total do direito, de forma a impossibilitar a paz perpétua.

Posteriormente, como primeiro artigo definitivo para a paz perpétua, Kant propõe a necessidade de fortalecimento de um *jus civitas*, atinente ao direito interno dos Estados soberanos, cuja primeira exigência é de que possuam uma Constituição republicana, sustentada pela separação de poderes.

Para Kant, o *jus civitas*, primeiro estágio evolutivo da humanidade, consiste na saída dos seres humanos do estado de natureza e da formalização de um direito político sob a forma de um estado civil, ou de uma constituição civil, que deve ter a forma republicana¹²⁴. No opúsculo *Ideia de uma história universal com propósito cosmopolita*, Kant denominava essas regras de *cercas*, referindo-se às leis que iriam limitar o estado de liberdade absoluta de que eram dotados os homens [e as mulheres] inicialmente, nos primórdios da civilização.

A saída dos seres humanos do estado de natureza se deu quando esses abriram mão de sua liberdade plena em que reinava a desordem em troca da existência de regras, por ele denominadas constituição civil.

Kant diferencia a constituição republicana da constituição despótica, afirmando que republicanismo relaciona-se com a separação entre o Poder Executivo (identificado como governo) e o Poder Legislativo, sendo que o despotismo caracteriza-se pelo governo amparado em leis promulgadas pelo próprio governante. Para Kant, portanto, o que diferencia um governo republicano de um governo despótico é exatamente a separação de poderes¹²⁵.

O segundo artigo definitivo para a paz perpétua diz respeito à necessidade de

¹²³ Refere-se ao emprego de *percussores* (assassinos), *venefici* (envenenadores) e ao *perduellio* (excitação à traição).

¹²⁴ Kant fundamenta sua assertiva justificando que na “constituição republicana deve haver necessariamente o consentimento dos cidadãos para declarar a guerra. Nada mais natural, portanto, do que, já que eles devem sofrer as consequências da guerra: os combates, as despesas, a devastação, o peso desolador da dívida pública, que passa para os tempos de paz; que pensem muito e vacilem antes de se lançarem a um jogo tão arriscado. Por outro lado, numa constituição em que o súdito não é cidadão, numa constituição não republicana, a guerra é a coisa mais simples do mundo. O chefe de Estado não é um concidadão, mas um senhor; a guerra não perturba nada no seu sistema de vida faustosa, que passa em banquetes, caçadas e nas estadias em castelos acolhedores. A guerra, para ele, é uma espécie de diversão; pode declará-la pelos mais leves motivos, ordenando imediatamente que o corpo diplomático – sempre tão bem disposto – cubra as aparências e encontre uma justificação plausível.” KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua*. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010. p. 43.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1984. p. 141.

desenvolvimento das relações estatais (a saída dos Estados do estado de natureza) e à premência do desenvolvimento de uma federação de Estados livres capaz de retirar os Estados do que considera ser o contexto caótico das relações estatais, amparadas que são ainda no princípio da soberania. É essa proposição que vai servir de esteio à proposta presente de analisar um dos novos rumos da justiça penal, consistente na mudança de paradigma para a persecução dos delitos transnacionais, que deve encontrar suporte na ideia de cooperação mútua entre os Estados, que se viabiliza por meio da cooperação penal internacional.

Kant elabora os preceitos do direito das gentes (*jus gentium*), ou as regras que devem reger os Estados nas relações que estabelecem entre si. Diz que os Estados devem sair do estado de natureza e para isso devem formar uma constituição semelhante à constituição política, porém em um outro plano, de forma capaz a reger suas relações e formar o que denomina *sociedade de nações*, diverso de um Estado de nações, porquanto os Estados não deverão fundir-se num só. A essa composição denomina federação de Estados livres.

Nesse último aspecto, Kant revê sua posição anterior, de quando escreveu *Ideia de uma justiça universal com propósito cosmopolita*, em que afirmava, na sexta proposição, que o homem precisa de um senhor e, na oitava proposição, ao afirmar que no futuro existiria a formação de um grande corpo político, superior a todos os outros¹²⁶.

Compara o contexto dos Estados que não se relacionam à situação dos selvagens, que preferem a liberdade sem lei e a luta contínua a submeterem-se a uma força que viria em seu proveito, razão pela qual considera sua conduta desprezível e inculta. Por isso prega que também os povos civilizados, dentro dos Estados, devem sair dessa situação de estado de natureza.

Kant defende que uma garantia para a conquista da paz seria os Estados passarem a se submeter a regras que lhe são exteriores, a regerem suas relações e não mais permitirem seu isolamento no trato de questões que são comuns à comunidade internacional ou que são de interesse de mais de um Estado¹²⁷.

Sustenta que considerando que os Estados já possuem uma constituição civil interna, não se submetem à pressão de outros Estados e às suas próprias concepções do direito, o que não é garantia nenhuma à paz, já que o recurso à guerra é sempre latente, a não ser que haja um pacto entre os povos – o que denomina federação da paz (*foedus pacificum*), que seria distinta de um mero tratado de paz (*pactum pacis*), esse caracterizado pela provisoriidade. Haveria, nesse caso, uma relação de coordenação, e não de subordinação, com vistas a

¹²⁶ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹²⁷ Ibid.

assegurar a liberdade de todos os Estados¹²⁸.

Assim afirma Kant:

Esta federação não se propõe adquirir nenhum poder próprio de Estado, mas simplesmente manter e assegurar a liberdade de um Estado em si mesmo, e também a dos demais estados federados, sem que estes por isso tenham de submeter-se – como os indivíduos em estado de natureza, a leis políticas e a uma coação legal. A possibilidade de levar a termo esta ideia – sua objetiva realidade -, de uma federação que distenda pouco a pouco todos os Estados e conduza, em último termo, à paz perpétua, é suscetível de demonstração, podendo ser ampliada. Se o destino consente que um povo poderoso e ilustrado se constitua em uma república, que por uma tendência natural há de inclinar-se para a ideia de paz perpétua, será esse povo um centro possível de união federativa de outros estados, que se reunirão com ele para afirmar a paz entre si, de acordo com a ideia do direito das gentes, e a federação, pouco a pouco, se distenderá mediante adesões idênticas, até conglobar em si todos os povos¹²⁹.

Refere que o direito das gentes seria incompatível com um direito à guerra e sustenta que o único meio de que dispõem os Estados para sair da situação anárquica que ampara a existência de guerras é justamente sacrificar a sua liberdade, ainda em estado selvagem, de modo a possibilitar a criação de leis públicas coercitivas que constituam um *Estado de nações* (ou *civitas gentium*) de forma a progressivamente abarcar todos os povos. Refuta aqui a ideia de criação de uma *república universal*, contrapondo a necessidade de criação de uma *federação de povos*¹³⁰.

Segundo Soraya Nour, o direito das gentes descrito por Kant possui quatro elementos, quais sejam: a ausência de relações jurídicas nas relações que os Estados travam reciprocamente; a existência de um estado de guerra ou de um direito do mais forte, ainda que não haja guerra efetiva; a necessidade de criação de uma aliança entre os povos conforme a ideia de contrato social originário; e a impossibilidade de essa aliança conter um poder soberano, mas tão-somente uma associação ou federação que possa ser renovada de tempos em tempos¹³¹.

Como terceiro artigo definitivo para a paz perpétua, já em um subsequente estágio evolutivo das relações estatais, Kant entende ser necessário o desenvolvimento de um *jus cosmopolitanum*, baseado na existência do que denomina direito de hospitalidade universal amparado na assertiva de que todos os seres humanos possuem direito de serem respeitados em sua dignidade onde quer que se encontrem e independentemente da sua condição de nacionais de um determinado país¹³².

¹²⁸ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹²⁹ Id. *Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua*. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010. p. 53.

¹³⁰ Id. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

¹³¹ NOUR, Soraya. Os cosmopolitas: Kant e os “temas kantianos” em relações internacionais. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 17, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v25n1/v25n1a01.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹³² KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

Ressalta a hospitalidade universal como o direito (e não filantropia) que possui todo o estrangeiro a não ser tratado de forma hostil por encontrar-se em território alheio. Tratar-se-ia de um direito de apresentar-se na sociedade, fundado na posse comum da superfície terrestre, pertencente a todo e qualquer ser humano independentemente de sua nacionalidade.

Kant vê o direito à hospitalidade universal de forma incipiente, chegando a admitir a possibilidade de, no futuro, existirem relações pacíficas entre povos de forma a converterem-se em relações legais, que poderiam levar a raça humana a instaurar uma constituição cosmopolita. Refere-se, aqui, ao direito à cidadania mundial que deve ser elevado à categoria de direito público da humanidade.

Muito embora Kant tenha limitado a aceção de hospitalidade universal a um *código não escrito do direito político e do direito das gentes*, restringindo esse direito a um nível moral, o que se deve ao contexto da época em que formulou suas ideias, tal formulação é hoje ampliada, com ênfase em concepções como a de Jacques Derrida, que estendeu o conceito de hospitalidade universal, e que pode servir hoje quer como um dos esteios do direito internacional dos direitos humanos, ao colocar o indivíduo como sujeito de direito internacional, quer como amparo para a formulação de uma justiça penal internacional com competência para julgar crimes que lesem a humanidade como um todo¹³³, fundamento sobre o qual discorrei no segundo capítulo desse trabalho.

Kant ainda traz dois suplementos aos artigos definitivos, sendo um deles o que denomina *garantia da paz perpétua* e o outro denominado *artigo secreto para a paz perpétua*.

Como garantia da paz perpétua, Kant volta a afirmar que a natureza inseriu conflitos nas relações humanas com o objetivo de alcançar harmonia e concórdia¹³⁴ e dispôs as pessoas de modo a permitir a consecução desse fim.

As providências da natureza para o alcance desse objetivo teriam começado por colocar os seres humanos a viver em todas as partes do mundo, distribuindo-os, mesmo que por meio da guerra¹³⁵, em todos os lugares. Ainda, por meio da guerra, tornou imperativas as suas relações, obrigando-os a sair do que denomina primitivo estado de liberdade, fazendo

¹³³ DERRIDA, Jacques. De l'hospitalité – Fragments. *Ecartés d'Identité*, Grenoble, n. 84, p. 2-5, mars/juin. 1998. Disponível em: <http://www.revues-plurielles.org/_uploads/pdf/6_84_2.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014.

¹³⁴ Kant refere-se a essa força da natureza como *Destino*, ou *Providência*, que seria uma finalidade que rege o curso do mundo em direção ao “último objetivo da humanidade, predeterminando a marcha do Universo”. KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua*. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010. p. 67.

¹³⁵ “A natureza utiliza a guerra como um meio para povoar inteiramente a terra. A guerra, por sua vez, não necessita de motivos e impulsos especiais, pois parece enxertada na natureza humana, sendo considerada pelo homem como algo nobre, que se anima e entusiasma para a honra, sem necessidade de interesses egoístas que o movam. [...]. Muitas guerras se fizeram com o desiderato exclusivo de mostrar esse valor”. *Ibid.*, p. 73.

com que se organizassem social e politicamente.

Indagando sobre como faz a natureza para alcançar esse fim (que a razão humana impõe ao homem como obrigação moral) ou quais as garantias que a natureza faculta ao homem para que, dentro de sua liberdade, seja naturalmente coagido a agir em direção a esse fim, responde Kant que, primeiramente, mesmo que um povo não quisesse se submeter às leis públicas, com o fito de evitar discórdias internas, teria que fazê-lo em virtude da potencialidade da guerra externa, pois sempre possui povos vizinhos, razão pela qual deve organizar-se de forma a se tornar um Estado e de se constituir o primeiro estágio de evolução consistente no direito político, por Kant denominado *jus civitas*.

Em um segundo momento, direcionado à consolidação do direito das gentes (*jus gentium*), Kant menciona a existência de diversos Estados, vizinhos e independentes, em uma situação potencialmente bélica ou conflituosa, que se soluciona pela existência de uma união federativa, e não pela anexação de todos os Estados por uma potência vencedora, situação essa que seria contrária ao propósito da natureza, que se serve da religião e da diferença entre os idiomas para manter os povos separados.

Diz Kant que essas diferenças entre os povos inicialmente fomentam os conflitos (as guerras), mas que progressivamente os seres humanos se aproximarão em virtude de objetivos comuns, referindo-se ao *aumento da cultura*¹³⁶. Dessa forma, ao mesmo tempo em que a natureza teria separado os povos, fazendo com que as pessoas povoassem toda a superfície da Terra, também desejou uni-las por meio do direito das gentes.

Por fim, como artigo secreto para a paz perpétua, Kant menciona a necessidade de os Estados passíveis de guerra estudarem as máximas dos filósofos.

Para Kant, em suma, resta imprescindível e também inevitável a evolução do gênero humano rumo a uma ordem de cunho cosmopolita, que deve ser acompanhada por um direito internacional fulcrado no indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, merecendo ser também pensada, contemporaneamente, na perspectiva de uma justiça penal não somente alicerçada nas jurisdições nacionais.

Como afirma Nour, Kant acrescentou uma terceira dimensão ao direito que até então se limitava ao direito estatal e ao direito das gentes: o direito cosmopolita. A partir dessa formulação, passou a considerar o indivíduo como membro de uma sociedade de dimensão mundial e concebeu um direito cuja validade começa a ultrapassar a ordem jurídica dos Estados nacionais, o

¹³⁶ KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua*. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010. p. 79.

que ora destaco como primeiro requisito para a edificação do conceito de crime internacional¹³⁷.

Kant defendeu, assim, a possibilidade de evolução da humanidade em direção a uma ordem cosmopolita, afirmando uma cidadania potencialmente universal, sob o pressuposto de que a instituição da paz não poderia ser feita a não ser quando acompanhada de um direito internacional capaz de criar uma ordem apta a pacificar o estado de guerra entre os Estados, e de criar um direito cosmopolita apto a reconhecer a dignidade da pessoa humana independentemente de qualquer condição.

Apesar de ter Kant mantido suas proposições relativas ao *jus cosmopolitanum* em um nível moral sem padrão coercitivo, sua proposta, amparada na forma de uma federação de povos, pugna pela expansão das estruturas institucionais para além do Estado-nação (com a necessidade de criação de governanças com competências não somente nacionais, mas também regionais e globais), amparando-se em um direito cosmopolita e na universalidade dos direitos humanos, o que possui vasta aplicação na seara do direito internacional penal, especialmente em matéria de crimes contra a humanidade.

Nesse sentido, o pensamento kantiano construído há mais de dois séculos possui uma atualidade singular.

Segundo Sharon Anderson-Gold¹³⁸, na emergência do século XX, vimos a proliferação de organizações designadas a dar significado prático ao ideal kantiano de comunidade internacional e dedicada à promoção dos direitos humanos. Ao mesmo tempo, presenciamos o surgimento do terrorismo e dos conflitos étnicos que ameaçaram a viabilidade dessas organizações e seu ideal de comunidade. Assim sendo, conflitos contemporâneos como políticas de limpeza étnica danificaram a frágil esperança de que os direitos humanos seriam universalmente reconhecidos e respeitados, porquanto na medida em que os conflitos aumentaram, de forma particularmente aguda, passou-se a questionar a natureza e a extensão das obrigações dos membros da comunidade internacional para a proteção desses direitos humanos e para a manutenção da paz.

Como afirma Anderson-Gold, graças ao legado de Kant, a ideia de universalidade dos direitos humanos é uma das mais proeminentes da retórica política contemporânea, de modo que a reivindicação de que certos direitos pertencem aos seres humanos em todos os lugares e tempos é suportada por não menos que um documento como a Declaração Universal dos

¹³⁷ NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹³⁸ ANDERSON-GOLD, Sharon. Crimes against humanity. A kantian perspective on international law. In: KNELLER, Jane; AXINN, Sidney (Org). *Autonomy and community: readings in contemporary kantian social philosophy*. New York: State University of New York, 1998. p. 103-117.

Direitos Humanos. Por essa razão, a prática de crimes contra a humanidade possui o condão de retirar dos indivíduos todo o seu *status* social e civil a permitir sua completa aniquilação¹³⁹.

Tais violações possuem um significado de denegação da moral pessoal e, portanto, da humanidade em seu sentido moral. Assim sendo, Estados de polícia que promovem crimes contra a humanidade, concordaria Kant, não se encontram sob proteção de qualquer regra de imunidade ou mesmo do corolário da não-interferência ou do princípio da autodeterminação dos povos diante do caráter de sobredeterminação de alguns princípios do direito internacional enquanto direito cosmopolita¹⁴⁰.

Por isso a importância de se transportar as ideias kantianas do direito das gentes e do direito cosmopolita para a perspectiva do controle da criminalidade transnacional e internacional porquanto a concepção de justiça fundada no Estado como monopolizador do poder de dizer o direito e do poder de punir não se coaduna com essa nova ordem.

Antes, no entanto, de analisar a aplicação dos ideais de *jus gentium* e *jus cosmopolitanum* na seara da justiça penal e de como a criminalidade contribui para esse caminhar da humanidade, farei um esboço histórico sobre de que maneira evoluiu, de um lado, a delinquência e, de outro, o sistema penal de justiça.

Esse arranjo mostra-se importante para demonstrar que a primeira (a criminalidade) está sempre à frente, impulsionando a segunda (a justiça penal), bem como para conjecturar perspectivas para a justiça penal que virá, em especial para crimes que não se limitam ao paradigma territorial, embora tendo presente que os crimes transnacionais e os crimes internacionais, sobre os quais me debruçarei, não são as únicas modalidades de delinquência que comportam esse padrão.

É preciso ter presente ainda a ideia de que se, por um lado, as transgressões continuarão existindo, por outro lado, os novos padrões criados, dentre tantos outros já existentes e outros que poderão surgir, não só permitirão mas também impulsionarão pouco a pouco a evolução dessa justiça penal, cujas exigências são o inter-relacionamento entre os Estados em um nível transnacional (*jus gentium*) e a criação e desenvolvimento sólido de um sistema persecutório internacional válido para todos os Estados (*jus cosmopolitanum*): são essas as proposições que pretendo demonstrar na segunda parte deste trabalho.

¹³⁹ ANDERSON-GOLD, Sharon. Crimes against humanity. A kantian perspective on international law. In: KNELLER, Jane; AXINN, Sidney (Org). *Autonomy and community: readings in contemporary kantian social philosophy*. New York: State University of New York, 1998. p. 108.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 103-117.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NA ESFERA INTERNACIONAL

“L’histoire de l’évolution de la peine dans les législations des peuples les plus différents présente des principes généraux communs. Une étude au point de vue du droit comparé remplira et éclaircira par suite, non seulement les lacunes et les obscurités de l’histoire du droit de chaque peuple, mais en outre, en nous montrant la voie que l’évolution de la peine a suivie en tout temps et partout, elle pourra nous indiquer la direction dans laquelle on peut espérer pour l’avenir une transformation viable de la législation pénale ; elle pourra nous guider et nous conseiller dans la poursuite d’une politique criminelle consciente de son but, mais se rattachant en même temps avec prudence à ce qui a déjà été réalisé et accompli. »¹⁴¹

Estava correto Durkheim ao afirmar a perenidade do crime: ao longo da história não há relatos da sua inexistência e sequer indícios do seu fim. Também muitas das previsões kantianas se realizaram: os Estados de fato saíram do estado de natureza e muito impulsionados por uma nova paisagem jurídica marcada por novos crimes, cuja punição é um desafio da nova mundialização.

Analisadas as assertivas kantianas, tenho que as mesmas podem ser comprovadas à medida que se percebe que a transgressão e a delinquência permeiam a história da humanidade desde o seu surgimento até os dias atuais. Os diferentes fenômenos criminais sempre variaram de acordo com condições de tempo e espaço e ao sabor das necessidades de sobrevivência e satisfação dos diversos grupos sociais e dos seus diferentes valores, o que explica por que razão muitas condutas hoje consideradas censuráveis já tiveram seu lugar como ações virtuosas e também porque razão ações hoje tidas como indiferentes penais já estiveram contidas na lista de proibições do direito penal¹⁴².

Não é sem motivo que os registros históricos demonstram a existência do direito penal desde eras mais remotas, devido ao fato de o fenômeno da delinquência ser constante, manifestando-se independentemente da existência de um poder apto ou inapto à punição¹⁴³.

¹⁴¹ LIZT, Franz von. *Traité de droit pénal allemand*. Traduit par M. René Lobstein. Paris: V. Giard : E. Briere, 1911. t. 1, p. 5.

¹⁴² “Comme l’a écrit Pascal, ‘le larcin, l’inceste, ou le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place parmi les actions vertueuses’. Et tout a eu sa place dans la liste des interdits du droit criminel, y compris le blasphème et l’homosexualité entre adultes, comme dans les pratiques répressives légales, y compris la peine de mort, voire la torture. Pour comprendre la diversité pénale, l’essentiel n’est pas d’en faire un catalogue, mais d’en repérer les principaux facteurs, à la fois culturels et politiques”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 29-30.

¹⁴³ “Le champ d’action du législateur est d’abord restreint dès origines pour un motif très simple: le phénomène de la délinquance est constant, indépendant des vicissitudes politiques et se manifeste sans se préoccuper de savoir s’il existe ou non un pouvoir législatif apte à le punir.” LAINGUI, André; LEGIBRE, Arlette. *Histoire du droit penal*. Paris: Cujas, [1979]. p. 5-6.

Com o desenvolvimento das sociedades, mais intrincado se tornaram, de um lado, a criminalidade e, de outro, o consuetudinário sistema punitivo. Foi, no entanto, sempre a criminalidade que impulsionou o aperfeiçoamento das instituições encarregadas de aplicar a pena, desenvolvidas com vistas à persecução de padrões de criminalidade já criados.

Sendo o direito uma das formas de controle social, dispondo de instrumentos para a imposição de modelos culturais e superação de tensões e conflitos, e não sendo ele suficiente à satisfação voluntária desse ideal de controle, foi necessário que se criassem outros mecanismos aptos a garantir sua efetividade¹⁴⁴, sendo nesse sentido amplamente destacado o papel do direito penal como um desses instrumentos de controle, que se concretiza por meio da punição.

Nas fases mais primitivas da história, a imposição da pena, com caráter retributivo, sempre existiu, de modo que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade¹⁴⁵. Tanto a ameaça quanto a imposição de uma pena respondem a uma tradição milenar, demonstrando que toda organização social sempre foi acompanhada da existência de um direito penal¹⁴⁶, capaz de demonstrar o grau evolutivo de cada sociedade, seus valores e sua cultura¹⁴⁷.

Ocorre que o direito penal evolui com a sociedade e, diante do processo de mundialização, também a criminalidade e o padrão das penas acompanham esse desenvolvimento.

Como afirma Delmas-Marty, essa mundialização atual não é a primeira da história, mas ela é pela primeira vez caracterizada por tecnologias que aboliram as distâncias e aproximaram as fronteiras. Se ela favorece as reivindicações locais e a proliferação de novos Estados, a mundialização é acompanhada também, sobretudo após a guerra fria, do desenvolvimento de estratégias transnacionais que afetam o conjunto das trocas, sejam elas fluxos econômicos e financeiros, como também científicos e culturais ou fluxos migratórios. Ela marca também o

¹⁴⁴ CINTRA, Antonio Carloss de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 27-29.

¹⁴⁵ “Le droit compare nous apprend que le point de départ de l’histoire de la peine concorde avec le point de départ de la vie de l’homme em société. Dans tout période, même le plus éloignée que puisse atteindre l’histoire, chez tout tribu, même chez la plus brute et la plus dégénérée, nous trouvons la peine comme un *malus passionais quod infligitur propter malum actionis*, comme un empiètement dans la volonté de l’individu qui a contrarie la volonté et l’activité d’autrui, et parce qu’il les a contrariées. Nous sommes par consequente autorisés à considérer la peine comme un fait historique primaire (*ursprünglich*). Et nous ne manquerons pas, si nous considérons précisément le droit penal comme la couche primaire dans l’histoire de l’évolution du droit, de considérer le délit comme le levier du droit ainsi que la morale”. LIZT, Franz von. *Traité de droit pénal allemand*. Traduit par M. René Lobstein. Paris: V. Giard : E. Briere, 1911. t. 1, p. 5-6.

¹⁴⁶ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*: parte general. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. p. 27.

¹⁴⁷ “O direito penal é o rosto do direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal dos povos é um pedaço da história da humanidade”. BARRETO, Tobias apud LYRA, Roberto. *Direito penal científico (criminologia)*. Rio de Janeiro: José Konfinor, 1974. p. 37.

enfraquecimento dos princípios da soberania e da territorialidade dos Estados, bem como da superação dos sistemas de direito nacional em direção a um momento em que instituições mundiais não se encontram prontas a assumir completamente o seu lugar¹⁴⁸.

Se o sistema penal existente, ancorado na concepção de Estado soberano, possui falhas, o sistema penal que se desenha a partir de um ideal kantiano de *jus gentium* e *jus cosmopolitanicum* é ainda incipiente e incerto.

Por um lado evoluiu-se da justiça divina para a justiça privada e desta para a justiça pública de forma muito mais lenta do que o incremento da criminalidade, mas por outro lado cada um desses estágios evolutivos da justiça penal foi sendo criado e desenvolvido em razão das deficiências do sistema imediatamente precedente, não mais capaz de solucionar os problemas decorrentes da cada vez maior complexidade, quantitativa e qualitativa, da criminalidade.

Kant, em *Provável início da história humana*, assim se refere à criação da justiça pública, demonstrando que a violência já se encontrava estabelecida no seio social:

O início do período subsequente foi quando o ser humano surgiu da época de paz e comodidade e entrou na época de *trabalho e discórdia* como um prelúdio à unificação da sociedade. [...]. Mas, acima de tudo, uma constituição civil e uma justiça pública começaram a ser instituídas. Inicialmente esta justiça estava preocupada apenas com os atos mais violentos, e a vingança para estes já não era mais, como no estado selvagem, deixada ao indivíduo, mas antes, ao poder legítimo que mantinha todo o conjunto¹⁴⁹. (grifo do autor).

Em matéria de jurisdição penal, a impotência do juiz nacional diante do crime que ultrapassa as fronteiras do Estado (de um lado) e a existência de Tribunais Regionais e Internacionais (de outro lado) bem demonstram o início de uma tímida contração da autoridade do Estado, privado do monopólio da repressão penal.

Por todas essas razões, o panorama da justiça penal no futuro ainda é incerto, sendo preciso, antes de se pensar em prognósticos acerca da justiça penal, analisar como se deu o processo evolutivo do exercício do direito de punir até se chegar ao momento atual, um momento de transição, é bem verdade, mas um momento que caminha para a construção de um modelo diferente ao até então estabelecido.

Esse novo modelo ou esses novos modelos possuem o desafio de conter ou tentar conter pelo menos duas modalidades diferentes de criminalidade em relação às quais passarei a me referir mais detidamente no capítulo presente: trata-se dos crimes transnacionais e dos

¹⁴⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit* : le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2004. t. 1, p. 36.

¹⁴⁹ KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012. p. 57-59.

crimes internacionais¹⁵⁰. E para pensar esses novos modelos é preciso antever caminhos possíveis rumo à construção de novos paradigmas persecutórios capazes de congregar os Estados na construção de um direito penal das gentes e de um direito penal cosmopolita.

O direito penal das gentes, ou direito penal fundamentado no *jus gentium*, ancora-se no mútuo relacionamento entre os Estados com um propósito comum, com vistas a superar as fraquezas decorrentes da atuação jurisdicional solitária no esforço contra o crime transnacional.

O direito penal cosmopolita encontra-se posicionado acima dos Estados, protegendo valores que são comuns a toda a humanidade e por isso previstos por normas de direito internacional que, se violadas, devem responsabilizar seus transgressores por Cortes Internacionais na hipótese de não existir punição doméstica.

Mas para compreender a evolução dessa justiça penal até os padrões atuais, e até mesmo para projetar novos padrões jurisdicionais para essas novas formas de criminalidade, nesse segundo capítulo começarei analisando quais são os novos fenômenos criminais que emergem da sociedade contemporânea para posteriormente chegar a construções de novos modelos de jurisdição penal, que dependem da saída dos Estados do estado de natureza, quer pela via da cooperação penal internacional, quer pela via das jurisdições internacionais.

2.1 Os Novos Fenômenos Criminais

“Les crimes contre l’humanité, les divers trafics de la criminalité organisée, ou encore le terrorisme international, existaient bien avant, mais on sait depuis le 11 septembre 2001 que même l’État le plus puissant ne peut lutter seul, ou par le jeu d’alliances bilatérales : les attentats du 11 septembre n’ont pas créé le changement, car les nouvelles technologies facilitaient déjà l’organisation des réseaux criminels (l’argent sale est blanchi à la vitesse électronique), mais ils ont révélé les nécessités propres à une globalisation qui engendre des interdépendances de plus en plus étroites. »¹⁵¹

Apesar de todo o intrincado desenvolvimento da criminalidade, no que tange à jurisdição, e especificamente à jurisdição penal, pelo menos em grande parte encontram-se os

¹⁵⁰ Conforme irei discorrer, crimes transnacionais são, em suma, aqueles praticados no território de um ou mais Estados, ou planejados em um Estado e praticados em outro(s). Por seu turno, crimes internacionais, são os previstos no Estatuto de Roma, consistindo em crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão.

¹⁵¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l’universel*. Paris: Seuil, 2004. t. 1, p. 37.

Estados atualmente diante de um paradigma inaugurado com a Paz de Westfália¹⁵², que no século XVII encerrou a Guerra dos trinta anos.

A Paz de Westfália é considerada como o marco inaugural do sistema internacional até hoje vigente, fundante da concepção de soberania dos Estados nacionais, segundo a qual os problemas internos de um Estado são assuntos que somente a ele competem.

A necessidade de se garantir um equilíbrio nas relações internacionais teve seu avanço concretizado pelo paradigma Westfaliano, porquanto cada Estado soberano passou a se ocupar dos fatos que lhes eram afetos, com ênfase ao princípio jurisdicional da territorialidade. Nesse modelo, a soberania dos Estados era a pedra angular do sistema internacional e o direito internacional apenas organizava as relações jurídicas entre esses entes.

Além de o modelo Westfaliano delimitar claramente um interior e um exterior, garantia também uma das condições essenciais do positivismo jurídico, repousando em três elementos essenciais, consistentes em uma ordem internacional concebida como equilíbrio de forças, em uma estrita divisão entre direito interno e direito internacional e em uma total separação entre direito e moral¹⁵³.

Profundas modificações operadas no cenário internacional a partir do século XX, no entanto, renderam intensas observações acerca da insuficiência desse modelo de soberania estatal para o fim de prevenir e reprimir condutas criminosas, especialmente em virtude de novas modalidades delitivas decorrentes desse novo contexto, as quais determinaram o desenvolvimento de novas referências para a jurisdição, não mais fundadas unicamente no ideal de soberania estatal.

A ultrapassagem do modelo Westfaliano para o modelo de sociedade internacional passa para novos termos, a começar pelo novo risco de confusão entre moral e política e pela total ausência de regulação das relações entre direito e força e as garantias efetivas da paz¹⁵⁴.

Até esse momento, sob o prisma positivista de Westfália, a questão da relação entre direito e moral encontrava-se afeta apenas ao âmbito interno, havendo uma total separação. Nesse sistema, nenhuma guerra podia se pretender justa ou punitiva, pois só a soberania interna tinha capacidade para definir o justo. Guerra era mera confrontação de exércitos, sem aferição de juiz moral. Agora passa a ser a confrontação de universos morais e que por isso pode ser julgada justa ou injusta, turvando-se a diferença entre guerra e crime. Esse é o

¹⁵² TREATY of Westphalia. New Haven, CT: Lillian Goldman Law Library, 2008. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp>. Acesso em: 28 nov. 2014.

¹⁵³ GARAPON, Antoine. *Crimes que não se pode punir nem perdoar*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 43-45.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 45.

primeiro substrato que torna possível a configuração do crime de guerra, inadmissível na sociedade Westfaliana¹⁵⁵.

Acrescento essa circunstância dois fatores que me parecem cruciais para a modificação do sistema penal: o primeiro diz com uma nova forma de criminalidade não limitada às fronteiras de um só Estado, que passou a exigir atividade colaborativa transnacional; o segundo refere-se a uma nova percepção de crimes, não necessariamente crimes de guerra, que, mesmo praticados dentro de um só Estado, afetam valores que lesam a humanidade em seu conjunto e que por si só não podem ser tratados como mero assunto interno de um ente soberano.

A simples percepção da existência do que hoje se convencionou chamar crimes internacionais foi outra quebra de paradigmas. Crimes internacionais se colocam na fronteira entre o direito penal e o direito internacional, razão pela qual a princípio haveria uma aparente incompatibilidade entre ambos, especialmente pelo fato de que os principais sujeitos de direito internacional, os Estados, não permitiriam uma penetração da dimensão penal a ingressar no regime de sua própria responsabilidade internacional. É por essa razão que a estrutura da ordem jurídica internacional explica porque por tanto tempo ela ignorou a matéria penal, porquanto no direito internacional não existe uma ordem centralizada, mas uma organização horizontalizada¹⁵⁶.

Todas essas modificações, fáticas e jurídicas, por um lado, impulsionam novas tendências para a justiça penal que, como afirmou Durkheim, evolui à medida que a sociedade também evolui. Mas todas essas modificações, por outro lado, são fruto daquela insociabilidade humana que em última análise é determinante para o desenvolvimento das sociedades. Foi justamente ela que obrigou os Estados, então ensimesmados pelo paradigma Westfaliano, a se retirarem do estado de natureza a que se referia Kant e a buscarem novas alternativas, inclusive jurisdicionais, para acompanhar a evolução da criminalidade, que é sempre anterior ao sistema punitivo, mas que é paralelo ao desenvolvimento das sociedades.

Foram particularmente as novas modalidades delitivas determinantes para a saída da jurisdição penal do estado de natureza, obrigando os Estados à quebra do paradigma de Westfália no que toca à persecução de crimes não concernidos mais ao limite da territorialidade.

Esse era o contexto que vigorava especialmente até o início do século XIX e que pode ser comparado ao início da vida em sociedade, quando se encontravam os seres humanos em

¹⁵⁵ GARAPON, Antoine. *Crimes que não se pode punir nem perdoar*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 45-46.

¹⁵⁶ FOUCHARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014. p. 21.

estado de natureza e abandonaram esse estado tão logo passaram a se relacionar e reger suas relações por meio de regras, por Kant denominadas de constituição civil. Essas regras foram imperativas a partir de necessidades advindas da sociabilidade dos homens, que não podem viver senão em sociedade, muito embora tenham a tendência contínua de romper com essas regras, o que explica a latência da transgressão.

No século XIX, aqueles seres humanos das eras remotas que passaram a se relacionar e saíram do estado de natureza, para isso criando a constituição civil, são agora os Estados: encontram-se isolados, suas relações estão desprovidas de regramento e do contexto da sociedade internacional emerge a necessidade de formulação de uma nova “constituição civil”. Torna-se necessária agora a saída dos Estados do estado de natureza.

Essa imperativa saída do estado de natureza é impulsionada principalmente pelas guerras revolucionárias e napoleônicas que culminam com o Congresso de Viena de 1815, cujo principal objetivo é o reequilíbrio europeu. Esse é o começo de uma árdua história de concerto das relações entre os Estados nacionais, que na seara do direito penal vai culminar com novas diretrizes para a jurisdição, em planos que vão além do monopólio puramente estatal¹⁵⁷.

O século XIX é marcado por esse redesenho: a fragilidade do Império Otomano desagua na independência da Grécia (1822) e na Guerra da Crimeia (1853-1856), encerrada com o Congresso de Paris, que reconheceu a Turquia como Estado europeu.

Fora da Europa ocorre uma modificação na relação de forças, como a independência dos Estados latino-americanos, a expansão territorial dos Estados Unidos e a abertura ao ocidente da China e do Japão. Dentro da Europa ocorrem os derradeiros movimentos nacionais que culminam na unificação da Itália e da Alemanha.

De 1870 à 1905 passa-se da hegemonia europeia à mundialização das relações internacionais¹⁵⁸, o que de fato sedimenta a saída dos Estados do antigo estado de natureza, bem explicada na sétima proposição de Kant, formulada em *Ideia*, aqui parcialmente transcrita:

A mesma insociabilidade que tinha obrigado os seres humanos a exercerem essa comunidade também é a razão de que cada comunidade, nas suas relações externas, ou seja, como um estado entre estados, existe em liberdade sem restrições e, conseqüentemente, que os estados devem esperar o mesmo mal de outros estados que ameaçam os indivíduos e os obrigam a entrar em uma condição civil jurídica. A natureza, desse modo, mais uma vez, usou a belicosidade da humanidade, mesmo a das grandes sociedades e órgãos políticos desta espécie, a fim de inventar, através de seu *antagonismo* inevitável, um estado de paz e segurança. Quer dizer, através de guerras, através da preparação excessiva e incessante para a guerra, através da angústia resultante

¹⁵⁷ MOUGEL, François-Charles; PACTEAU, Séverine. *Histoire des relations internationales: de 1815 à nos jours*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012. p. 3-29.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 31-54.

que todos os estados, mesmo em tempos de paz¹⁵⁹. (grifo do autor).

A guerra de fato levou os Estados a saírem do estado de natureza e passarem a criar os regramentos de suas relações, partindo de um nível europeu para a mundialização. Mas essa saída do estado de natureza se deu única e exclusivamente com fins a restabelecer o equilíbrio entre os Estados advindos de conflitos bélicos.

A solução de conflitos jurídico-penais, no entanto, continuou a ser reprimida internamente. Pelo menos até meados do século XX, portanto, afora as questões envolvendo conflitos armados, os Estados permaneceram em quase absoluto estado de natureza, vigente até então como principal elemento do Estado o conceito de soberania. O direito de punir permaneceu estreitamente ligado ao poder dos Estados nacionais, uns sem relação com os outros.

Entre o século XIX e o século XX operou-se uma significativa mudança de paradigma no que tange à finalidade das relações internacionais: o século XIX foi marcado pelas tentativas dos Estados de se aproximarem de forma a encontrar regramentos de auxílio interetáticos capazes de solucionar conflitos com vistas ao restabelecimento do equilíbrio entre as nações e a garantia de suas respectivas soberanias. O mapa mundial foi redesenhado a partir das guerras e dos acordos de paz supervenientes que só foram firmados com esteio no desenvolvimento das relações internacionais.

O século XX, por sua vez, trouxe uma mudança de cenário, ou vários cenários distintos. Antes da primeira guerra mundial, começam-se a debater outros temas, como a cooperação internacional em matéria aduaneira e monetária, a cooperação humanitária (criação da Cruz Vermelha) e a cooperação judiciária (criação da Corte de Haia em 1899)¹⁶⁰.

Todos esses debates pareciam não estar preparados para o que viria sucessivamente, tais como a desestabilização dos Balcãs (a crise da Bósnia em 1908 e as guerras balcânicas de 1912 a 1913), as duas guerras mundiais, seguida pela guerra fria, pela guerra da Coreia e do Vietnã, além do fim do mundo colonial, do crime organizado, dos micronacionalismos, dos separatismos e das guerras civis, culminando com a ameaça do terrorismo.

A segunda guerra mundial, apesar de todas as atrocidades cometidas, deixou uma herança às gerações seguintes a partir da criação das Nações Unidas que, mesmo com todas as críticas que merece, trouxe dois importantes legados: a consolidação do direito internacional

¹⁵⁹ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 28.

¹⁶⁰ MOUGEL, François-Charles. PACTEAU, Séverine. *Histoire des relations internationales: de 1815 à nos jours*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012. p. 55.

dos direitos humanos¹⁶¹ e com ele a edificação de conceitos como o de *humanidade* e de *dignidade humana* e o nascimento das jurisdições penais internacionais, com todos os seus consectários, especialmente o reconhecimento da responsabilidade penal internacional do indivíduo, a lapidação do significado de crime internacional e, acima de tudo, a percepção da existência de valores universalmente aceitos.

Embora o crime organizado e o terrorismo tenham objetivos diferentes, simbolicamente ambos demonstraram aos Estados nacionais que não podem lutar sós – esse é um outro legado do século XX, que chega ao final com um panorama mundial que apresenta contradições: ao mesmo tempo em que os Estados são reconhecidamente os principais sujeitos de direito internacional, formam-se entes supranacionais, como Organizações e Cortes Internacionais.

Esse Estado-nação, que foi a base da sociedade internacional desde o século XIX, passa a ter de conviver com novos atores, sua soberania encontra-se abalada, porque já não mais monopoliza muitos dos poderes que detém, como o poder de punir, e não mais controla as contingências de uma sociedade que é multifacetada: local, regional e internacional.

Dessa sociedade de riscos, os acontecimentos são diversos e desconhecidos, tão desconhecidos que o próprio direito internacional dos direitos humanos prossegue nominando atrocidades, como bem disse Antoine Garapon: “como aplicar a justiça a uma violência inédita?”¹⁶².

Dentre todos esses novos acontecimentos estão fenômenos criminais também inéditos e contra eles o direito penal clássico, aquele fulcrado na soberania do Estado, viu-se com restrito poder de ingerência, porquanto ainda limitado ao paradigma territorial, ainda amparado no princípio da soberania e ainda fruto da era das codificações.

Nesse cenário que se apresentou a partir do século XX, podem ser identificadas duas formas de criminalidade, em dois processos diversos, mas que possuem relações entre si, logicamente que por decorrência de todas essas mudanças mencionadas¹⁶³.

No entanto, a percepção de novos fenômenos criminais, muitos dos quais já existiam, determinou um novo impulso nas relações entre esses Estados, ou um segundo pacto da saída

¹⁶¹ Cito como marcos principais a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e as duas Conferências posteriores de revisão: a Conferência de Teerã de 1968 e a Conferência de Viena de 1993, com todas as Resoluções delas advindas, bem como os inúmeros Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos daí decorrentes, em especial as denominadas *Core Conventions* (Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos, Pacto das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança).

¹⁶² GARAPON, Antoine. *Crimes que não se pode punir nem perdoar*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 17.

¹⁶³ Embora o terrorismo seja também um fenômeno criminal fruto do século XX, deixarei de discorrer a respeito a fim de me deter exclusivamente sobre a criminalidade organizada e os crimes internacionais.

dos Estados do estado de natureza. São aqui dois fenômenos que identifiquei como distintos. O primeiro deles mais antigo, mas que foi percebido tardiamente, de tão alta densidade a ponto de por si só deixar de ser um fenômeno que interesse apenas ao Estado em que foi cometido. O segundo mais moderno, decorrente do contexto do próprio século XX, da dinâmica das relações humanas e de mercado, poroso e quase invisível, a ponto de tornar falível a persecução penal se engendrada por um Estado isoladamente.

São esses dois fenômenos que determinaram a superação do paradigma da soberania, ou ensaios na tentativa de suplantá-la, ou até mesmo a criação de modelos de coexistência ou transição de uma sociedade que parte da constituição de Estados soberanos em direção a uma ordem universalista, como um objetivo de superar as falhas existentes do modelo de jurisdição penal territorial relativamente a uma criminalidade espacialmente ilimitada e transcendente. Refiro-me aos crimes transnacionais e aos crimes internacionais, sobre os quais passarei a discorrer.

2.1.1 Os Crimes Transnacionais

Do contexto histórico mencionado acima, do qual sobressaíram essas novas modalidades delitivas em relação às quais os Estados nacionais e a jurisdição amparada no princípio da territorialidade encontraram quase iníquo poder persecutório, detenho-me primeiramente nos delitos transnacionais.

Entende-se por crime transnacional aquele que é cometido em mais de um Estado, ou preparado ou organizado em um Estado e cometido em outro, ou também cometido em um Estado produzindo efeitos em outro ou outros Estados, ou ainda cometido em um Estado sendo que a organização criminosa sedia-se em outro Estado, sendo, portanto, identificado pela presença de um elemento de estraneidade ou estrangeirismo (*extranéité*).

Para Isabelle Fouchard, o que caracteriza o crime transnacional não é exatamente algum elemento novo, uma vez que seus elementos constitutivos não diferem substancialmente de crimes de direito comum, tradicionalmente previstos pelo direito penal dos Estados, mas o fato de eles serem perpetrados além dos limites das fronteiras e das competências estatais tradicionais, em decorrência do desenvolvimento sem precedentes do fluxo de pessoas, de mercados e de capitais em escala mundial que fez emergir essa nova forma de criminalidade, a exigir uma internacionalização da definição desses comportamentos criminosos e uma harmonização dos respectivos direitos penais internos, com vistas a reforçar

a eficácia da cooperação penal internacional¹⁶⁴.

Trata-se de uma forma de criminalidade que exige uma primeira modificação no sistema persecutório, o qual não pode mais persistir na utilização do modelo amparado exclusivamente na jurisdição nacional sem a utilização de mecanismos de colaboração e que por essa primeira razão possui um dos aspectos mais notáveis da criminalidade atual, especialmente porque reduz o poder repressivo do Estado, já que este, sozinho, não pode atuar além de seus próprios limites.

Essa criminalidade desvinculada de um espaço geográfico específico se serve e se prevalece do limite da jurisdição a fim de assegurar a não-imposição da reprimenda penal, como uma das formas de garantir a impunidade.

Trata-se de fenômeno que se revela como um dos principais produtos do processo de mundialização ocorrido especialmente a partir do século XX, e que tem como um de seus principais expoentes o crime organizado, cuja persecução dificultosa já se inicia pelas dificuldades da própria conceituação.

Refiro-me aqui a um significativo aumento do processo de internacionalização ligado ao desenvolvimento da economia de mercado e da colocação em prática de uma rede mundial de comunicação que se liga a novas evoluções da criminalidade. Trata-se de um redesenho do espaço mundial e de uma nova ordem internacional que se cria sob a influência de mutações da economia e da tecnologia, marcando também uma nova relação de forças entre as redes multinacionais e os Estados e que também possui influências sobre o crime, dado que a internacionalização do mundo constitui-se em uma abertura das fronteiras que criam oportunidades novas para a delinquência em diversos setores. Assim, entre essas mudanças profundas da sociedade internacional cria-se uma interdependência entre os Estados, cada vez mais estreita a partir do cada vez maior crescimento (sem precedentes) dos fluxos transnacionais de pessoas, de bens e de capitais.

Nesse cenário de encurtamento das distâncias e atenuação das fronteiras, o crime transnacional ultrapassa os limites jurídicos e políticos do Estado e com isso transcende as

¹⁶⁴ «Le développement sans précédent des flux de personnes, de marchandises ou de capitaux à l'échelle mondiale a vu émerger de nouvelles formes de criminalité, dites 'transnationales', au sens littéral impliquant un dépassement des frontières nationales. Ce qui caractérise en premier lieu ce type de criminalité, ce sont non pas des comportements véritablement nouveaux – les éléments constitutifs des crimes ne diffèrent pas substantiellement des crimes de droit commun traditionnellement appréhendés par les droits pénaux étatiques, comme le faux monnayage, le trafic de drogue, la prise d'otage ou la corruption -, mais le fait qu'ils soient perpétrés au-delà des limites des frontières et donc des compétences étatiques traditionnelles. On peut y voir ainsi une internationalisation des droits pénaux internes, au nom du renforcement de l'efficacité de la coopération internationale en matière pénale. ». FOUCHARD, Isabelle. *Crimes Internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014. p. 214.

margens da soberania. Pela própria característica da transnacionalidade, é praticado por meio de organizações que se prevalecem dessa própria limitação estatal e que foram determinantes para que esses mesmos Estados, que isolados são impotentes no exercício do poder jurisdicional, se unissem por meio de tratados internacionais, cujo produto é a cooperação penal internacional.

A criminalidade transnacional, assim, adapta-se facilmente às necessidades desse novo mercado, tomando por empréstimo suas facilidades de ação, aliando-se à diversificação de suas atividades nos mais diversos setores que, por serem dotados de mobilidade (especialmente a mobilidade internacional do capital e das trocas do sistema financeiro totalmente mundializado), acabam escapando do controle dos Estados.

Nesse sentido, a existência de redes transnacionais organizadas voltadas à prática de crimes, como o tráfico internacional de entorpecentes, o tráfico internacional de armas e de pessoas e a lavagem de capitais, operou uma verdadeira mudança de paradigma no que tange à lógica processual penal, antes amparada na ideia do monopólio da jurisdição pelo Estado voltado à persecução de delitos de outra natureza, componentes da microcriminalidade, tipificados sob a ótica do direito penal clássico, que não mais se amolda a padrões diversos em que as próprias vítimas são difusas, as fronteiras são ultrapassadas e a prática desses delitos ocorre em diversos níveis ou redes.

Apesar da sua evidente existência, no entanto, não é possível delimitar ao certo o surgimento do fenômeno do crime transnacional.

Relata Fouchard que o primeiro crime transnacional teria sido a pirataria, em relação ao qual o direito internacional costumeiro reconheceu competência universal, independentemente da nacionalidade do autor, para processar, prender, julgar e punir piratas apreendidos em alto mar¹⁶⁵.

Trata-se de providência que remonta ao fim do século XVI, considerada como um primeiro movimento de globalização, em que os progressos técnicos em matéria de navegação e o crescimento do comércio marítimo em escala mundial criaram a necessidade do reconhecimento da liberdade no mar especialmente para as grandes potências marítimas.

Fouchard também salienta que à essa época de colonialismo, um número restrito de potências estabelecia as regras convencionais ou costumeiras de um direito europeu aplicável ao conjunto das nações, sendo-lhes factível impor a liberdade de navegação, a qual significava a possibilidade para os navios de cada Estado de circular livremente em alto-mar, sendo

¹⁶⁵ FOUCHARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014. p. 202.

importante sublinhar que, à essa época, marcada pela afirmação dos Estados soberanos, o território nacional era concebido como o coração da soberania dos Estados e conferia à competência territorial uma posição predominante¹⁶⁶.

No entanto, o mesmo contexto de crescimento do comércio internacional marítimo, paralelamente, favoreceu o desenvolvimento de atividades criminosas que consistiam na abordagem de navios, a ensejar a irrelevância da competência deste ou daquele Estado diante da ameaça indistinta que sofriam todos os indivíduos e todos os Estados, culminando com a qualificação desses autores de atos de pirataria como sendo *inimigos do gênero humano*, a justificar a extensão da competência.

Assim, mesmo em uma época marcada pela afirmação dos Estados soberanos e por um direito internacional restrito apenas à prevenção da guerra e ao desenvolvimento do incipiente comércio internacional, o crime de pirataria constituiu-se em um crime transnacional por excelência, erigido diretamente do direito internacional costumeiro e regido pelo princípio da justiça universal desde o início de seu regramento.

O crime de pirataria somente chega ao direito internacional convencional no início do século XX, com os Acordos de Nyon, de 1937, com posterior previsão de um regime de repressão pela Convenção de Genebra sobre Alto-Mar, de 29 de abril de 1958, seguida pela Convenção de Montego Bay, de 10 de dezembro de 1982, que codificou a definição de pirataria e previu a competência universal para julgamento do crime cometido em alto-mar¹⁶⁷.

Em relação aos demais crimes transnacionais, existe maior dificuldade no que tange a se precisar sua primeira localização temporal, especialmente considerando o extenso rol que compreende o conceito a partir da ideia de que são delitos que ultrapassam os limites do direito penal dos Estados ou dos interesses únicos dos Estados.

Porém, com o fim da guerra fria e a queda da cortina de ferro, sua existência restou evidente. Isso porque embora o fenômeno da mundialização, grande proporcionador da transnacionalização do crime, tenha iniciado em momento anterior, a polarização do mundo ocultava e impedia as trocas e a circulação de bens e de pessoas.

Esses aspectos são bem elucidados por Fouchard, ao afirmar ser natural que nenhum povo tenha jamais vivido por muito tempo em total autossuficiência e que as trocas entre grupos humanos distintos tenham sempre existido. No entanto, é a partir dos anos 1990 que o direito internacional, liberado pela queda do muro de Berlim, vai poder dar conta das

¹⁶⁶ FOUCHARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014.

¹⁶⁷ Ibid., p. 203.

múltiplas evoluções que emergem da sociedade internacional, especialmente das revoluções tecnológicas do conjunto de seções da ciência, que geraram profundas modificações¹⁶⁸.

A partir dessa nova ordem, a própria estrutura do direito penal, até então estruturado ao controle de uma criminalidade existente ao contexto da era pré-mundialização contemporânea, passa a ter que se reencontrar com vistas a adaptar-se a essa denominada macrocriminalidade, já que, da maneira como foi concebido, o direito penal clássico viu-se incapaz de conter as contingências que foram fruto desse complexo processo¹⁶⁹.

É precisamente nesse aspecto que a criminalidade transnacional distingue-se da denominada microcriminalidade, exigindo distinções no que tange à jurisdição, o que se dá em razão de diversos fatores, a começar pela existência de vítimas difusas, nem sempre identificáveis, bem como pela existência de associações delinquentiais relativamente permanentes e organizadas, pela existência de grande potencial lesivo e especialmente pela ausência de dimensão territorial, utilizando-se justamente das inaptidões persecutórias estatais como instrumento de impunidade, já que os Estados ainda pautam a jurisdição penal sob a lógica da soberania. Somam-se a essas características as facilidades trazidas pelo progresso tecnológico e pela transnacionalização da circulação de bens, pessoas e capitais.

Assim, se de um lado o ultrapassamento das fronteiras é hoje fenômeno que se processa com muito maior facilidade do que ocorria em tempos pretéritos e, se essa livre circulação é facilitada pela integração de mercados, de outro lado, mais facilitada é a viabilização da delinquência transnacional, que se torna crescente com o processo de atenuação das fronteiras, porquanto também o curso de bens ilícitos e de produtos do crime passam a ter entrada e saída entre os Estados.

Em contrapartida, tende a aumentar a criminalidade transnacional em um nível que não é acompanhado pelo desenvolvimento de mecanismos diversos daquelas amparados na concepção de soberania, razão pela qual a nota da transnacionalidade é a característica que acarreta maiores dificuldades para os Estados na tarefa de controlar as ações decorrentes desse contexto, já que os limites territoriais dos Estados são intransponíveis à jurisdição, que passa a

¹⁶⁸ «Il semble naturel en effet qu'aucun peuple n'ait jamais vécu à long terme en totale autarcie et que les échanges entre groupes humains distincts aient toujours existé. Cependant, ce n'est qu'à partir des années 1990 que le droit international, libéré par la chute du mur de Berlin, va pouvoir rendre compte des multiples évolutions subies par la société internationale. Les révolutions technologiques dans l'ensemble des pans de la science ont généré des mutations profondes de la société internationale [...]». FOUCHARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014. p. 150.

¹⁶⁹ A expressão “globalização”, hoje rotineiramente utilizada para explicar a maioria dos fenômenos sociais, pode ser analisada sob diversas óticas. A presente pesquisa utiliza-se da matiz econômica da globalização, responsável pela internacionalização do capital e pela veloz circulação de bens e de pessoas.

ser impotente perante uma espécie de delinquência que o supera estrutural e territorialmente.

Desse contexto se infere que contra a criminalidade transnacional um Estado, sozinho, não possui poder persecutório, porquanto a justiça penal centrada no cânone da soberania e no princípio da territorialidade fica reduzida à virtual impotência contra uma delinquência que desconsidera os espaços políticos.

Pela própria natureza de sua atuação, caracterizada pelo rompimento dos limites físicos do país onde tem início a delinquência transnacional, a persecução (policial e judicial) de delitos dessa natureza tem-se por demais dificultosa, uma vez que a polícia judiciária e a jurisdição encontram limites fisicamente delimitados nas fronteiras, decorrência da concepção arcaica de soberania fundada no paradigma de Westfália.

Essa dificuldade persecutória que se estabelece em relação a essas espécies de delitos advém especialmente do fato de os mesmos não se restringirem às fronteiras nacionais e de, além disso, as utilizarem de forma precisa e deliberada exatamente com a finalidade de furtar-se da aplicação da lei penal, uma vez que a jurisdição penal encontra-se limitada pelo princípio da territorialidade. Assim sendo, a persecução restringe-se à fronteira do país onde as atividades policiais e judiciais são desenvolvidas, não podendo extravasar sua atuação em virtude das decorrências do próprio conceito de Estado soberano¹⁷⁰.

Não bastasse, o controle dessa criminalidade enfrenta a dificuldade de atuação cooperativa frente à disparidade existente no ordenamento jurídico de diferentes Estados, problema esse que se agrava frente à existência diminuta de entes jurisdicionais transnacionais voltados ao controle especialmente da criminalidade econômica, da criminalidade organizada, da criminalidade ambiental, dos denominados *cibercrimes* e do terrorismo.

Todas essas circunstâncias levam à conclusão de que a atuação isolada do Estado possui pouca ou nenhuma eficácia em relação à criminalidade transnacional, tão distante do modelo jurídico-penal criado para a persecução da microcriminalidade.

Diante de novos atores que se apresentam na sociedade internacional, do novo cenário construído a partir do século XX e da diminuição fática da soberania do Estado frente ao poder econômico global, o modelo atual de jurisdição fulcrado no princípio da territorialidade não possui condições de oferecer respostas concretas e rápidas a essa espécie delinquencial, em relação à qual há, no momento, um clima que se avizinha à anomia¹⁷¹.

¹⁷⁰ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47.

¹⁷¹ FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 102, 2000.

E, se é verdade que o Estado-nação não tem capacidade de agir sozinho frente ao funcionamento geocêntrico do crime, por outro lado, agindo cooperativamente, as possibilidades de prevenção e repressão à essa criminalidade de complexa estrutura organizacional se alargam.

Aqui mais uma vez se reforça a assertiva durkheimiana no sentido de que a criminalidade é perene e os castigos também o são, mas o que muda com a evolução da sociedade é que as modificações nos padrões da criminalidade tornam ineficazes as instituições existentes, determinando sua reforma ou substituição. Nesse sentido, os tratados internacionais em matéria de repressão do crime transnacional possuem justamente essa finalidade: adaptar-se a contingências novas, não passíveis de solução pelas instituições existentes.

Assim, se a atuação isolada de um Estado é ineficaz, o auxílio mútuo entre eles no que tange às regras de competência, à investigação policial e à atuação jurisdicional penal pode ser capaz de conter essa nota característica da transnacionalidade delinquencial. Esse é o sentido do direito internacional ao versar sobre a sua repressão, cujas normas tiveram terreno fértil ao longo das últimas décadas, continuando em desenvolvimento.

A esse respeito, começo por destacar a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, também conhecida por Convenção de Palermo, adotada pela Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, aprovada pelo Congresso Nacional em 29 de maio de 2003 por meio do Decreto Legislativo nº 231 e internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro em 12 de março de 2004 pelo Decreto nº 5.015.

Há ainda o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, adotada pelo Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004, bem como o Protocolo Adicional contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, internalizado pelo Decreto nº 5.941, de 26 de outubro de 2006.

Paralelamente à definição do crime transnacional, essa Convenção destacou a necessidade de harmonização dos ordenamentos jurídicos internos no que toca à tipificação de crimes como a participação em grupo criminoso organizado, a criminalização da lavagem dos produtos do crime e a necessária implementação de medidas para combatê-la, além da criminalização da corrupção.

A Convenção destaca o princípio da territorialidade da jurisdição e o princípio da não-ingerência, reforçando a necessidade de cooperação penal internacional especialmente em

matéria de confisco de bens produto do crime e de facilitação da extradição de criminosos.

Também no que tange à criminalidade transnacional, merece ser destacada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em Assembleia Geral em 31 de janeiro de 2006, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348 de 18 de maio de 2005 e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, em cujo preâmbulo já manifesta que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, fazendo-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela.

Anterior a esses instrumentos, mas igualmente importante, é a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, adotada em Viena em 20 de dezembro de 1988 e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 162 de 14 de junho de 1991 e pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991.

Essa Convenção reforça a preocupação dos países que integram as Nações Unidas com relação à magnitude e à crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de entorpecentes e com sua crescente expansão nos diversos grupos sociais que, por se tratar de atividade criminosa transnacional, coloca em risco as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados, diante do fato de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade como um todo, em todos os seus níveis¹⁷².

Muito embora não seja objeto deste trabalho¹⁷³, destaco a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 769 de 30 de junho de 2005 e pelo Decreto nº 5.640 de 26 de dezembro de 2005.

Por essa Convenção, os Estados Partes obrigaram-se a adequar seus ordenamentos jurídicos internos de modo a tipificar o crime de terrorismo e seu financiamento, bem como concertaram-se em assegurar que os atos por ela previstos não sejam justificados por considerações de natureza política, filosófica, ideológica, racial, étnica ou religiosa.

No que pertine ao exercício da jurisdição, a Convenção prevê que a mesma será

¹⁷² BRASIL. *Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁷³ No que diz respeito ao terrorismo, inexistente consenso sobre tratar-se de crime transnacional ou internacional. A esse respeito, ver: CASSESE, Antonio; SCALIA, Damien; THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international penal*. Paris: Dalloz, 2010.

exercida pelo Estado em relação a delito cometido no seu território, ou em embarcação ou aeronave de sua bandeira.

Somente por excepcionalidade a Convenção prevê hipóteses de exercício da jurisdição por extraterritorialidade, quando o crime for praticado por nacional ou contra o Estado no exterior, mencionando, ainda, a possibilidade de os Estados Partes adotarem medidas para estabelecer sua jurisdição quando o criminoso presumido estiver presente em seu território e a pessoa não for extraditada por qualquer dos Estados.

Vigorando a regra da territorialidade, a Convenção, reconhecendo o caráter transnacional do crime, pugna pela cooperação penal, determinando a implantação de medidas como o congelamento e o confisco de fundos empregados no cometimento dos crimes, bem como a assistência necessária para fins de investigação, obtenção de provas e extradição.

Sobre essa mesma matéria, é ainda destacável a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, que reforça a necessidade de Fortalecimento da cooperação hemisférica para prevenir, combater e eliminar o terrorismo, trazendo em seu texto a aplicação de diversos instrumentos internacionais de cooperação com vistas ao controle do crime transnacional¹⁷⁴.

De todos esses tratados internacionais, resta clara a aplicação, como regra, do princípio da territorialidade, tendo-se como decorrência o fato de que os crimes restam sob a jurisdição do Estado onde são cometidos ou do Estado onde se encontra o autor do fato.

No entanto, em decorrência da própria transnacionalização do crime, o que pugnam esses instrumentos é pelo fortalecimento das relações entre os Estados que de alguma forma estejam ligados pela prática do crime, remontando ao ideal kantiano de saída dos Estados do estado de natureza e de chegada ao nível de relacionamento por ele denominado *jus gentium*. Esse *status* de colaboração interestatal ocorre por meio da cooperação penal internacional.

¹⁷⁴ Convenção para a Repressão do Apoderamento Ilícito de Aeronaves, assinada na Haia em 16 de dezembro de 1970; Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinada em Montreal em 23 de dezembro de 1971; Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1973; Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 17 de dezembro de 1979; Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, assinada em Viena em 3 de dezembro de 1980; Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestem Serviços à Aviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinado em Montreal em 24 de dezembro de 1988; Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima, feita em Roma em 10 de dezembro de 1988; Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Situadas na Plataforma Continental, feito em Roma em 10 de dezembro de 1988; Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1997; Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999.

A cooperação internacional, enquanto novo paradigma da justiça penal em um nível de relacionamento entre os Estados, advém de um novo patamar ou padrão de solidariedade entre os Estados, que pode de alguma forma controlar modalidades delitivas que transcendem e se prevalecem da impotência que se cria em razão dessa própria transcendência delitiva.

Assim, se a era da globalização é a era da delinquência transnacional, seu incremento deve ser acompanhado de políticas persecutórias tendentes ao controle dessa moderna espécie de transgressão, que deve ter como um dos alicerces o ideal kantiano de *jus gentium*, na medida em que tal modelo depende da atuação dos Estados conjuntamente, o que exige o aperfeiçoamento das relações estatais, ou, para usar as palavras de Kant, a saída dos Estados do estado de natureza no trato que mantêm entre si, o que aqui identifico como sendo justamente a cooperação penal internacional, em seus mais diversos níveis.

2.1.2 Os Crimes Internacionais

O segundo fenômeno criminal da contemporaneidade constitui-se em processo mais antigo do que o anterior, embora percebido mais tardiamente. Refere-se àqueles crimes que por sua densidade e gravidade lesam valores que ferem a humanidade em seu conjunto e que por essa razão não podem ser de competência persecutória exclusiva de um Estado.

Especialmente após a segunda guerra mundial, e analisando a evolução das transgressões humanas sob uma segunda ótica, percebeu-se que o mundo foi palco de uma delinquência que, embora não pertença propriamente à microcriminalidade, possui conotação diversa daquela impulsionada pela transnacionalização dos delitos¹⁷⁵.

Trata-se de uma forma diferente de transgressão, explicitada pela expressão *crimes internacionais*, cunhada no pós-guerra, mediante uma construção que foi fruto da evolução do direito humanitário e do direito internacional dos direitos humanos, impulsionados em grande parte pelas atrocidades cometidas tanto nas duas guerras mundiais quanto nos conflitos regionais ou nacionais que se estenderam por todos os continentes.

Muito embora os crimes internacionais sempre tenham sido praticados ao longo dos

¹⁷⁵ Como explicam Antonio Cassese, Damien Scalia e Vanessa Thalmann, são diversas as figuras dos crimes internacionais dos crimes transnacionais. Esses últimos, como o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o branqueamento de capitais, o tráfico de escravos ou de mulheres são regrados por tratados internacionais e não são reconhecidos como crimes internacionais pelo direito internacional costumeiro, porquanto, contrariamente ao que ocorre no caso daqueles, são geralmente cometidos por indivíduos, a título privado ou por organizações criminosas, e dirigidos contra o Estado, sem a participação, em geral, de agentes estatais que, se são implicados, o são por razões puramente relacionadas ao lucro pessoal. CASSESE, Antonio; SCALIA, Damien; THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international pénal*. Paris: Dalloz, 2010. p. 128.

séculos, de fato sua edificação teórico-jurídica é produto de acontecimentos mais recentes, como aduzem Robert Cryer et al.¹⁷⁶, quando afirmam que crimes contra a humanidade são tão antigos quanto a própria humanidade, muito embora somente nas últimas sete décadas as proibições legais internacionais sobre crimes contra a humanidade tenham emergido e somente nos últimos quinze anos os contornos legais do crime tenham sido estabelecidos.

Apesar de Cryer et al. estarem se referindo aos crimes contra a humanidade, espécie do gênero crime internacional, suas observações são também pertinentes no que toca com a definição dos crimes de agressão, dos crimes de guerra e do genocídio.

Assim é que os crimes internacionais, com a moldura que hoje conhecemos, sempre foram praticados ao longo da história da humanidade. Encontravam-se até pouco tempo apenas no terreno da diplomacia, da história e da sociologia. Possuem, no entanto, um conteúdo jurídico, político e sobretudo axiológico cuja identificação foi propiciada por um processo de internacionalização do direito penal e de penalização do direito internacional, fruto de fatos sociais processados especialmente ao longo do século XX.

Menciono o processo de internacionalização do direito penal à medida que a tipificação desses crimes se deu por normas de direito internacional, mais precisamente pelos Estatutos constitutivos de Cortes criadas pelas Nações Unidas para o julgamento de violações praticadas em massa.

Refiro-me também à penalização do direito internacional, no sentido de que todo esse processo desvelou uma nova face ao direito internacional, até então caracterizado de uma forma geral pela ausência de coercitividade, a qual lhe foi conferida pela criação de Tribunais Penais Internacionais. Seus primeiros julgamentos, com a imposição de condenações e penas privativas de liberdade aos condenados, passaram a conferir ao direito internacional justamente esse atributo¹⁷⁷.

Nesse sentido, os dois processos (internacionalização e penalização) convergiram para um mesmo sentido, processos esses que se tornaram imperativos diante das mudanças que se processaram pelos próprios acontecimentos que tiveram sede ao longo do século XX e que continuam a se processar, a possibilitar a edificação da noção hoje adotada para os crimes internacionais.

¹⁷⁶ “Crimes against humanity are as old as humanity itself. However, it is only in the last seven decades that the international legal prohibition on crimes against humanity has emerged, and it is only in the last fifteen years that the precise contours of the crime have been clarified”. CRYER, Robert et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 208.

¹⁷⁷ FOUCARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014.

Para essas novas modalidades delitivas, em relação às quais o sistema jurisdicional penal ancorado no modelo de soberania estatal encontra-se igualmente enfraquecido, é necessário repensar e projetar novas perspectivas, também amparadas no relacionamento entre os Estados.

Sobre esse aspecto, paralelamente aos crimes transnacionais, passo a analisar a presença no cenário mundial de uma outra espécie de transgressão, a meu ver apta a impulsionar (em um futuro distante, possivelmente) a concretização do terceiro artigo definitivo para a paz perpétua, consistente na existência de um *jus cosmopolitanum*, decorrente da prática de crimes internacionais, que merecem reprimenda não por via cooperativa, mas por um outro nível de ordem jurídica, com valoração diversa, mediante a edificação de uma justiça internacional com competência para seu julgamento.

Para Delmas-Marty¹⁷⁸ o conceito de crimes internacionais possui duas acepções: a primeira, de sentido formal, segundo a qual crimes internacionais são todas aquelas infrações que restaram previstas e delineadas por alguma norma internacional e a segunda, com sentido material, a qual define os crimes internacionais como infrações que atentam contra valores de toda a humanidade, pertencentes a uma sociedade de cunho internacional e que passa pela lenta elaboração de um direito internacional penal que seja comum em todas essas sociedades.

Assim, primeiramente, os crimes internacionais são violações de regras internacionais, costumeiras ou convencionais, que foram adotadas como regras que estabelecem obrigações entre Estados, com a consequência de que sua violação provoca a responsabilidade internacional do Estado violador. Mas por que essas violações constituem um crime que também conduz à responsabilidade penal dos indivíduos que os cometeram (independentemente da responsabilização dos Estados), é preciso que uma outra regra seja formada em direito internacional, capaz de vincular a essas violações uma responsabilidade penal individual¹⁷⁹. Essa regra encontra-se na disposição do crime internacional.

Interessa aqui sobremaneira o conceito de crime internacional sob o ponto de vista substantivo, e muito embora o contexto histórico das quatro construções tenha sido semelhante e aproximado, cada um dos crimes internacionais hoje concebidos pelo direito internacional penal (crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de agressão e genocídio) teve algumas particularidades que merecem ser destacadas.

¹⁷⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

¹⁷⁹ CASSESE, Antonio; SCALIA, Damien; THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international pénal*. Paris: Dalloz, 2010. p. 128.

Desde o fim do século XIX e durante um período relativamente longo, somente os crimes de guerra foram reprimidos pelo direito internacional, sendo que somente após a segunda guerra mundial é que as novas categorias de crimes internacionais se desenvolveram e que os crimes de guerra foram revisitados¹⁸⁰.

Os crimes de guerra são uma construção que remonta ao direito internacional humanitário¹⁸¹, criado com vistas a reduzir os danos decorrentes das guerras.

A configuração do crime de guerra ocorre quando da violação grave das regras costumeiras ou convencionais do direito internacional humanitário, o qual é tradicionalmente dividido em dois grupos: o direito de Haia, que compreende as Convenções de Haia de 1899 e 1907 (as quais tratam essencialmente dos métodos de condução das hostilidades) e o direito de Genebra, que compreende as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos adicionais de 1977 (aplicáveis às pessoas que não participam das hostilidades, como os civis).

Atualmente, a formulação do crime de guerra consiste na inobservância ao direito internacional humanitário, as quais consistem nas (1) graves violações às Convenções de Genebra, consistentes a atos dirigidos contra pessoas ou bens protegidos (tais como homicídios, torturas ou tratamentos desumanos e cruéis, destruição ou expropriação de bens não justificados por necessidades militares, privação de prisioneiros de guerra, transferência ou detenção ilegal de civis ou tomada de civis como reféns), bem como nas (2) violações de leis ou costumes de guerra, como o emprego de armas tóxicas, a destruição de cidades não justificada por exigências militares, a tomada de prédios utilizados para a religião, o ensino, às artes ou às ciências, bem como a destruição de monumentos históricos e obras de arte, dentre outros atos semelhantes.

As decisões reiteradas das Cortes Internacionais também contribuíram para a lapidação do conceito de crime internacional, sendo hoje pacificado que um comportamento criminal somente pode ser qualificado como crime de guerra se for cometido por ocasião de um conflito armado, sendo tal definido pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia como sendo o recurso à força armada entre Estados ou um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados, ou

¹⁸⁰ CASSESE, Antonio; SCALIA, Damien; THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international pénal*. Paris: Dalloz, 2010. p. 127.

¹⁸¹ «Le droit international humanitaire (DIH) est l'ensemble des règles juridiques, d'origine conventionnelle ou coutumière, spécifiquement destinées à régler les problèmes humains découlant directement des conflits armés internationaux ou non internationaux, et qui restreignent le droit des parties au conflit d'utiliser les méthodes et les biens affectés ou susceptibles de l'être par le conflit». BETTATI, Mario. *Droit humanitaire*. Paris: Dalloz, 2012. p. 1.

ainda entre grupos no seio de um Estado¹⁸², podendo ser, portanto, cometido em um quadro de conflito armado interno, muito embora nem todo crime cometido em um conflito armado seja considerado crime de guerra.

No que tange ao crime de agressão, o mesmo teve as primeiras discussões sobre seu conceito na Conferência de Versalhes de 1919, cujo artigo 227 do Tratado criava um tribunal especial para julgar o ex-Kaiser Guilherme II, objetivo esse que restou frustrado pelo fato de a Holanda ter-se negado a extraditá-lo, sob o argumento, à época corrente, de que indivíduos não seriam sujeito de direito internacional.

Seu conceito somente voltou a ser discutido quando firmado inicialmente o Tratado de Roma em 1998, e ainda assim o crime de agressão não foi definido naquela oportunidade, sendo que somente em 2010, após a Conferência de Revisão realizada em Kampala, foi adicionado o artigo 8º *bis* ao texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Sua definição em muito se assemelha ao conceito de crime contra a paz previsto pelo Estatuto de Nuremberg, em seu Capítulo II, artigo 6º, alínea a, definido como sendo o ato de planejar, preparar ou iniciar uma guerra de agressão ou uma guerra que constitua violação de tratado ou acordo internacional¹⁸³.

Na atual configuração do Estatuto de Roma, restou estabelecido que atos de agressão incluem a invasão, ocupação militar ou anexação pelo uso da força e do bloqueio dos portos ou das costas, pelo seu caráter, gravidade e escala, sendo considerados como claras violações da Carta das Nações Unidas, sendo que o autor da agressão é uma pessoa considerada

¹⁸² « §70. Sur la base de ce qui précède, nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non». UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*. La Haye, 02 oct. 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

«En appliquant la définition des conflits armés qui précède à la présente affaire, nous soutenons que les crimes présumés ont été commis dans le contexte d'un conflit armé. Les combats entre les diverses entités au sein de l'ex-Yougoslavie ont commencé en 1991, se sont poursuivis durant l'été 1992 quand les crimes présumés auraient été commis et continuent à ce jour. En dépit de divers accords provisoires de cessez-le-feu, aucune conclusion générale de la paix n'a mis un terme aux opérations militaires dans la région. Ces hostilités excèdent les critères d'intensité applicables aux conflits armés tant internes qu'internationaux. On a observé un conflit prolongé, sur une grande échelle, entre les forces armées de différents Etats et entre des forces gouvernementales et des groupes de rebelles organisés». Ibid.

¹⁸³ Estatuto do Tribunal de Nuremberg. ACCORD concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945. Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/52d68d14de6160e0c12563da005fdb1b/ef25b8f448034148c1256417004b1ce6?OpenDocument>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

realmente capaz de controlar ou dirigir a ação política ou militar de um Estado.

Todos esses atos, quer pelo seu caráter, gravidade e escala, são considerados claras violações à Carta das Nações Unidas, sendo o autor da agressão uma pessoa que seja considerada realmente capaz de controlar ou dirigir a ação política ou militar de um Estado.

Essa definição veio a preencher uma lacuna no Estatuto de Roma, sem contudo incluir a possibilidade do efetivo e imediato exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional por crimes de agressão, já que a jurisdição não pode ser exercida até 2017¹⁸⁴, nos termos definidos pelo artigo 15 *bis* do Estatuto de Roma. Além disso, caberá ao Conselho de Segurança das Nações Unidas a responsabilidade de decidir se um ato de invasão constitui ou não crime de agressão¹⁸⁵.

Pela nova regra, o indivíduo que der causa ao ataque armado, sem legítima defesa ou autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, será responsabilizado pelo Tribunal Penal Internacional. Caberá, portanto, ao Conselho de Segurança da ONU a responsabilidade de decidir previamente, se um ato de invasão constitui ou não crime de agressão.

Para o exercício da jurisdição da Corte Penal Internacional em relação à prática de crimes de agressão, nos termos do artigo 15 *bis*, será necessário que a emenda ao Estatuto de Roma seja aceita ou ratificada por pelo menos trinta Estados Partes, até 2017¹⁸⁶.

Além disso, a Corte exercerá sua competência em relação ao crime de agressão sob reserva de uma decisão que será tomada após 1º de janeiro de 2017, pela mesma maioria dos Estados Partes exigida para a adoção de uma emenda ao Estatuto e desde que o crime não seja cometido por agentes de um Estado Parte que tenha declarado não aceitar a competência do Tribunal Penal Internacional, retratação essa que pode ser feita a qualquer momento¹⁸⁷.

Após cumpridos tais requisitos, para que o Procurador possa iniciar um processo de investigação por crime de agressão, deverá haver manifestação prévia por parte do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que deverá constatar que o ato de agressão foi praticado pelo Estado referido e emitir o consequente juízo de admissibilidade em relação à prática do

¹⁸⁴ 3. «La Cour exerce sa compétence à l'égard du crime d'agression conformément à cet article, sous réserve d'une décision qui sera prise après le 1er janvier 2017 par la même majorité d'États Parties que celle requise pour l'adoption d'un amendement au Statut». COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. La Haye, 2011. p. 12-13. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatuteFra.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁸⁵ 6. «Lorsque le Procureur conclut qu'il y a une base raisonnable pour mener une enquête pour crime d'agression, il s'assure d'abord que le Conseil de sécurité a constaté qu'un acte d'agression avait été commis par l'État en cause». ». Ibid., p. 12-13.

¹⁸⁶ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. La Haye, 2011. p. 12-13. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatuteFra.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁸⁷ Ibid., p. 12-13.

ato imputado¹⁸⁸.

Assim sendo, resta bastante dificultosa a sedimentação da jurisdição da Corte Penal Internacional no que tange ao processamento dos crimes de agressão, podendo ocorrer que os requisitos impostos para o seu exercício sequer sejam perfectibilizados.

Nada impede, no entanto, que tais delitos sejam tipificados nos direitos domésticos, possibilitando o exercício da jurisdição nacional, que, aliás, deve ser preferencialmente exercida em relação à jurisdição internacional, em face do princípio da complementaridade.

Sobre o tema, resta bastante polêmico o questionamento sobre ser a guerra ou a agressão meio lícito ou ilícito de solução de conflitos internacionais, em princípio considerada ilícito pela Carta das Nações Unidas, em seu artigo 2º, 3 e 4¹⁸⁹, muito embora discuta-se acerca do direito de ingerência de um Estado ou de uma organização internacional em relação a outro Estado por razões humanitárias.

Ainda em se tratando de crimes internacionais, uma das construções mais complexas a esse respeito relaciona-se com o conceito de crimes contra a humanidade e de genocídio, a começar pela própria ideia do que seja humanidade.

A conceituação começa a ser tecida com as Convenções de Haia 1899 e 1907, a partir da Cláusula Martens, ao se referir às nações civilizadas, *às leis da humanidade* e às exigências da consciência pública¹⁹⁰.

Posteriormente, em 1915, o massacre dos Armênios na Turquia foi qualificado pela França, Grã-Bretanha e Rússia como crime de lesa-humanidade, tendo em 1919, por

¹⁸⁸ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. La Haye, 2011. p. 13-14. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatuteFra.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁸⁹ «Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: [...] 3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais. 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 28 nov. 2014

¹⁹⁰ «En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté [...] les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique. » CONVENTION (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899. Genève: CICR, 2014. Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/xsp/.ibmmodes/domino/OpenAttachment/applic/ihl/dih.nsf/11331D79375C6484C12563140043A1D6/FULLTEXT/DIH-10-FR.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

ocasião da Conferência de Paz em Paris a Comissão se referido à infração às leis da humanidade.

O salto maior na definição de crime contra a humanidade foi o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, especialmente em dois aspectos: o primeiro foi exatamente a definição do crime, embora sem autonomia, porquanto ainda conexo aos crimes de guerra ou crimes contra a paz, e o segundo relativo à questão da responsabilidade penal internacional do indivíduo, nesse aspecto rompendo o escudo que ligava o indivíduo a seu Estado nacional e que o tornava imune às jurisdições internacionais.

O contexto de Nuremberg coincidiu com o incremento do direito internacional dos direitos humanos, que rediscutiu diversos conceitos que eram até então sacramentados e passaram a ganhar novos contornos.

Uma dessas consequências foi a própria relativização do conceito de soberania, pois até então se entendia que todos os acontecimentos que se dessem dentro da fronteira de um Estado-nação constituíam-se em matéria que dizia respeito única e exclusivamente àquele Estado. Dessa premissa decorria um dos princípios com vigência absoluta nas relações internacionais, consistente no princípio da não-intervenção.

As graves violações aos direitos humanos praticadas em especial pela Alemanha nazista chamaram a atenção para o equívoco desse princípio, passando a consolidar-se a ideia de que seus postulados eram extremamente arcaicos e, mais do que isso, que de fato existe um supervalor que se sobrepõe aos assuntos internos dos Estados, o qual diz respeito a direitos fundamentais ligados ao conceito de dignidade humana. Essa premissa foi fundamental para a edificação dos pilares do crime contra a humanidade.

Tal formulação restou bastante clara a partir dos julgamentos dos principais perpetradores do regime nazista, pelo Tribunal de Nuremberg, que refutou com veemência as teses de defesa no sentido de que as mortes das vítimas consistiam em questão interna alemã, sendo dado a conhecer ao mundo, de forma mais ampla possível, as atrocidades do holocausto do povo judeu e de outras minorias, como uma tentativa de garantia de não-repetição¹⁹¹.

Também na esteira de Nuremberg, o conceito de crime contra a humanidade foi sendo aprimorado por meio de diversas Convenções Internacionais, dentre elas a Convenção para a

¹⁹¹ Como afirmou Zygmunt Bauman: “A importância atual do holocausto está na lição que ele traz para toda a humanidade”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 236.

Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948¹⁹², a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, a Convenção para a Eliminação e a Repressão do Crime de Apartheid de 1973 e a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1974.

Embora a definição do conceito de crime contra a humanidade não tenha sido precisada por meio dessas Convenções Internacionais, tornou-se possível uma gradativa evolução de seus contornos no âmbito do direito internacional costumeiro, processo esse que foi interrompido no período do auge da guerra fria, apesar da existência de uma Comissão de direito internacional encarregada pelas Nações Unidas para codificar o direito relativo aos crimes internacionais, que não logrou finalizar seu trabalho.

Os conflitos da ex-Iugoslávia e de Ruanda, que deram origem à criação dos respectivos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* em 1993 e 1994, retomaram o trabalho de definir e fazer evoluir o conceito de crime contra a humanidade, tanto por meio de seus estatutos quanto pela jurisprudência produzida.

Inicialmente ligados a um contexto de conflitos armados, esses crimes foram progressivamente desvinculados para serem finalmente considerados autônomos pelo Estatuto de Roma. O TPIY havia feito a exigência de prova de ligação com um conflito armado: muito embora o artigo 5º do seu Estatuto não fizesse referência à expressão *ataque*, a jurisprudência o exigiu sob a base do direito internacional costumeiro, decisão essa que restou bastante clara a partir do julgamento do caso Tadic¹⁹³.

A partir do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, a definição do crime contra a humanidade em seu Estatuto não exigia mais a existência de um conflito armado, mas somente que os atos tivessem sido cometidos em um sistema de ataque generalizado e sistemático dirigido contra uma população civil, em razão de sua identificação nacional,

¹⁹² Redigida por Raphaël Lemkin, que inventou a palavra genocídio para dar uma resposta à interpelação de Churchill sobre os “crimes sem nome” cometidos pelos nazistas. REBUT, Didier. *Droit penal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 617.

¹⁹³ « §141. L'absence de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé international est maintenant une règle établie du droit international coutumier. En fait, comme le relève le Procureur, il se peut que le droit international coutumier n'exige pas du tout de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit quel qu'il soit. Ainsi, en exigeant que les crimes contre l'humanité soient commis dans un conflit armé interne ou international, le Conseil de sécurité a peut-être défini le crime à l'article 5 de façon plus étroite que nécessaire aux termes du droit international coutumier. Il est indéniable, cependant, que la définition des crimes contre l'humanité adoptée par le Conseil de sécurité à l'article 5 s'accorde avec le principe *nullum crimen sine lege* ». UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*. La Haye, 02 oct. 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

política, étnica, racial e religiosa, contendo, portanto, apenas a presença de uma exigência de intenção discriminatória geral.

A última etapa da definição do crime contra a humanidade culmina no próprio Estatuto de Roma, cujo artigo 7º não mais exige a existência de conflito armado e altera a expressão “ataque sistemático e generalizado” para “ataque sistemático ou generalizado”¹⁹⁴, confirmando a ideia de que os crimes contra a humanidade podem ser praticados em tempo de guerra ou de paz.

Exige-se, assim, para a configuração do crime contra a humanidade, um ataque contra população civil, sendo que os atos do autor devem se inserir no quadro desse ataque, e, ainda, que esse ataque seja generalizado ou sistemático.

Além disso, o crime contra a humanidade traz uma formulação diversa de bem jurídico tutelado, ilustrando o conceito de humanidade enquanto vítima e enquanto valor, colocando em causa um valor doravante reconhecido como fundamental para a comunidade internacional (a dignidade humana), a revelar uma gravidade substancial e a exigir a própria construção do conceito de humanidade, seja enquanto valor, seja enquanto vítima¹⁹⁵.

Como afirma Delmas-Marty, a ideia de humanidade-valor funda, no prolongamento dos crimes de guerra, a proibição do desumano, incriminando os atos contrários à dignidade humana e contrários à noção de humanidade, ao passo que a concepção de humanidade-vítima, baseada na ideia de que cada homem é todos os homens, marca um novo paradigma, que passa de uma comunidade nacional para uma comunidade humana fundada, senão

¹⁹⁴ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. La Haye, 2011. p. 12-13.

Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatuteFra.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁹⁵ Essa construção ficou bastante evidente a partir do julgamento, pelo TPIY, do caso *Erdemovic*, cuja decisão, em seu §21, assim mencionou:

« § 21. It is in their very nature that crimes against humanity differ in principle from war crimes. Whilst rules proscribing war crimes address the criminal conduct of a perpetrator towards an immediate protected object, rules proscribing crimes against humanity address the perpetrator's conduct not only towards the immediate victim but also towards the whole of humankind. This point was noted by the Trial Chamber in the Sentencing Judgement as follows:

‘With regard to a crime against humanity, the Trial Chamber considers that the life of the accused and that of the victim are not fully equivalent. As opposed to ordinary law, the violation here is no longer directed at the physical welfare of the victim alone but at humanity as a whole. [...]. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity.’

« Crimes against humanity are particularly odious forms of misbehaviour and in addition form part of a widespread and systematic practice or policy. Because of their heinousness and magnitude they constitute egregious attacks on human dignity, on the very notion of humaneness. They consequently affect, or should affect, each and every member of mankind, whatever his or her nationality, ethnic group and location. On this score, the notion of crimes against humanity laid down in current international law constitutes the modern translation into law of the concept propounded way back in 1795 by Immanuel Kant, whereby "a violation of law and right in one place [on the earth] is felt in all others». UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Joint separate opinion of judge McDonald and Judge Vohrah*. The Hague, 07 oct. 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>>. Acesso em: 10 de março de 2015.

politicamente, ao menos em direito e ética. Sendo assim, trata-se de um paradigma ainda inacabado, porquanto comunidade humana não é a simples transposição da comunidade nacional a uma escala diferente. Ainda, esse inacabamento também é ético, pois a enumeração das proibições qualificadas de crime contra a humanidade não faz mais que sugerir, mas sem definir, os critérios que caracterizam o desumano¹⁹⁶.

Nesse sentido, enquanto valor, a humanidade pende a ser construída, da mesma forma que ainda se encontram pendentes muitas definições acerca do contorno definitivo dos crimes internacionais, sendo assente, até agora, que para que um crime seja considerado internacional, deve haver o preenchimento de um determinado número de critérios.

Assim, em suma, resta dizer que crimes internacionais partem do pressuposto da existência de graves violações de regras de direito internacional costumeiro ou convencional, violações essas que devem ter um caráter coletivo e fazer parte de uma criminalidade generalizada em oposição a uma criminalidade individual. Além disso, as regras violadas visam proteger valores considerados fundamentais por toda a comunidade internacional, de modo a ligar todos os Estados e todos os indivíduos, fazendo com que o interesse pela repressão desses crimes seja universal e seus autores possam ser punidos por uma jurisdição diversa da jurisdição nacional.

Para o julgamento desses crimes, o Estatuto de Roma consagra a formulação de uma justiça penal internacional de caráter permanente que, mesmo ainda mantendo o poder do Estado nacional soberano, retira dele o monopólio da imposição da pena¹⁹⁷, criando um novo paradigma, ou duas faces da justiça penal no que pertine ao julgamento de crimes internacionais, porquanto podem ser julgados tanto pelas jurisdições domésticas quanto pela Corte Penal Internacional.

2.2 As Principais Manifestações no Âmbito Jurisdicional

«Assurrer au besoin par la force la sûreté de l'État et la sécurité des personnes et des biens est traditionnellement le monopole des États modernes, la force étant le symbole même de leur souveraineté. Mais la souveraineté, comme on l'a rappelé, est limitée dans l'espace et
le temps.

C'est pourquoi l'ordre souverainiste est débordé.¹⁹⁸»

¹⁹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs*. Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 83-84.

¹⁹⁷ CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições Internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 3-24.

¹⁹⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010. p. 197-198.

Até o século XIX, contexto em que a comunidade internacional se constituía de Estados soberanos e independentes, a aplicação estrita do princípio da territorialidade conduzia à concepção geral de que uma lei penal pudesse ser aplicada apenas à infração que admitisse sua competência territorial, pois essa sempre foi uma condição do exercício legítimo do poder de punir exercido por um Estado, que por consequência não poderia transbordar os limites de seu território nacional sem usurpar uma soberania estrangeira. Vigorava a ideia quase que absoluta no sentido de que o direito de punir não pertencia senão ao poder cujo crime havia violado, de forma que nenhuma exceção deveria ser consagrada ao princípio da territorialidade¹⁹⁹.

Essa concepção começa a ser excepcionada à medida que os Estados passam a reconhecer a existência de infrações que atentam contra seus interesses, mesmo sendo cometidas no estrangeiro, como na hipótese do elo que une os Estados a seus nacionais²⁰⁰.

Apesar de todas as exceções criadas ao princípio da territorialidade nesse sentido, permitindo a aplicação da lei penal de um Estado para crimes cometidos no estrangeiro, seja por força do princípio real ou da defesa, do princípio da nacionalidade ou da justiça universal, que se consagram como exceções ao princípio da territorialidade, o fato é que a soberania dos Estados lhes confere exclusividade no que tange à competência de execução sobre seu território no que tange ao exercício da jurisdição.

Trata-se de uma oposição consagrada pelo direito internacional a todas as formas de intervenção extraterritorial de agentes estrangeiros que se aplica tanto a atos de investigação, quanto à ação penal propriamente dita e à execução de uma condenação. Essa proibição aos Estados de agirem fora de seu território induz o caráter territorial da competência de seus agentes encarregados da persecução penal, policial ou judicial, que decorre justamente da competência territorial das autoridades nacionais, que não podem agir validamente no estrangeiro²⁰¹ e da qual sobressai a necessidade da cooperação internacional em matéria penal para crimes que de alguma forma desbordam as fronteiras.

Esses conceitos eram prementes até o início da década de 1990 e que vigoraram até o fim da guerra fria, especialmente. A partir de então, a paisagem jurídica dos novos fenômenos criminais pode ser percebida mais claramente e, apesar de essa mundialização ter sido um processo muito antes iniciado, foi ela marcada pelo desenvolvimento de estratégias transnacionais

¹⁹⁹ REBUT, Didier. *Droit penal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 66.

²⁰⁰ Tal concepção sedimenta-se a partir do julgamento do caso *Lotus* pela Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1927, em que se consagra a competência da Turquia para julgar o capitão do navio francês acusado de causar a morte de oito marinheiros turcos no mar mediterrâneo.

²⁰¹ REBUT, op. cit., p. 126.

(como fluxos econômicos, financeiros e de pessoas) que demarcaram o enfraquecimento dos princípios da soberania e da própria territorialidade dos Estados, bem como a superação dos sistemas de direito nacional enquanto instrumentos únicos de controle dos novos fenômenos criminais, que não podem mais ser feitos por um só Estado, isoladamente²⁰².

O direito internacional, a necessidade de cooperação e o surgimento das jurisdições internacionais, de uma forma muito mais vigorosa, passaram a mostrar-se extremamente necessários em uma época em que a própria autoridade do Estado foi colocada em questão.

Diante de todo esse contexto, entrou em xeque aquele arcaico modelo de direito erigido sobre o já falado modelo de Westfália, concebido para solucionar conflitos atinentes à microcriminalidade, mas que não mais responde a esses padrões novos como o dos fenômenos já mencionados.

No que tange à transnacionalização dos delitos, cujos atos são praticados de maneira encadeada com o envolvimento de dois ou mais Estados, ou mesmo sem a identificação de um território definido, o poder de persecução estatal, em seu agir isolado, é restrito porquanto a jurisdição penal é limitada por seus respectivos territórios, em contraposição ao crescimento vertiginoso de organizações criminosas.

Nesse viés, muito embora a cooperação penal internacional tenha raízes mais profundas²⁰³, foi essa contingência que impulsionou o seu desenvolvimento, à medida que a marcha da internacionalização das sociedades tornou-se mais intensa e restou determinante para o auxílio interestatal. Impelidos pelas novas formas de criminalidade, os Estados buscaram um novo concerto com vistas a ampliarem seu poder de atuação, antes limitado pelas suas próprias fronteiras, agora ampliado por meio de tratados de cooperação.

É esse interesse recíproco dos Estados a se prestar assistência a fim de reprimir as infrações que lhes atingiram que revelou o fundamento da entreatajuda penal internacional, assentada na luta contra uma criminalidade que lhes é comum²⁰⁴ e que impulsionou o desenvolvimento desses novos mecanismos.

No que pertine aos crimes internacionais, classificados entre aqueles de maior gravidade a que devem ser assegurados todos os institutos capazes de garantir o mínimo de impunidade quanto ao julgamento e à imposição da pena, uma das principais manifestações no âmbito jurisdicional foi a criação da justiça internacional.

Surgida após a II guerra mundial e melhor reformulada com o Tratado de Roma, ao

²⁰² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit* : le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2004. t. 1, p. 36.

²⁰³ Menciono aqui, por exemplo, a fundação da Interpol, em 1923.

²⁰⁴ REBUT, Didier. *Droit penal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 129.

criar um Tribunal Penal Internacional com competência permanente para o julgamento de crimes internacionais, antecedido por Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, a justiça internacional, por certo que após transcorrer um longo caminho de desenvolvimento, pode contribuir para a formulação de valores universais da humanidade os quais, se lesados, outorgam a um ente posicionado acima dos Estados a possibilidade de julgar, condenar e executar penas, nas hipóteses de graves violações de direitos humanos, previstas em seu estatuto inaugural.

As jurisdições internacionais trazem um novo paradigma para a justiça penal, relativizando ainda mais o conceito de soberania, causando o que Antonio Cassese denomina “retraimento da autoridade do Estado”²⁰⁵, em virtude da perda, por parte deste, do monopólio do poder de dizer o direito²⁰⁶, apesar do princípio da complementaridade.

Para Cassese, todo esse fenômeno que culminou com a criação dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, e mais atualmente, com a criação de uma Corte Internacional permanente, demonstra a existência de “um processo de enfraquecimento da autoridade do Estado”²⁰⁷, mesmo com a tendência atual de diversas constituições de tentarem proteger seus nacionais contra processos de extradição, o que se constitui em “resquíio de uma época passada em que se tentava proteger os nacionais o máximo possível contra qualquer ingerência estrangeira”²⁰⁸, como uma expressão do antiquado paradigma Westfaliano, dissonante do que se espera da comunidade internacional de hoje, “em que o respeito aos direitos humanos conta entre os valores universais que se impõem a qualquer Estado”²⁰⁹, tornando essa regra uma verdadeira “reliquia”.

Ainda assim, conclui Cassese que a erosão da soberania do Estado seja mais aparente do que real, porquanto para recolher elementos de prova, para convocar testemunhas, para efetuar buscas ou apreensões, para notificar e fazer cumprir mandados de comparecimento ou prisão, e até mesmo para a execução das penas, os juízos das Cortes Internacionais devem se dirigir às autoridades nacionais, caso em que esses tribunais são desprovidos de poder de coerção, o qual permanece nas mãos dos Estados soberanos, fazendo concluir que as jurisdições penais internacionais esbarram no muro da soberania. Sendo assim, por exemplo, se o Estado se opõe a cumprir uma ordem de entrega, o indivíduo permanece sob sua

²⁰⁵ CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 4.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 4 et seq.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 4.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 4.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 4.

autoridade, e a jurisdição internacional não tem nenhuma arma eficaz à sua disposição para constranger o Estado a entregá-lo²¹⁰.

Com base nessa constatação é que Antonio Cassese afirma que o “*Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais*”²¹¹.

Isso porque, segundo Cassese²¹², é ainda o juiz nacional quem detém os meios coercitivos, havendo inclusive a possibilidade de que esse juiz nacional, em razão da complexidade dos crimes, seja auxiliado por juízes internacionais, como ocorreu, por exemplo, no Timor Leste e no Kosovo, mediante a criação de Tribunais Penais Mistos, sem prejuízo da adoção de mecanismos de cooperação penal internacional por esses juízes nacionais, nas hipóteses em que os crimes a serem julgados tenham sido cometidos ou tenham tido a participação de autores de diferentes Estados.

Nesse sentido, uma das principais manifestações no âmbito jurisdicional no que tange ao julgamento dos crimes internacionais é o papel das jurisdições nacionais²¹³ e internacionais, sendo necessário destacar que esta somente atua em complementaridade àquela. Para o exercício da jurisdição nacional, Cassese inclusive advoga a necessidade de que todos os Estados adotem o princípio da justiça universal, a possibilitar que qualquer juiz de qualquer Estado possa ser competente para processar crimes internacionais²¹⁴.

A justificativa para a adoção da competência universal para o julgamento desses crimes estaria no fato de que esses ofendem a comunidade internacional em seu conjunto, o

²¹⁰ Antonio Cassese explica sua conclusão, afirmando que o caráter ultrapassado dessa tradição revelou-se nas práticas dos Tribunais Penais Internacionais. Muitas vezes, quando o Procurador do Tribunal Penal Internacional de Haia pedia ao Estado em questão que lhe entregasse um de seus cidadãos, o Estado entrincheirava-se atrás de sua Constituição que lhe proibia a extradição. Essa recusa é ainda mais absurda porque acabava garantindo a impunidade de pessoas acusadas de crimes muito graves. A resposta constante dos juízes internacionais foi dupla. Primeiro, em virtude de um bem consolidado princípio do direito internacional os Estados não podem invocar sua legislação, nem mesmo constitucional, para se furtarem a uma obrigação internacional. Essa objeção é, obviamente, tradicional. Outra, ao contrário, é inovadora. Consiste em dizer que as regras constitucionais em questão deveriam ser aplicadas no máximo às relações entre Estados soberanos e não entre um Estado e uma jurisdição internacional. CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 5.

²¹¹ Ibid., p. 9.

²¹² Ibid., p. 23.

²¹³ No transcurso do século XX, podem ser citados diversos exemplos importantes de crimes que lesaram a humanidade como um todo e que foram julgados por juízes criminais nacionais, quer mediante a adoção do princípio da territorialidade, quer mediante a adoção do princípio da nacionalidade passiva. Por força do princípio da territorialidade, cito os julgamentos de Klaus Barbie na França, Jorge Rafael Videla na Argentina e Sadam Hussein no Iraque. Também por aplicação do princípio da nacionalidade passiva, há casos de julgamento de crimes internacionais por jurisdições nacionais, como ocorreu no caso Adolf Eichmann, em Israel.

²¹⁴ CASSESE, op. cit., p. 13-14.

que também, teoricamente, eliminaria o risco de impunidade.

No entanto, a meu ver, essa não é uma tendência do direito internacional, especialmente a partir da alteração do direito nacional belga que revogou o reconhecimento do princípio da competência universal absoluta após a decisão de sua Corte de Apelação, que recusou a acusação contra o Primeiro Ministro Israelense Ariel Sharon (relativo aos massacres de Sabra e Shatila em 1982, no Líbano), sob o argumento de que o acusado somente poderia ser processado se ingressasse em território nacional. Trata-se de alteração da Lei de 16 de junho de 1993 pela Lei de 23 de abril de 2003, que praticamente esvaziou a possibilidade de adoção do princípio da justiça universal naquele país²¹⁵.

Da mesma forma, o direito interno francês sofreu alterações, por ocasião de sua adaptação ao Estatuto de Roma, tendo o princípio da justiça universal sofrido maior relativização com a exigência feita pelo artigo 689 do Código de Processo Penal no sentido de que não bastava a presença do acusado em território francês (como constava em sua previsão anterior), sendo exigida sua residência habitual, a dupla incriminação e, ainda, mediante ação penal de iniciativa exclusiva do Ministério Público (anteriormente concorrente com a vítima)²¹⁶.

A par das jurisdições nacionais com competência para julgamento de crimes internacionais, quer por aplicação dos princípios da territorialidade, quer por força do princípio da nacionalidade passiva ou mesmo do princípio da justiça universal (hoje com aplicação cada vez mais restrita), a jurisdição internacional apresenta-se como nova perspectiva, de construção paralela à própria edificação do conceito de crimes internacionais.

Com todas as suas vicissitudes e com todos os caminhos ainda a percorrer, estas, afinal, podem ser apontadas como perspectivas para a justiça penal que se quer construir para o futuro: a edificação de uma jurisdição internacional com competência para julgar os crimes internacionais em geral, e o fortalecimento de uma jurisdição nacional apta à persecução de crimes que não se limitam à fronteira dos Estados, aparelhada por mecanismos eficazes de cooperação penal internacional, aplicável para aquelas hipóteses em que a jurisdição nacional resta impotente para punir crimes que suplantam as fronteiras do Estado-nação.

Ademais, em última análise, o desenvolvimento dessas duas manifestações da justiça penal no âmbito internacional ainda possui o condão de elevar a sociedade contemporânea na direção de dois estágios mais aprimorados, pelo menos em um de seus

²¹⁵ INAZUME, Mitsue. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Utrecht: Intersentia, 2005. p. 96-97.

²¹⁶ REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 111-114.

muitos aspectos, sendo possível de compreendê-las como possíveis facetas do que Kant vislumbrou como *jus gentium* e *jus cosmopolitanum*: a cooperação penal internacional integra uma das dimensões do direito das gentes, sendo seu desenvolvimento diretamente relacionado com o aperfeiçoamento do direito interestatal, dependente de uma aliança entre os povos e de um elo de coordenação entre Estados soberanos; por seu turno, a justiça internacional penal constitui-se em importante instrumento de identificação de bens jurídicos pertencentes à comunidade internacional, porquanto possui competência para processar e julgar crimes que lesam a humanidade em seu conjunto, habilitando-lhe a edificar um incipiente direito cosmopolita.

2.2.1. A Cooperação Penal Internacional: uma Acepção do *jus gentium*

Voltando-se ao pressuposto kantiano de que as transgressões fazem a humanidade evoluir e, principalmente, fazem com que os Estados saiam do estado de natureza e das *relações caóticas* que mantêm entre si, é possível por esse prisma afirmar que a transnacionalização dos delitos é também um propósito da Natureza, na medida em que impulsiona a criação de mecanismos capazes de superar a impotência da jurisdição criada por seu limite territorial, além de propiciar que os Estados possam aquilatar suas relações internacionais pela via cooperativa.

Com a evolução da delinquência transnacional, alguns espaços regionais passaram a ter essa imposição evolutiva como premente, no sentido de tentar superar limites que entravavam uma prestação jurisdicional penal satisfatória.

Para bem delimitar o tema, toma-se a lição de Didier Rebut no que pertine ao conceito de cooperação penal internacional, segundo o qual a entreaajuda judicial consiste em um Estado fazer cumprir sobre seu território, por seus agentes públicos, atos solicitados a pedido de outro Estado, que considera que eles sejam necessários ou, pelo menos, úteis para um procedimento que ele tenha iniciado. Esses atos podem ser o conjunto daqueles aos quais um procedimento penal possa dar lugar e podem, portanto, indiferentemente se tratar de atos não coercitivos. Refere, ainda, ser usual, nesse domínio, separar a entrega coercitiva de uma pessoa, o que corresponde à extradição, de outros atos possíveis de entreaajuda judiciária penal²¹⁷.

No mesmo sentido, para Raúl Cervini e Juarez Tavares, existe cooperação penal

²¹⁷ «L'entraide judiciaire consiste pour un État à faire accomplir sur son territoire, par ses agents publics, des actes à la demande d'un autre État, lequel considère qu'ils sont nécessaires ou, à tout le moins, utiles pour une procédure qu'il a engagée. Ces actes peuvent être l'ensemble de ceux auxquels une procédure pénale peut donner lieu. Il peut donc indifféremment s'agir d'actes non coercitifs. Il est usuel, dans ce domaine, de séparer la remise coercitive d'une personne, qui correspond à l'extradition, et les autres actes possibles d'entraide judiciaire pénale». REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 135.

internacional na hipótese em que “o aparato judicial de um Estado, que não tem poder de império senão dentro de seu território, recorre ao auxílio, à assistência que lhe podem prestar outros Estados, por meio de suas atividades jurisdicionais²¹⁸”.

Embora a cooperação penal internacional tenha se desenvolvido de forma mais intensa a partir do século XX, principalmente impulsionada por processos de integração, o entendimento acerca de sua utilidade é bastante antigo, como noticiam Cervini e Tavares:

A Cooperação Penal Internacional, *lato sensu*, não é uma descoberta recente. Os primeiros aportes clássicos ao tema já podem encontrar-se incidentalmente em Bartolo e, de forma mais precisa, na Escola Holandesa, na obra de Grocio e seus seguidores Puffendorf e Wolff. Nos recorda João Marcello de Araújo Júnior que o primeiro caso histórico consta do tratado de paz celebrado entre Ramsés II e Hatussilli, rei dos Hititas, em 1280 a.C., e que este tratado é considerado o mais antigo da humanidade²¹⁹. (grifo do autor).

A cooperação penal internacional foi, no entanto, melhor desenvolvida a partir do contexto histórico em que se modificou o padrão de delinqüência até então existente, momento em que se fez imprescindível criar algum instrumento que fosse “suficiente ante ao fato tangível de que, enquanto a defesa social em matéria penal se exercia primordialmente em âmbitos circunscritos, limitados (princípio da territorialidade), a delinqüência já se internacionalizava²²⁰”.

Na União Europeia, por exemplo, há muito se fez sentir a ideia da necessidade de adoção de medidas de compensação a fim de que o desenvolvimento do princípio da livre circulação de bens e de pessoas e a redução do controle das fronteiras não representasse um aumento da criminalidade, restando estabelecido, pois, um sistema de cooperação penal policial e judiciária, mais amplamente denominado sistema de cooperação jurídica.

Percebe-se que já nos primeiros anos de formação do bloco tal preocupação era premente, tendo em vista que no ano de 1959, no marco do Conselho da Europa, firmou-se a Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em matéria de Cooperação Judicial Penal, que entrou em vigor em 1962 e que já consagrava princípios de cooperação penal, tais como o princípio do reconhecimento mútuo.

Em 1976, formalmente tem início a cooperação policial entre representantes dos Estados-membros da União Europeia, através da criação de grupos de trabalho denominados “Grupos Trevi”, que atuavam em relação a matérias relativas ao terrorismo, sendo que já no

²¹⁸ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 44.

²²⁰ *Ibid.*, p. 45.

ano de 1989 existiam quatro diferentes grupos de trabalho, cada qual preocupado com temas diversos, quais sejam: terrorismo, cooperação policial, crime organizado e livre circulação de pessoas.

Um novo marco na cooperação se inaugura com o Tratado de Maastricht, em 1992, passando a integrar o terceiro pilar da União Europeia, relativo à política de liberdade, segurança e justiça.

Em 1º de maio de 1999, entra em vigor o Tratado de Amsterdã, cujo Título VI “Disposições relativas à Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal”²²¹ dá prioridade à prevenção e ao combate aos crimes transnacionais e distingue perfeitamente a cooperação policial da cooperação judiciária.

Em 28 de fevereiro de 2002, o Conselho da Europa instituiu a Eurojust, prevista em 2000 pelo Tratado de Nice, sendo formada por procuradores, juízes e membros da polícia, com a finalidade de coordenar os processos e investigações relativas ao crime organizado²²².

Mais recentemente, em 2007, restou firmado o Tratado de Lisboa que, além de conferir personalidade jurídica de direito internacional à União Europeia, colocou fim aos três pilares, utilizando agora a expressão “Espaço de liberdade, de segurança e de justiça”, mas mantendo os mecanismos de cooperação penal internacional existentes²²³.

No âmbito interamericano, por sua vez, o processo de desenvolvimento da cooperação penal internacional é mais recente, lento e descontínuo.

Recente porque tem início mais evidente com a Convenção das Nações Unidas de 1988 sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, as Convenções do Panamá de 1975, a Convenção Interamericana sobre Extradução, firmada em Caracas em 1981, e a Convenção Interamericana sobre Assistência Judicial em Matéria Penal, cujas tratativas foram iniciadas em 1987, sendo deles signatários o Equador, Granada, Nicarágua e Uruguai (1993), além do Brasil (1994).

O processo também é lento, sabendo-se que poucas conferências sobre a matéria são realizadas no âmbito da América Latina, e descontínuo, já que muitos instrumentos firmados

²²¹ COMUNIDADES EUROPEIAS. Tratado de Amsterdão que altera o Tratado da União Europeia, os tratados que instituem as comunidades europeias e alguns actos relativos a esses tratados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], C340, p. 16, 10 nov. 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²²² Id. Tratado de Nice que altera o tratado da União Europeia, os tratados que instituem as comunidades europeias e alguns actos relativos a esses tratados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], C80, 10 mar. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²²³ UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Lisboa que altera o tratado da União Europeia e o tratado que institui a comunidade europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], C306, 17 dez. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

em nível internacional sequer são internalizados pelos Estados-partes.

Essas mesmas características são percebidas no desenvolvimento dos instrumentos de cooperação penal no âmbito do Mercosul, não se fazendo necessária uma digressão muito alongada quanto aos tratados de entreatajuda já firmados, cujas tratativas nesse sentido iniciaram-se nos anos 1980 com os Convênios bilaterais firmados pelo Uruguai com a Argentina e o Chile, relativamente às informações sobre antecedentes penais.

Também são destacáveis o Tratado Bilateral de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais firmado em 1992 entre Brasil e Uruguai, o Acordo de Recife firmado em 1993 e relativo à aplicação de controles integrados de fronteiras, além do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional de Las Leñas, de 1992 que, inobstante a princípio alcançasse apenas as matérias civil, trabalhista, comercial e administrativa, já continha relevante disposição em seu artigo 18, estendendo reconhecimento e execução de sentenças criminais no que diz respeito à reparação de danos e restituição de coisas apreendidas.

De maior relevância é o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 03/2000, e que tem como objetivo precípuo controlar a criminalidade transnacional, cujo texto reconhece “que muitas atividades delituosas representam numa grave ameaça e se manifestam através de modalidades criminosas transnacionais nas quais freqüentemente as provas se situam em diferentes Estados”²²⁴.

Trata-se de primoroso instrumento, consagrador de relevantes princípios que têm o condão de equilibrar perfeitamente dois valores, segundo Ada Pellegrini Grinover, “*antagônicos*”, quais sejam,

de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal²²⁵.

Destacam-se, dentre esses postulados, os princípios da eficácia na assistência, a delimitação quanto ao âmbito, a reserva política, o respeito à lei interna processual e substancial do Estado requerido, o respeito à jurisdição territorial, a proteção aos sujeitos do processo e a especialidade quanto ao uso de informações ou provas obtidas, não tendo sido

²²⁴ MERCOSUL. *Protocolo de assistência jurídica mútua em assuntos penais*. São Luiz, Argentina, 25 jun. 1996. Disponível em <http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/ASSUNTOS_PENAIIS.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 160, 1996.

adotados, no âmbito do Mercosul, o princípio de aplicação de ofício do direito comunitário e o princípio da primazia das normas processuais de fontes supranacionais sobre a fonte interna, tendo em vista sua constituição como ente intergovernamental, e não supranacional.

Dentre as principais medidas compreendidas pela assistência mútua devem ser sublinhados (art. 2º) a produção de provas em Estado diverso do Estado competente para a persecução, a notificação de peritos e testemunhas para o comparecimento no Estado requerente, as medidas cautelares sobre bens localizados em outro Estado, dentre as quais se enfatiza o sequestro, a busca e apreensão e o arresto (este na hipótese da *Actio Civilis Ex Delicto*), a entrega de documentos probatórios, além do traslado de pessoas sujeitas a procedimento penal, desde que haja autorização dessa pessoa, bem como do Estado requerido.

Paralelamente aos espaços de integração, friso a existência de diversos tratados bilaterais ou multilaterais que pugnam pela prestação de cooperação penal entre diferentes Estados, como por exemplo o acordo firmado em 2009 entre a União Europeia e o Japão no domínio do auxílio judiciário mútuo em matéria penal, aprovado pelo Conselho Europeu em 7 de outubro de 2010 (2010/616/EU), vinculando cada um dos Estados que compõem a União Europeia a prestarem colaboração recíproca ao Japão em matéria penal²²⁶.

Também já destacada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ou Convenção de Palermo, adotada em Nova York em novembro de 2000, firmada por diversos países²²⁷, visando à adoção de medidas homogêneas para combater a

²²⁶ UNIÃO EUROPEIA. Decisão do Conselho de 7 de outubro de 2010 sobre a celebração do Acordo entre a União Europeia e o Japão relativo ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L271, p. 3, 15 out. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0616&from=FR>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²²⁷ Firmado por Afeganistão, África do Sul, Albânia, Alemanha, Arábia Saudita, Argélia, Antígua e Barbuda, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bahamas, Bahrein, Bélgica, Belize, Benin, Bielorrússia, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Botsuana, Brasil, Brunei, Bulgária, Burkina Faso, Cabo Verde, Camarões, Camboja, Canadá, Catar, Cazaquistão, Centro-Africana (República), Chade, Chile, China, Chipre, Cingapura, Colômbia, Congo (República Democrática do), Costa Rica, Croácia, Cuba, Djibuti, Dinamarca, República Dominicana, Egito, El Salvador, Emirados Árabes Unidos, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Etiópia, Filipinas, Finlândia, França, Gabão, Gâmbia, Geórgia, Granada, Guatemala, Guiana, Guiné, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Honduras, Hungria, Ilhas Comores, Ilhas Cook, Indonésia, Iraque, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Jamaica, Jordânia, Kiribati, Kuaite, Laos (República Democrática Popular do), Lesoto, Letônia, Líbano, Libéria, Líbia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia (Antiga República Iugoslava da), Madagascar, Malásia, Malawi, Mali, Malta, Marrocos, Maurício, Maurítânia, México, Micronésia (Estados Federados da), Moldávia (República da), Mônaco, Mongólia, Montenegro, Moçambique, Myanmar, Namíbia, Nicarágua, Níger, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia Países Baixos, Omã, Panamá, Paquistão, Paraguai, Peru, Polónia, Portugal, Quênia, Quirguistão, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Romênia, Ruanda, Rússia (Federação Russa), San Marino, São Cristóvão e Névis, São Tomé e Príncipe, Sri Lanka, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Senegal, Sérvia, Seychelles (Ilhas), Síria (República Árabe da), Sudão, Suécia, Suíça, Suriname, Tajiquistão, Tanzânia, Timor-Leste, Togo, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turcomenistão, Turquia, Ucrânia, Uganda, União Europeia, Uruguai, Uzbequistão, Vanuatu, Venezuela (República Bolivariana da), Iêmen, Zâmbia e Zimbábwe.

lavagem de dinheiro e a aproximação das legislações penais no que tange à criminalização da corrupção. Como referi anteriormente, a Convenção prevê regras que permitem a simplificação do confisco e da extradição para os delitos ali previstos, além da possibilidade de colher testemunhos, notificar atos judiciais, efetuar buscas, apreensões e embargos, examinar objetos e locais, fornecer informações, elementos de prova, documentos e perícias, além de conter previsão quanto à proteção de vítimas e testemunhas.

Em todos esses instrumentos, a cooperação penal internacional de fato mostra-se como adequada para a superação dos limites territoriais da jurisdição penal nacional em seus diversos níveis, tanto no que diz respeito às medidas cautelares, quanto às medidas instrutórias e à extradição, entendidas como instrumentos de entreaajuda penal de primeiro, segundo e terceiro níveis, respectivamente²²⁸.

No que se refere à sua finalidade, a cooperação penal internacional visa de alguma forma superar o limite da jurisdição territorial dos Estados contraposta com a atenuação das fronteiras, ainda que tenha como pressuposto justamente a existência de Estados soberanos.

Sob essa ótica, Rebut afirma que, como mecanismo interetático, a entreaajuda é ligada à divisão da sociedade em Estados separados política e territorialmente. Nesse sentido, as normas que regem a sua aplicação são baseadas, por exemplo, na comunicação por meio de canais diplomáticos ou a execução por parte das autoridades políticas, as quais traduzem a descontinuidade territorial dos Estados, que impede as relações diretas entre autoridades judiciárias. A natureza interetática da entreaajuda, entretanto, a torna inadaptada para os Estados que se aproximam política e territorialmente, como é o caso da União Europeia, cujos Estados membros começaram um processo de integração política e territorial que é movida mecanicamente sobre a entreaajuda judiciária para a harmonizar²²⁹.

²²⁸ Como medida de cooperação de terceiro nível, poder-se-ia incluir o instituto da entrega, previsto pelo Estatuto de Roma, no que tange à disponibilização do acusado para julgamento, mas dela diferindo no aspecto em que esses últimos se dão entre jurisdições nacionais, ao passo que aquela se operacionaliza de uma jurisdição nacional para uma jurisdição internacional. Semelhante a entrega e também incluída em um terceiro nível de cooperação penal internacional, assim como a extradição, encontrar-se-ia o mandado de detenção europeu.

²²⁹ «En tant que mécanisme interétatique, l'entraide est liée à la division de la société internationale en États séparés politiquement et territorialement. Les règles qui en régissent la mise en œuvre en sont fonction comme, par exemple, la communication par la voie diplomatique ou l'exécution par les autorités politiques, lesquels traduisent la discontinuité territoriale des États qui empêche les relations directes entre autorités judiciaires. La nature interétatique de l'entraide la rend cependant inadaptée pour les États qui ont entrepris de se rapprocher politiquement et même territorialement. C'est le cas de l'Union européenne dont les États membres ont entamé un processus d'intégration politique et territoriale qui s'est mécaniquement reporté sur l'entraide judiciaire pour l'accorder». REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 133.

Nessa perspectiva, muito embora haja grandes diferenças entre a cooperação penal estabelecida na União Europeia relativamente a outros espaços, pode-se dizer que o arquétipo da soberania dos Estados ainda funciona como base da cooperação penal internacional, ao menos de modo geral, bastando para isso partir da assertiva de que se não existissem limites territoriais de atuação para o juiz nacional, não haveria necessidade de existir cooperação.

A cooperação penal internacional, enquanto *longa manus* da jurisdição nacional, só é necessária porque o Estado soberano possui fronteiras que são, além de geográficas, também políticas e jurídicas, disso decorrendo o princípio da não-ingerência em assuntos internos de outros Estados.

Aqui, no entanto, há que se fazer uma diferenciação entre os sistemas que adotam a cooperação penal internacional mediante a utilização de mecanismos que são supranacionais em contraposição à adoção da entreaajuda penal em bases intergovernamentais, como se depreende da análise comparativa da cooperação penal internacional adotada na União Europeia relativamente aos demais instrumentos internacionais, como os tratados que regem a cooperação no âmbito do Mercosul, bem como entre os demais países da América, ou mesmo no que diz respeito aos tratados multilaterais firmados por Estados que compõem a União Europeia com outros Estados, como já citados.

Nesse sentido, todo o arcabouço normativo que rege as relações entre os países que compõem a União Europeia, inclusive às atinentes à cooperação penal entre os Estados-membros, são dotadas do atributo da supranacionalidade, que, segundo a definição de Márcio Monteiro Reis consiste a) na existência de instâncias de decisão independentes do poder estatal, as quais não estão submetidas ao seu controle; b) na superação da regra da unanimidade e do mecanismo de consenso, já que as decisões – no âmbito das competências estabelecidas pelo tratado instituidor – podem ser tomadas por maioria; e c) no primado do direito comunitário: as normas originadas das instituições supranacionais têm aplicabilidade imediata nos ordenamentos jurídicos internos e não necessitam de nenhuma medida de recepção dos Estados²³⁰.

Dessa característica da supranacionalidade decorre a aplicação de alguns princípios à cooperação penal internacional, como o princípio da primazia das normas processuais de fontes supranacionais sobre a fonte interna, o princípio da aplicação de ofício do direito

²³⁰ REIS, Márcio Monteiro. *MERCOSUL, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 65.

comunitário e o princípio do reconhecimento mútuo²³¹, que lhe garantem maior eficácia.

Da adoção desses princípios pela União Europeia para a cooperação penal internacional decorreu a possibilidade de implementação, de um lado, dos denominados mecanismos de procedimento e, de outro, das estruturas de cooperação judiciária. Entre os mecanismos de procedimento se encontram o mandado de detenção europeu²³², o congelamento de bens ou de elementos de provas²³³ e o mandato europeu de obtenção de provas²³⁴. São tratados como estruturas de cooperação penal internacional próprias de União Europeia a EUROJUST²³⁵, os magistrados de ligação²³⁶ e a Rede Judiciária europeia²³⁷. Necessário também registrar o avanço alcançado no que pertine à cooperação policial, como a troca de informações²³⁸, os atos de investigação em país estrangeiro e as equipas comuns de

²³¹ Conforme Didier Rebut, trata-se de princípio adotado pela União Europeia, como forma de enfraquecer as barreiras ligadas à separação territorial e política. Assim se manifesta: « Le mécanisme de l'entraide s'analyse en une assistance apportée par l'État requis à l'État requérant par laquelle celui-là accepte d'exécuter un acte à la demande de celui-ci. Cette assistance intervient dans le cadre des relations internationales existant entre ces deux États. Elle consiste à répondre à une demande présentée par un État étranger. [...]. Ce mécanisme doit être reconsidérée dans un contexte international de rapprochement ou *a fortiori* d'intégration entre des États. Ce rapprochement ou cette intégration commande d'affaiblir les barrières liées à une stricte séparation territoriale et politique. Il peut aussi nécessiter de pousser plus avant la coopération judiciaire en exécutant ou, à tout le moins, en reconnaissant les décisions rendues à l'étranger. C'est la direction prise par l'Union européenne avec le principe de reconnaissance mutuelle [...]. » (grifo do autor). REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris : Dalloz, 2012. p. 307.

²³² Conselho de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999 e Decisão-Quadro de 13 de junho de 2002. COMUNIDADES EUROPEIAS. Decisão-quadro do Conselho de 13 de junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L190, p. 1-18, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0010.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²³³ Decisão-quadro de 22 de julho de 2003. UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho de 22 de julho de 2003 relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L196, p. 45-55, 02 ago. 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0577&rid=2>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²³⁴ Decisão-quadro de 18 de dezembro de 2008. Id. Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho de 18 de dezembro de 2008 relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objectos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L350, p. 72-92, 30 dez. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0978&rid=7>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²³⁵ Conselho de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, Decisão do Conselho de 28 de fevereiro de 2002 e Tratado de Lisboa. COMUNIDADES EUROPEIAS. Decisão do Conselho de 28 de fevereiro de 2002 relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L63, p. 1-13, 06 mar. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0187&rid=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²³⁶ Ação Comum do Conselho, de 22 de abril de 1996. Id. Ação comum de 22 de abril de 1996. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L105, p. 1-2, 27 abr. 1996. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F0277&rid=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²³⁷ Ação Comum do Conselho, de 29 de junho de 1998. Id. Ação comum de 29 de junho de 1998 adoptada pelo Conselho, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, que cria uma rede judiciária europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L191, p. 4-7, 7 jul. 1998. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0428&rid=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²³⁸ Convenção de Schengen de 19 de junho de 1990 e Decisão-Quadro nº 2006/960/JAI de 18 de dezembro de 2006. UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2006/960/JAI do Conselho de 18 de dezembro de 2006 relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-Membros da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L386, p. 89-100, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006F0960&rid=2>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

investigação²³⁹, a infiltração e o monitoramento extraterritorial²⁴⁰.

Tais institutos inexistem em espaços em que a cooperação penal internacional é adotada sob base intergovernamental, como ocorre nas hipóteses em que é prevista por tratados bilaterais ou multilaterais firmados por Estados que não formam entre si um espaço de integração, ou mesmo no que se refere aos instrumentos de cooperação penal internacional implementados no âmbito do Mercosul, o que acaba dificultando a eficácia de uma prestação jurisdicional persecutória contra a criminalidade transnacional.

Especificamente em relação ao caráter intergovernamental do Mercosul e à ausência de supranacionalidade, ressaltam Cervini e Tavares ter sido essa a opção estampada no Tratado de Assunção e mantida no Protocolo de Ouro Preto, daí decorrendo: a ausência de instâncias supranacionais no processo de tomada de decisões, a carência de órgãos técnicos ou administrativos, a falta de controle de legalidade das normas e decisões e a ausência de efeitos diretos do conjunto de normas que o constituem, daí concluindo que o Mercosul é, antes, uma zona de livre comércio, ao invés de um Mercado Comum²⁴¹.

Transportadas essas características ao âmbito da cooperação penal internacional, não se aplicam ao Protocolo do Mercosul os princípios da primazia das normas de fonte supranacional sobre a fonte interna e da aplicação de ofício de direito comunitário, tendo lugar o princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos dos Estados-Partes.

Mas muito embora sejam de difícil comparação sistemas de entreaajuda penal que se encontram em diferentes estágios evolutivos, pode-se dizer que ambos possuem um objetivo comum, que é justamente minimizar os efeitos impostos pela criminalidade transnacional, diante da limitação imposta pelo princípio da territorialidade, há muito consagrado pelo ordenamento jurídico-penal no âmbito interno dos Estados, o que traz uma nova perspectiva para a justiça penal em matéria de criminalidade transnacional.

De fato, o processo contínuo de transnacionalização dos delitos acabou por desafiar os

²³⁹ Convenção de Schengen de 19 de junho de 1990 – artigos 40 e 41. UNIÃO EUROPEIA. *Texto da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, [2015]. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/schb-9.html>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁴⁰ Convenção Europeia de Cooperação Judicial em matéria penal, de 29 de maio de 2000. COMUNIDADES EUROPEIAS. Acção do Conselho de 29 de maio de 2000 que estabelece, em conformidade com o artigo 34.o do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L197, p. 1-23, 12 jul. 2000. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000F0712\(02\)&rid=14](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000F0712(02)&rid=14)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁴¹ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26 et seq.

Estados a buscar novas estratégias ou modelos persecutórios, em especial diante do visível incremento de organizações criminosas. Veio a criminalidade transnacional, portanto, a impulsionar a criação de instrumentos novos, tendentes a atenuar as limitações territoriais da jurisdição, no sentido de que os Estados pudessem se unir sob comum propósito.

Sob essa ótica a transnacionalização dos delitos pode ser vista como um estímulo ao aperfeiçoamento das relações entre os Estados nacionais, voltando-se aqui àquela ideia inicial de Kant no sentido de que seriam as transgressões humanas como que instrumentos hábeis a retirarem os Estados do estado caótico de relacionamento de uns com os outros, ou do que ele denomina estado de natureza das relações estatais.

Não fosse o extravasamento das fronteiras pela delinquência, permaneceria a jurisdição estatal limitada ao princípio da territorialidade e os Estados ensimesmados sob o manto da soberania. Nesse prisma, tem a criminalidade, vista em seu propósito evolutivo, um papel determinado no que tange ao aperfeiçoamento dos Estados, especialmente nas relações que travam entre si.

Parte-se da premissa aqui de que se o interesse pelo direito de punir estende-se a diversos Estados e, por consequência, a diversos povos, um novo elo se estabelece, podendo esse ser comparado àquele que outrora ligou diferentes comunidades em um mesmo Estado-nação, mas que agora se dá em outro nível, passando a unir esses Estados e a determinar o desenvolvimento de suas relações internacionais rumo a um patamar mais elevado.

Analisando especificamente o contexto europeu, precisamente em relação a esse aspecto evolutivo, Jürgen Habermas bem compreende esse processo, em relação ao qual assim aduz:

A moldura nacional-estatal para a implementação dos direitos humanos e da democracia tornou possível uma nova forma mais abstrata de integração social para além das fronteiras das linhagens e dialetos. Hoje nos encontramos diante da tarefa de dar continuidade a esse processo com mais um passo na direção da abstração. Uma formação da vontade democrática que ultrapasse as fronteiras necessita de um contexto apropriado. Para tanto, deve-se desenvolver uma esfera pública política de dimensões europeias e uma cultura política comum. Em uma tal relação comunicativa que se estende para além das fronteiras das sociedades nacionais também deve surgir uma consciência de co-pertença a partir de uma rede de interesses há muito existente²⁴².

Será possivelmente à medida do surgimento e incremento das diversas necessidades latentes, não apenas no campo penal, mas em outras esferas principalmente políticas e

²⁴² HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução Márcio Seligman Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001. p. 27-28.

econômicas, que a criação de dificuldades de solução aos Estados, enquanto agentes isolados, determinará sua cada vez maior aproximação, na esteira da ideia de que problemas regionais ou globais não podem ser contemporizados de forma local. Tal processo por certo colabora para a saída dos Estados do estado de natureza em que se encontram (ou se encontravam) entre si. Aqui, a criminalidade transnacional é vista e compreendida como um desses acontecimentos propulsores, apesar de todas as vicissitudes e problemas que carrega consigo.

É nesse sentido que se pode concluir que a transnacionalização dos delitos pode servir como instrumento de concretização do propugnado *jus gentium* proposto por Kant, como segundo artigo definitivo para a paz perpétua.

Base do direito internacional público, o *jus gentium* regula o relacionamento entre os Estados, os quais devem, segundo Kant, ter suas relações fundadas em uma relação de Estados livres, a inaugurarem uma nova ordem internacional em alargamento, com alguns poderes supranacionais, até se chegar a uma confederação de Estados, caminho para a criação do terceiro estágio.

Esse último estágio evolutivo, fulcrado em uma esfera pública cosmopolita, distinta da ordem interna de cada um desses Estados, manteria inviolável pelo menos parcela da soberania de cada um dos entes que a compõem, sendo precisamente sob essas bases que se concretiza a cooperação penal internacional, mesmo naqueles espaços onde a soberania dos Estados nacionais ainda é muito presente.

Essa observação é também percebida no pensamento de Didier Rebut, referindo-se nesse particular à cooperação policial, ao afirmar que, decididamente, a soberania dos Estados proíbe que seus agentes ajam no estrangeiro e que essa proibição se traduz pela competência estritamente nacional das forças de polícia de um Estado, a qual impede de dar efeito a um ato policial realizado extraterritorialmente. Refere, no entanto, que essa proibição é levantada em caso de acordo com o Estado estrangeiro, que pode ser pontual, limitado ao cumprimento de um ato determinado, mas que pode ter um caráter geral sobre uma categoria de atos²⁴³.

Mas, no entanto, embora a cooperação penal internacional ainda seja amparada em decisões que emanam primeiramente de um Estado nacional soberano, o certo é que pouco a

²⁴³ «La souveraineté des États interdit résolument que leurs agents agissent à l'étranger. Cette interdiction se traduit par la compétence strictement nationale des forces de police d'un État. Celle-ci empêche de donner effet à un acte policier accompli extra-territorialement. C'est ainsi que la chambre criminelle a refusé de valider une arrestation opérée en Suisse par des policiers français. Elle a précisément considéré que leur compétence ne dépassait pas le territoire national, de sorte que leur arrestation était entachée de nullité. Cette interdiction est néanmoins levée en cas d'accord de l'État étranger. Cet accord peut être ponctuel, c'est-à-dire limité à l'accomplissement d'un acte déterminé. Il peut aussi avoir un caractère général et porter sur une catégorie d'actes». REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 371.

pouco as relações entre esses Estados que necessitam da entreaajuda penal vão se estreitando, em uma verdadeira federação de Estados livres, consubstanciando na prática o ideal kantiano de *jus gentium*.

Vislumbro também que o estreitamento dessas relações é capaz de futuramente criar a desejada ordem cosmopolita, que traz seus primeiros sinais, por exemplo, com o aperfeiçoamento de mecanismos como o mandado de detenção europeu, cuja finalidade principal, pode-se asseverar, é substituir o instituto da extradição.

Se a extradição pode ser tida como verdadeira representação do modelo arcaico de sociedade internacional, composta de Estados soberanos divididos territorial e politicamente (que protege seus nacionais), cujo regime é marcado pela comunicação por via diplomática e autoridades políticas, destinado a comportar a soberania recíproca dos Estados e que não mais se adapta entre Estados engajados em um processo de integração, de outra parte o mandado de detenção europeu dá lugar a um procedimento que de certa forma derroga a separação territorial dos Estados²⁴⁴, podendo ser visto como um exemplo do novo modelo de sociedade internacional, em incipiente construção.

Bem compreendidos os conceitos e sempre passíveis de serem excepcionalizados, menciono o instituto da extradição como um modelo arcaico, guardadas as devidas proporções relativamente a crimes políticos e de opinião e à proteção que o sistema internacional merece conferir a toda sorte de discriminações em virtude de raça, gênero, religião e orientação sexual, especialmente.

Refiro-me a uma amostra de como a cooperação penal internacional, em um estágio mais avançado de desenvolvimento, poderá ser capaz de promover o aprimoramento das relações internacionais e a aproximação entre os Estados, que não se fundem em um só, mas que possuem cada qual a sua estabilidade, formando uma federação de Estados livres.

Foi esse o sentido da proposição de Kant, ao delimitar o segundo artigo definitivo para a paz perpétua, assim dispondo: “O direito das gentes (*jus gentium*) deve assentar necessariamente numa federação de Estados livres”²⁴⁵, devendo todo Estado sugerir aos demais a formar com ele uma espécie de constituição, capaz de garantir o direito de cada um, o que se configuraria como uma sociedade de nações, sem que para isso houvesse uma relação com um Estado superior.

²⁴⁴ REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris: Dalloz, 2012. p. 307 et seq.

²⁴⁵ KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua*. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010. p. 49.

Como afirma Nour, esse estágio evolutivo consiste em uma “aliança de povos, ou em uma associação de alguns Estados ao qual todo Estado vizinho pode se associar²⁴⁶”, o que muito se assemelha ao auxílio interetático em matéria penal.

Assim sendo, se por um lado, a cooperação penal internacional consubstancia-se no desenvolvimento dessas relações, impulsionada, dentre outros fatores, pela cada vez mais presente transnacionalização dos delitos, por outro lado permite ela sejam aquilatadas as relações internacionais, a perfectibilizarem a proposta kantiana contida no segundo artigo definitivo para a paz perpétua de fortalecimento do direito das gentes.

2.2.2 A Justiça Internacional: uma Acepção do *jus cosmopolitanum*

Como já referi anteriormente, os crimes internacionais podem ser julgados tanto pelas jurisdições nacionais (quer por força do princípio da territorialidade, quer por força do princípio da extraterritorialidade), quanto pela jurisdição internacional, nesse caso por complementaridade.

Nos julgamentos de crimes internacionais por jurisdições penais internacionais, identifico o seu exercício como um nível de desenvolvimento da sociedade internacional em uma escala superior, porquanto cria-se uma ordem jurídica diversa e uma comunidade de valores própria, razão pela qual a percebo como uma faceta do *jus cosmopolitanum* kantiano.

Como afirmou Garapon, a justiça internacional, “ao contrário das anteriores utopias políticas”²⁴⁷, repatria-se para o interior da pátria humana, “para um lugar fora de qualquer território e um momento que o tempo não pode corromper”²⁴⁸.

Nesse mesmo sentido, quando Kant formulou os artigos para a paz perpétua, definiu o direito cosmopolita como um terceiro estágio evolutivo no caminhar da humanidade, no sentido de um conjunto de valores pertencentes à sociedade internacional os quais devem ser protegidos em um arranjo situado acima dos Estados. Trata-se, pois, do direito dos cidadãos do mundo, considerados não como membros do seu Estado, mas membros de uma sociedade cosmopolita, ao lado de cada Estado²⁴⁹.

Esse ideal não foi pensado por Kant sob o ponto de vista nem de um direito penal cosmopolita nem da existência de jurisdições penais internacionais, mas identifico nesse

²⁴⁶ NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 51-52.

²⁴⁷ GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 42.

²⁴⁸ Ibid., p. 42.

²⁴⁹ NOUR, op. cit., p. 54-55.

processo de internacionalização do direito penal e de penalização do direito internacional um aspecto do *jus cosmopolitanum* kantiano à medida que os crimes internacionais refletem a proteção de valores de um *direito público da humanidade*.

Assim como ocorreu com o surgimento das primeiras estruturas de poder que, para se manterem, necessitaram da força do direito penal enquanto poder punitivo para restabelecer o *status quo ante* das estruturas de Estado (na sua mais ampla acepção), da mesma forma quando a sociedade internacional começou a se estruturar para além do Estado-nação e com o auxílio de outros entes, como organizações internacionais e Cortes posicionadas acima dos Estados com competência para dizer esse direito relativamente novo, natural que se iniciasse um processo de ingerência do direito penal nessa nova ordem. Esse nada mais é do que o processo de penalização do direito internacional que se cristaliza no atual Tribunal Penal Internacional, passada a transição das Cortes Penais Internacionais *ad hoc*.

Mais uma vez o vaticínio kantiano se confirma quando afirmou que os mesmos motivos que levaram os seres humanos a se unirem em torno de algumas normas para a manutenção do poder do Estado são aquelas que levam a sociedade internacional a se manter por meio do relacionamento entre os Estados, que ora abre mão de uma parcela de sua liberdade, aqui lida e entendida como soberania. Com razão disse Mello que “no espírito de Kant, o que é verdadeiro em relação ao indivíduo não deixa de sê-lo também em relação aos povos e Estados”²⁵⁰.

Essa repetição se revela na forma como a humanidade se relaciona também com o poder punitivo: historicamente o recurso ao direito penal apareceu e se intensificou a partir do momento em que a solidariedade dos membros de um grupo se reforçava em torno de interesses comuns e se formava uma comunidade, a fim de proteger certos valores²⁵¹. A solidariedade social, fundamento da pena, presente em todas as sociedades, como afirmou Durkheim, é agora o fundamento da penalização do direito internacional, em uma escala de solidariedade alargada²⁵².

No momento presente, esse mesmo grupo, agora elevado à proporção de uma comunidade humana, possui o mesmo objetivo diante do nascimento de uma ordem pública internacional constituída por interesses e valores universais, identificados com a preservação da paz, da segurança internacional e da dignidade humana²⁵³, sendo que para isso também se valem do direito penal, não mais em nível doméstico.

²⁵⁰ MELLO, Sérgio Vieira de. História filosófica e história real: atualidade do pensamento político de Kant. In: MARCOVITCH, Jacques. *Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 57.

²⁵¹ FOUCHARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014. p. 281.

²⁵² Ver o conceito de solidariedade discursiva em: OSIEL, Mark. *Juger les crimes de masse: la mémoire collective et le droit*. Paris: Seuil, 2006.

²⁵³ FOUCHARD, op. cit., p. 282.

Em relação a todos esses processos existe uma aproximação com o ideal kantiano de construção de *jus cosmopolitanum*.

Como já mencionei nas linhas anteriores, atualmente vive-se em uma era de transição entre dois modelos: do modelo de soberania para o modelo universalista, mas com um equilíbrio capaz de permitir a coexistência de ambos, já que nenhum deles funciona de forma isolada posto que a eficácia da justiça penal internacional depende em grande parte da cooperação dos Estados, cumprindo ao direito internacional justamente acordar de forma positiva sobre os valores a promover e de forma negativa sobre as principais proibições²⁵⁴.

Esse papel incumbe sobremaneira ao direito internacional penal por meio de sua jurisdição, papel que a ela foi atribuído recentemente, pois se analisada sob o ponto de vista da história da humanidade, a jurisdição internacional penal é extremamente jovem, surgida com a experiência dos Tribunais Penais Internacionais Militares, criados com o intuito de julgar os crimes praticados durante a II guerra mundial e, posteriormente, as violações cometidas contra os direitos humanos nos conflitos ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda.

Assim, sua breve história pode ser dividida em cinco fases subsequentes, tendo-se iniciado com algumas tentativas inexitosas surgidas (1) no primeiro pós-guerra (1919-1945), (2) seguindo-se com os julgamentos protagonizados pelos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg e de Tóquio (1945-1946), (3) pelas tratativas entabuladas pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (1950-1946, 1990-1994), (4) pelos Tribunais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, bem como pelo surgimento do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1991-1998), (5) culminando com o início do seu funcionamento em 2002²⁵⁵.

Atualmente cristalizada no Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma de 1998, pode-se afirmar que a justiça penal internacional muito avançou, à medida que em um só diploma previu regras de direito material e processual relativas à tipificação e ao processamento de crimes internacionais cujo conteúdo foi ali delimitado.

Apesar de todas as incertezas quanto à legitimidade dessa nova Corte, principalmente no plano político, interessa investigar o papel das jurisdições penais internacionais como um todo no plano axiológico, no que tange às suas possibilidades de efetivamente fazer aflorar valores universais a demonstrar a existência de uma identidade mínima comum, expressa por meio de bens jurídicos fundamentais previstos nas figuras típicas dos crimes internacionais,

²⁵⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 7-20.

²⁵⁵ CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos tribunais militares internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Org.). *O direito penal no Estatuto de Roma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

fazendo-se relevante delimitar quais são as características principais dessas violações, a indicarem uma espécie de diferenciação de tratamento capaz de constituir um direito penal com validade de cunho cosmopolita.

Esse é o elo de ligação entre a jurisdição penal internacional e a construção de uma ordem cosmopolita preconizada por Kant, apesar da diversidade cultural e normativa existente entre os povos, especialmente tendo-se presente a premissa kantiana de aceitação do pluralismo jurídico e político na ordem internacional²⁵⁶.

E para investigar esse papel das jurisdições internacionais no plano axiológico, começo por analisar quais foram os valores por ela preconizados e quais as proibições identificadas como fundamentais, a ponto de chegarem ao seu campo de atuação.

Em Nuremberg, é destacável o processo contra Karl Dönitz (primeiro sucessor de Hitler, que chegou a sucedê-lo por alguns dias, tendo inclusive assinado a rendição da Alemanha), Hermann Göring (segundo na linha de sucessão de Hitler, fundador da Gestapo) e Rudolf Hess (terceiro na linha de sucessão de Hitler).

Karl Dönitz foi condenado a 10 anos de prisão por crimes contra a paz, acusado de ter promovido uma guerra desleal, como por exemplo, em razão do uso indiscriminado de submarinos. Não foi julgado por crimes contra a humanidade. Hermann Göring foi acusado pela prática de delito de conspiração, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, além de tortura e morte de judeus, tendo sido condenado à pena de morte por enforcamento. Já Rudolf Hess foi condenado à prisão perpétua, acusado pela prática de crimes contra a paz²⁵⁷.

Nos julgamentos de Nuremberg, predominou nas defesas dos acusados as teses no sentido de que os atos por eles praticados diziam respeito aos assuntos internos da Alemanha e que por isso interessavam somente ao povo alemão, tese essa que foi veemente refutada pelos julgadores.

Aqui, portanto, começava a transparecer a ideia de que existem algumas violações que ultrapassam a esfera do Estado-nação e que, pela sua gravidade e pelos valores que ferem, se tornam domínios de interesse não mais pertencente ao direito doméstico, fundando a ideia de universalismo jurídico, posteriormente adotado no Prêambulo do Estatuto de Roma, no aspecto em que afirma que seus Estados-Partes estão “conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham”²⁵⁸.

²⁵⁶ NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 53.

²⁵⁷ GILBERT, Gustave. *Le journal de Nuremberg*. Traduit de l'anglais par Maurice Vicent. Paris: Flammarion, 1947.

²⁵⁸ BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 28 nov. 2014.

Dos julgamentos protagonizados pelo Tribunal de Tóquio, vejo a concessão de imunidade deferida ao Imperador do Japão como a principal discussão a ser aduzida, o que colaborou para o debate sobre a necessidade de tratamento diferenciado aos crimes internacionais, de forma a que esse tratamento pudesse ser hábil a evitar ao máximo a impunidade. Esse o caminho para que se passe a entender que crimes internacionais (mesmo quando julgados pelas jurisdições nacionais) não são passíveis de imunidade, até mesmo porque, em geral, grande parte dessas violações, ao longo da história, foram cometidas por Chefes de Estado, imunes por força de normas de caráter diplomático.

Do balanço que pode ser tecido pelos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, uma crítica principal: a tese ali reforçada no sentido de que os Tribunais Penais Internacionais em geral prestam-se a cumprir o papel de justiça dos vencedores, muito embora Nuremberg tenha efetivamente respeitado as regras atinentes ao direito de ampla defesa dos acusados.

É por essa razão que, tecendo também críticas acerca dos problemas acarretados pela ineficácia de uma justiça sem poder coercitivo, Delmas-Marty aponta a dificuldade que possui a jurisdição penal internacional enquanto instrumento de implementação de uma paz durável (já que a paz por ela implementada é sempre provisória). Afirma que a humanidade se encontra em um período de transição em que se opõem dois modelos incompatíveis de ordem mundial, estando de um lado o modelo tradicional baseado na soberania, que privilegia a política sobre o direito e segundo o qual cada Estado é soberano para defender seus interesses (se necessário pelo uso da força), e de outro lado encontrando-se um modelo universalista, que postula o reconhecimento de valores universais cuja transgressão constitui-se em crimes que dizem respeito à toda comunidade humana, privilegiando a justiça sobre a política e submetendo ao direito o uso da força²⁵⁹.

Pode-se acrescentar que apesar de não terem faltado crimes contra a humanidade após Nuremberg e Tóquio, só se instaurou novamente a jurisdição penal internacional muito tempo

²⁵⁹ « Nous ne sommes sans doute ni dans l'ère de l'impunité ni dans celle de la responsabilité, mais dans une période de transition où s'affrontent deux conceptions de la légitimité, comme deux modèles incompatibles d'ordre mondial. D'un côté, le modèle souverainiste traditionnel, privilégiant la politique sur le droit, selon lequel et soumettant au droit chaque État est souverain pour défendre sa sécurité, si nécessaire il par la force. De l'autre, un modèle universaliste, qui postule la reconnaissance de valeurs universelles dont la transgression constitue des crimes qui concernent la communauté humaine tout entière, privilégiant la justice sur la politique et soumettant au droit l'usage de la force.

« Le tragique est que les deux événements évoqués ci-dessus illustrent l'incapacité de chaque modèle à garantir une paix durable : d'un côté la force nourrit la force et révèle sa fragilité, car la paix des vainqueurs est toujours provisoire ; de l'autre la justice sans la force reste ineffective, comme en témoignent les difficultés de la CPI à obtenir l'exécution de ses mandats d'arrêt, notamment celui lancé contre le président Al-Bashir, triomphalement réélu au Soudan. » DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?.* Paris: Seuil, 2011 t. 4, p. 7-8.

depois, relativamente às violações cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda, graças à pressão da opinião pública, o que se deu apesar da oposição dos principais países europeus, alimentando o debate acerca da necessidade de não restarem sem resposta as graves violações ocorridas contra os direitos humanos, germen da necessidade de criação de uma jurisdição penal internacional com caráter permanente²⁶⁰.

Dos processos constituídos pelos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda restaram também importantes reflexões: do TPIY, em especial, o julgamento de Slobodan Mlosevic, acusado pela prática de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e que, apesar de não ter sido condenado por ter falecido no curso do processo, trouxe mais uma vez à tona a discussão sobre a possibilidade de serem julgados Chefes de Estado. Do TPIR, evidencia-se o julgamento de Jean Kambanda, ex-Primeiro Ministro de Ruanda e condenado, em 1998, à prisão perpétua²⁶¹.

Por seu turno, apesar de sua recente criação, é preciso mencionar a existência de nove situações que compreendem os vinte e um processos existentes junto ao Tribunal Penal Internacional decorrentes de nove conflitos, a começar pela primeira decisão proferida, contra Thomas Lubanga, líder da União de Patriotas da República Democrática do Congo, acusado de recrutar crianças com menos de 15 anos para lutar nos conflitos étnicos na região de Ituri entre 2002 e 2003²⁶², e que em 2012 restou condenado a uma pena de 14 anos²⁶³.

A gravidade do crime foi entendida como sendo o recrutamento e a inscrição de crianças menores de 15 anos e envolvê-los nas hostilidades, consideradas como crimes muito graves que afetam a comunidade internacional como um todo, especialmente porque o uso de crianças para participar ativamente de hostilidades é um crime que as coloca em perigo real, tornando-os alvos potenciais. Em razão de sua vulnerabilidade, as crianças precisam de proteção especial, que não se aplica à população em geral, tal

²⁶⁰ Como afirmou Robert Badinter, “era uma situação política extraordinariamente sensível e difícil, mas alimentada pela indignação da opinião pública. Não era mais possível manter o discurso sobre os direitos humanos e, em determinado momento, não construir o instrumento que permite reprimir os autores dos ultrajes e dos crimes mais hediondos”. BADINTER, Robert. Reflexões gerais. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 52.

²⁶¹ CASSESE, Antonio. Conclusão geral. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 329.

²⁶² Para uma exata compreensão dos conflitos ocorridos na região de Ituri, na República Democrática do Congo, ver: ANNONI, Danielle; MENDONÇA, Camila Dabrowski. O primeiro julgamento do Tribunal Penal Internacional: o caso Lubanga. In: SANTOS, Ricardo Soares Stersi; ANNONI, Danielle (Org.). *Cooperação e conflitos internacionais: globalização, regionalismo e atores*. Curitiba: Multideia, 2014. p. 35-49.

²⁶³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. The Hague, 12 Mar. 2012. Disponível em: <<http://www.icc-pi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

como reconhecido em diversos tratados internacionais, motivo porque o Tribunal entendeu que historicamente o objetivo principal servido pela proibição do uso de crianças como soldados é a proteção dos menores de 15 anos contra os riscos associados a conflitos armados, especialmente em relação ao seu bem-estar físico e psicológico, compreendidos a proteção não só contra a violência e lesões, mas também contra as lesões potencialmente graves que podem acompanhar o alistamento, já que a criança está separada de sua família, interrompe a sua educação e fica exposta a uma atmosfera de violência e medo.

O Tribunal também concluiu durante o julgamento que os elementos de prova demonstraram que durante o período relativo às acusações, a organização liderada pelo acusado havia procedido ao recrutamento generalizado de jovens, dentre os quais crianças de menos de quinze anos, caracterizando o cometimento de crime em grande escala e de maneira generalizada.

Quanto ao grau de participação e de intenção do condenado, a Corte concluiu que Thomas Lubanga concordou em participar de um plano comum e da implementação do projeto de criação de um exército, a fim de tomar e manter o controle de Ituri, política e militarmente. Ela não entendeu que Thomas Lubanga pretendia recrutar meninos e meninas com menos de 15 anos de idade e fazê-los participar ativamente nas hostilidades, mas considerou que ele estava ciente de que isso aconteceria no curso normal dos acontecimentos.

Na fixação da pena, foram levadas em consideração a situação pessoal do condenado, como o fato de ser um homem instruído e de ter conhecimento de todas as atividades realizadas, bem como as circunstâncias agravantes, tais como a brutalidade com a qual as crianças eram tratadas e a vulnerabilidade das vítimas. Os julgadores ainda dosaram as circunstâncias atenuantes, tais como a alegação de estado de necessidade e a cooperação e o respeito com a Corte, a despeito das circunstâncias particularmente difíceis envolvendo o caso. Apesar de os juízes terem aceitado a ideia de que Thomas Lubanga tinha a esperança de ver a paz restaurada em Ituri, tal circunstância não foi considerada como circunstância atenuante em razão da efetiva utilização de crianças para o atendimento desses objetivos, considerado como comportamento que não justificaria tal fim.

Pelos mesmos fatos foi julgado o congolês Germain Katanga, condenado em 23 de maio de 2014, incurso no artigo 25-3-d do Estatuto de Roma, pela prática de crime contra a

humanidade e crimes de guerra, cometidos em 24 de fevereiro de 2003, no contexto de um ataque lançado contra a cidade de Boboro, situada no distrito de Ituri. A Câmara absolveu Germain Katanga de outras acusações e em 25 de junho de 2014, a defesa e o Ministério Público retiraram seus recursos contra o acórdão proferido, de modo que a condenação a uma pena total de doze anos de prisão tornou-se definitiva, ordenando, da mesma forma, que o tempo gasto em custódia, ou seja, o período de 18 de setembro de 2007 a 23 de maio de 2014, fosse deduzido da sentença, postergando, no entanto, as decisões sobre as reparações civis a serem atribuídas às vítimas.

Encontra-se em andamento ainda no Tribunal Penal Internacional, sobre a mesma situação, o *affaire* Bosco Ntaganda, descrito como sendo presumidamente o ex-vice-chefe do Estado Maior General das operações militares das Forças patrióticas para a Libertação do Congo²⁶⁴.

Também foram processados Mathieu Ngudjolo Chui e Callixte Mbarushimana, ambos absolvidos, encontrando-se ainda em processamento Sylvestre Mudacumura, atualmente em fuga, presumido comandante supremo das forças democráticas de liberação de Ruanda, acusado por nove crimes de guerra, ocorridos no contexto do conflito em Kivus, na República Democrática do Congo²⁶⁵.

A segunda situação diz respeito à República Centroafricana, relativamente aos atos de violência e criminalidade cometidos em 2002 e 2003, em que civis foram mortos e violentados, com casas e comércios pilhados, em um contexto de conflito armado entre o

²⁶⁴ Bosco Ntaganda se entregou voluntariamente ao TPI em 22 de março de 2013, tendo confirmada a decisão das acusações em 9 de junho de 2014, com previsão de abertura do processo para 2 de junho de 2015. É acusado pela prática de treze crimes de guerra (homicídio e tentativa de homicídio, ataque contra civis, estupro, escravidão sexual de civis, pilhagem, deslocamento de civis, ataque contra a propriedade protegida, destruição de propriedade inimiga, alistamento e recrutamento de crianças-soldados com idade inferior a quinze anos e usá-los para participar activamente nas hostilidades) e cinco crimes contra a humanidade (homicídio e tentativa de homicídio, estupro, escravidão sexual, perseguição, transferência forçada de população) alegadamente cometidos em 2002-2013, na província de Ituri, na República Democrática do Congo. A Câmara considerou que a responsabilidade criminal individual de Bosco Ntaganda foi cometida sob diferentes modos de responsabilidade civil, a saber; por coerção direta ou indireta (artigo 25-3a do Estatuto de Roma); por ordenar ou incentivar (artigo 25-3b do Estatuto); por meio de qualquer contribuição para a prática ou tentativa de prática de crimes (artigo 25 do Estatuto 3D); ou pela responsabilidade enquanto líder militar por crimes cometidos por seus subordinados (artigo 28 do Estatuto). COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*. La Haye, [2014]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200206/Pages/icc%200104%200206.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁶⁵ Incurso no artigo 25-3-b do Estatuto de Roma, pela prática de ataques generalizados contra população civil, homicídios, mutilação, tratamento cruel, estupro, tortura, destruição de propriedade, saques e ataques contra a dignidade humana, ocorridos de 20 de janeiro de 2009 a setembro de 2010. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*. La Haye, [2012?]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc01040112/Pages/icc01040112.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

governo e as forças rebeldes, tendo como consequência uma grande situação de insegurança e deterioração das condições humanas no país, particularmente em relação às pessoas deslocadas e às crianças, razão pela qual houve a necessidade de solicitação de parte do Gabinete do Procurador-Geral do TPI de solicitação de esforços das Nações Unidas e de outros entes no sentido de que fosse buscada uma solução global a fim de estabelecer uma paz durável.

Os *affaires* em julgamento no TPI relativos a essa situação possuem como acusados Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu e Narcisse Arido.

Jean-Pierre Bemba Gombo foi Presidente e presumido comandante do Movimento do Congo e, na qualidade de chefe militar, foram-lhe imputados dois crimes contra a humanidade, além de três crimes de guerra²⁶⁶.

Os demais acusados (acusação que também recai sobre Jean-Pierre Bemba Gombo) respondem por ofensas contra a administração da justiça, tais como produção de elementos de prova falsos ou falsificados com conhecimento de causa (artigo 70-1-b do Estatuto), por terem apresentado documentos falsos ou falsificados à Corte no caso Jean-Pierre Bemba Gombo e por corrupção de testemunhas (artigo 70-1-c do Estatuto).

Há uma segunda abertura de investigação relativamente à República Centrafricana no que se refere aos conflitos ocorridos a partir de 2012, a qual se encontra junto à Câmara preliminar do TPI.

A situação na Uganda refere-se à guerra civil ocorrida em 2003 provocada pelo Grupo Exército de Resistência do Senhor contra o Governo e, apesar da representação feita pelo Presidente Yoweri Musevi ao Procurador do TPI, o qual considerou existir uma base suficiente para começar a preparar uma primeira investigação junto à Corte, o principal problema em relação ao caso consiste em localizar e prender os dirigentes do movimento rebelde, motivo porque o governo ugandês tem clamado para que os Estados e

²⁶⁶ Preso por autoridades belgas em 24 de maio de 2008, tendo a decisão de confirmação das imputações sido proferida em 15 de junho de 2009, com abertura do processo em 22 de novembro de 2010. Os crimes contra a humanidade por que responde são Estupro (artigo 7-1-g) e homicídio (artigo 7-1-a), sendo os crimes de guerra que lhe foram imputados: Estupro (artigo 8-2-e-vi), homicídio (artigo 8-2-c-i) e pilhagem de uma cidade e de uma localidade (artigo 8-2-e-v). COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situation en République centrafricaine*. La Haye, [2015]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/Pages/situation%20icc-0105.aspx>. Acesso em : 10 mar. 2015.

as instituições internacionais cooperem ativamente a fim de sustentar seus esforços nesse sentido²⁶⁷.

A quarta situação que chegou à investigação pelo Tribunal Penal Internacional diz respeito aos conflitos ocorridos na região de Darfur, no oeste do Sudão a partir de 2003, envolvendo o polêmico caso do julgamento do Chefe de Estado Omar Hassan Ahmad Al Bashir, além dos acusados Ahmad Harun, Ali Kushayb, Bahar Idriss Abu Garda²⁶⁸, Abdallah Banda Abakaer Nourain²⁶⁹ e Abdel Raheem Muhammad Hussein.

Omar Hassan Ahmad Al Bashir era e permanece sendo o Chefe de Estado Sudanês, desde 16 de outubro de 1993, já tendo tido contra si expedidos dois mandados de prisão (4 de março de 2009 e 12 de julho de 2010), os quais não são cumpridos por seu governo, razão pela qual é considerado em fuga pelo TPI. Al Bashir é acusado pela prática de cinco crimes

²⁶⁷ São investigados pelo TPI: Joseph Kony, presumido presidente e comandante da ARS (Armée de résistance du seigneur), acusado pela prática de doze crimes contra a humanidade como homicídio (artigo 7-1-a), escravidão (artigo 7-1-c), escravidão sexual (artigo 7-1-g), estupro (artigo 7-1-g, atos desumanos que causam grande sofrimento ou graves lesões corporais (artigo 7-1-k) e vinte e um crimes de guerra como homicídio (artigo 8-2 do mesmo), crueldade contra civis (artigo 8-2 do mesmo), ataque contra a população civil (artigo 8-2-ei), pilhagem (artigo 8-2-e-v), encorajamento ao estupro (artigo 8-2-e-vi) e recrutamento forçado de crianças (artigo 8-2-e-vii); Vincent Otti, presumido vice-presidente e segundo comandante da ARS, acusado pela prática de onze crimes contra a humanidade, como homicídio (artigo 7-1-a), escravidão sexual (artigo 7-1-g), atos desumanos que causam grande sofrimento ou graves lesões corporais (artigo 7-1-k) e vinte e um crimes de guerra como encorajamento ao estupro (artigo 8-2-e-vi), ataque contra a população civil (artigo 8-2-ei), recrutamento forçado de crianças (artigo 8-2-e-vii), crueldade contra civis (artigo 8-2 do mesmo), pilhagem (artigo 8-2-ev) e homicídio (artigo 8-2 do mesmo); Okot Odhiambo, presumido comandante da brigada Trinkle e da brigada Strockree, além de comandante adjunto da ARS, acusado pela prática de dois crimes contra a humanidade como homicídio (artigo 7-1-a) e escravidão (artigo 7-1-c) e oito crimes de guerra, como homicídio (artigo 8-2-c-i), intencionalmente dirigir um ataque contra a população civil (artigo 8-2-ei), pilhagem (artigo 8-2-e-v) e recrutamento forçado de crianças (artigo 8-2-e-vii); Dominic Ongwen, presumido comandante da brigada Sinia da ARS e acusado pela prática de três crimes contra a humanidade como homicídio (artigo 7-1-a), escravidão (artigo 7-1-c), atos desumanos que causam grande sofrimento ou graves lesões corporais (artigo 7-1-k) e quatro crimes de guerra como homicídio (artigo 8-2-c-i), tratamento cruel contra civis (artigo 8-2 do mesmo), intencionalmente dirigir um ataque contra a população civil (artigo 8-2-ei) e pilhagem (artigo 8-2-e-v). A Corte deu também início aos procedimentos de investigação contra Raska Lukwiya, presumido comandante adjunto da ARS, que faleceu em 12 de agosto de 2006. Todos os acusados tiveram seus mandados de prisão expedidos em 8 de julho mde 2005 e se encontram foragidos. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situation en Ouganda*. La Haye, [2015]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁶⁸ Bahar Idriss Abu Garda não teve confirmada suas acusações, encontrando-se a investigação sujeita a novas provas. Id. *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*. La Haye, [2010]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050209/Pages/icc02050209.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁶⁹ Em relação à Abdallah Banda Abakaer Nourain, comandante de uma frente de resistência denominada Movimento pela Justiça ou Igualdade (MJE), a Câmara de Julgamento encerrou o processo após receber evidências de sua morte. Id. *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain*. La Haye, [2013]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050309/Pages/icc02050309.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

contra a humanidade²⁷⁰, dois crimes de guerra²⁷¹ e três crimes de genocídio²⁷².

Ahmad Harun à época dos conflitos era Ministro de Estado do Interior e atualmente é Ministro de Estado para Assuntos Humanitários, acusado pela prática de vinte crimes contra a humanidade e vinte e dois crimes de guerra. Teve mandado de prisão expedido em 27 de abril de 2007 e é considerado em fuga, uma vez que o governo do Sudão recusa-se ao cumprimento do mesmo.

Ali Kushayb era presumido dirigente dos milicianos, também acusado pela prática de vinte e dois crimes contra a humanidade e vinte e oito crimes de guerra.

Abdel Raheem Muhammad Hussein foi Ministro da Defesa, Ministro do Interior e Representante Especial do Presidente do Sudão em Darfur, sendo acusado pela prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra²⁷³.

A situação no Quênia diz respeito a fatos ocorridos a partir de dezembro de 2007, após a vitória anunciada do presidente Mwai Kibaki nas eleições, que provocou protestos dos partidários do seu adversário, Raila Odinga, resultando rapidamente em violência étnica que fez mais de mil mortos e seiscentos mil deslocados. Nesse contexto, o Presidente atualmente em exercício, Uhuru Kenyatta, passou a ser acusado por crime contra a humanidade, pelo seu papel na violência pós-eleitoral que atingiu o Quênia no fim de 2007 e início de 2008.

Figuram no processo Uhuru Muigai Kenyatta, William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang e Walter Osapiri Barasa: Uhuru Muigai Kenyatta é o então Presidente da República do Quênia, tendo sido citado para comparecer ao TPI em 8 de março de 2011, fazendo-o espontaneamente, sob a acusação de cinco crimes contra a humanidade²⁷⁴, as quais foram retiradas em 5 de dezembro de 2014²⁷⁵; Willian Samoei Ruto é o atual Vice-Presidente da República do Quênia,

²⁷⁰ Homicídio, transferência forçada, tortura e estupro.

²⁷¹ Intencionalmente dirigir ataques contra a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades e pilhagem.

²⁷² Genocídio, por homicídio, genocídio causando grave dano corporal ou mental e genocídio por submissão deliberada cada grupo condições alvo de existência que acarretarão a sua destruição física

²⁷³ Os crimes contra a humanidade são: Perseguição (artigo 7-1 h), homicídio (artigo 7-1-a), transferência forçada de população (artigo 7-1-d), estupro (artigo 7-1-g), atos desumanos (artigo 7-1 k), prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave (artigo 7-a) e tortura (artigo 7-1-f). Os crimes de guerra são: Homicídio (artigo 8-2-c-i), ataques contra a população civil (artigo 8-2-ei), destruição de propriedade (artigo 8-2-e-xii), estupro (artigo 8-2-e-vi), pilhagem (artigo 8-2-e-v), e ultrajes à dignidade pessoal (artigo 8-2-c-ii). COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*. La Haye, [2012]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050112/Pages/icc02050112.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁷⁴ Homicídio, deportação e transferência forçada, estupro, perseguição e outros atos desumanos.

²⁷⁵ FICHE D'INFORMATION SUR L'AFFAIRE. *La Haye*: Cour Pénale International, 13 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/KenyattaFra.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

acusado pela prática de três crimes contra a humanidade²⁷⁶; Joshua Arap Sang, então responsável pelas operações na rádio KASS FM em Nairobi, é acusado de utilizar a rádio para incitar a população aos ataques, sendo acusado pela prática de três crimes contra a humanidade²⁷⁷; Walter Osapiri Barasa teve mandado de prisão expedido em 2 de agosto de 2013, ainda não cumprido, recaindo contra si três acusações de violação da administração da justiça que consiste em suborno ou tentativa de suborno de três testemunhas do Tribunal Penal Internacional.

A situação na Líbia refere-se aos conflitos de 2011 que se seguiram aos eventos ocorridos na Tunísia e no Egito nos primeiros meses de 2011, os quais foram produto de uma política de Estado desenvolvida para reprimir, por todos os meios, as manifestações de civis contra o regime de Muammar Gaddafi.

No contexto supra mencionado, desde 15 até 28 de fevereiro de 2011, as forças de segurança líbias, que incluíam unidades de sistemas de segurança e militares, lançaram através da Líbia - particularmente em Trípoli, Misrata e Benghazi, bem como em cidades perto de Benghazi como Al-Bayda, Derna, Tobruk e Ajdabiya - um ataque sistemático e generalizado contra a população civil que participava de manifestações contra o regime de Estado, matando-os e ferindo-os em elevada escala.

Os *affaires* envolvendo essa situação referem-se aos acusados Saif Al-Islam Gaddafi, Muammar Gaddafi²⁷⁸ e Abdullah Al-Senussi²⁷⁹.

Saif Al-Islam Gaddafi, Presidente honorário da Fundação Internacional Gaddafi, filho de Muammar Gaddafi e Primeiro-Ministro Líbio, teve contra si mandado de prisão expedido em 27 de junho de 2011, acusado pela prática de dois crimes contra a humanidade²⁸⁰.

²⁷⁶ Homicídio (artigo 7-1-a), deportação ou transferência forçada de população e perseguições. COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situation en République du Kenya affaire: le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*. La Haye, 23 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1881736.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁷⁷ Homicídio (artigo 7-1-a), deportação ou transferência forçada de população (artigo 7º-1-d) e perseguições (artigo 7-1-h). Id. *Situation en République du Kenya affaire: le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*. La Haye, 23 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1881736.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁷⁸ Muammar Gaddafi, Comandante das Forças Armadas da Líbia, líder da revolução e Chefe do Estado Líbio, teve mandado de prisão expedido em 27 de junho de 2011, com arquivamento do processo em 22 de novembro de 2011 em razão de sua morte. Id. *Situation en Libye*. La Haye, [2011]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁷⁹ Abdullah Al-Senussi, cunhado de Muammar Gaddafi, Coronel das Forças Armadas da Líbia e Chefe do Serviço Secreto Líbio, teve mandado de prisão expedido em 27 de junho de 2011. No entanto, em 24 de julho de 2014 as acusações contra Abdullah Al-Senussi tiveram fim quando a Câmara de Apelações declarou o caso inadmissível perante o TPI. Ibid.

²⁸⁰ Homicídio (artigo 7-1-a) e perseguição (7-1-h). COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situation en République de Côte d'Ivoire*. La Haye, [2014]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

Após diversas alegações de que o acusado havia morrido, com pedidos de extinção do processo e à superveniência de seu aparecimento público, o Tribunal Penal Internacional arquivou o processo, acolhendo o argumento de que Saif Al-Islam Gaddafi seria julgado na Líbia, por força do princípio da complementaridade.

Na Costa do Marfim, as situações referem-se ao período a partir de 28 de novembro de 2010, considerado o ponto culminante de uma longa luta pelo poder que se inicia em 19 de setembro de 2002. Ao perder as eleições, o então Presidente da República, Laurent Gbagbo recusou-se a deixar o governo, acarretando grandes conflitos no país²⁸¹.

Laurent Gbagbo foi entregue ao Tribunal Penal Internacional em 30 de novembro de 2011 e tem a responsabilidade criminal individual por quatro acusações de crimes contra a humanidade cometidos em Abidjan, Costa do Marfim, em conjunto com os membros de seu círculo íntimo, e através das forças pró-Gbagbo²⁸².

Esses atos foram supostamente cometidos entre 16 e 19 de dezembro de 2010, durante e depois de uma marcha de apoiadores de Ouattara que foram para a sede da Rádio Televisão da Costa do Marfim, durante uma manifestação de mulheres em Abobo, por um bombardeio de argamassa de uma área densamente povoada de Abobo e em Yopougon²⁸³.

Charles Blé Goudé, então Ministro da Juventude do Governo Gbagbo, foi entregue ao TPI em 22 de março de 2014, e responde pela acusação, como co-autor indireto, de quatro crimes contra a humanidade supostamente cometidos no contexto da violência pós-eleitoral que ocorreram no território da Costa do Marfim entre 16 de dezembro de 2010 e 12 de abril de 2011²⁸⁴.

Simone Gbagbo, esposa do então Presidente da República, da mesma forma, responde como co-autora indireta, por quatro crimes contra a humanidade²⁸⁵.

Por fim, encontram-se em sede de investigação preliminar duas situações: a situação no Mali, referente a fatos ocorridos a partir de janeiro de 2012, em que vários grupos armados espalharam o terror e o sofrimento, inflingindo à população uma série de atos de extrema violência em todas as fases de um conflito de guerra civil, além da situação sobre os navios de

²⁸¹ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situation en République de Côte d'Ivoire*. La Haye, [2014]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Id. *Situation en République de Côte d'Ivoire*. La Haye, [2014]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁸⁵ Ibid.

bandeira dos Comores, da Grécia e do Camboja, a respeito de fato ocorrido em um ataque israelense operado em 31 de maio de 2010 em uma flotilha humanitária que ia para a Faixa de Gaza, tendo sido atacados sete navios²⁸⁶.

Há uma série de outras denúncias junto ao Tribunal Penal Internacional pela prática dos crimes previstos no Estatuto, todas elas em exames preliminares, as quais versam sobre conflitos ocorridos nos seguintes locais: Afeganistão, Colômbia, Nigéria, Geórgia, Guiné, Honduras, Iraque, Ucrânia e Palestina.

De todo o contexto de julgamentos que se encontram diante do Tribunal Penal Internacional, críticas lhe podem ser atribuídas, sobretudo no que tange ao seu caráter seletivo, o que advém do fato de a grande maioria dos processos até então movidos na Corte terem sido dirigidos contra africanos, rendendo-lhe fortes movimentos, especialmente organizados pela União Africana.

Essas desaprovações tem gerado uma série de resistências por parte dos Estados africanos no sentido de cumprirem solicitações do TPI, como é o caso da ordem de prisão contra o presidente sudanês, Omar Al-Bashir.

Da mesma forma, sob a mesma alegação de perseguição ao continente, tem a União Africana exigido a aplicação do princípio da complementaridade, contestando a autoridade do Tribunal Penal Internacional, tendo solicitado a transferência, para um tribunal queniano, dos processos iniciados contra seu Vice-Presidente, William Ruto, não concordando que o mesmo seja julgado fora de seu país, solicitação essa que era também feita em relação ao Chefe de Estado queniano, Uhuru Kenyatta, antes da retirada das acusações por parte do TPI, em dezembro de 2014, o que lhe possibilitou o retorno para seu país de origem.

Mas mesmo diante desse cenário, algumas construções vantajosas podem ser retiradas dos processos e dos julgamentos já ocorridos, bem como dos contornos legais do crime internacional, do que se depreende a possibilidade de a jurisdição penal internacional colaborar para o debate em torno da construção de valores universais, para o que a utilização do conteúdo dos direitos humanos, em última análise o bem jurídico protegido, constitui-se em um metavalor, ou tem o caráter de sobredeterminação de valores²⁸⁷.

Torna-se, assim, necessária a identificação de valores comuns que, conforme elucida

²⁸⁶ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Situation en République de Côte d'Ivoire*. La Haye, [2014]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

²⁸⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Mireille Delmas-Marty, passa pela análise do conteúdo dos direitos humanos e do direito penal. Conforme explica, começa-se a análise dos valores humanos a partir do conteúdo do direito penal, em razão da anterioridade das práticas penais, porquanto a maior parte das comunidades de direito foram estabilizadas em torno de algumas proibições, ao ponto de o direito penal ter sido, por muito tempo, identificado como símbolo da soberania política e da identidade cultural de cada nação, sendo que atualmente o mesmo fenômeno se observa em escala mundial²⁸⁸.

Sob essa ótica, possui o direito penal importante papel, que nessa nova escala começou pela primeira definição de crimes internacionais, com a delimitação dos crimes de guerra, os quais consistiram em tentativa de humanizar a violência proibindo o máximo do desumano. Essa foi uma das primeiras manifestações da comunidade humana de valores que emergiu à sombra da comunidade entre Estados²⁸⁹.

Mas apesar de necessário, é dificultoso o processo de utilização do direito penal como instrumento e paradigma para se encontrar um valor universal da humanidade, já que historicamente faz-se símbolo da soberania nacional e da cultura de cada povo, na medida em que cada comunidade foi ordenada em torno do poder e, nesse sentido, a proibição penal construiu-se sempre como símbolo do relativismo nacional.

Nesse caso, em um primeiro momento, o direito penal pode parecer o menos universalizável dos sistemas de direito. Tradicionalmente, o direito penal simboliza a cultura de cada povo, constituindo um domínio do relativismo de valores, e, nesse sentido, para que a proibição penal possa se tornar referência em torno da qual valores comuns possam se estruturar, ele deverá atravessar os três níveis de ética, propostos por Delmas-Marty²⁹⁰.

Parte-se, pois, de um primeiro nível de ética, que reside na mera moral da indignação, sob o qual se encontrava o direito penal no período pós-II guerra mundial, consistente em uma primeira linha do universalismo jurídico, o universalismo do sofrimento.

Mas se a indignação moral imediata não é suficiente, o direito penal deve caminhar para um segundo nível de ética, consistente na utilização das experiências de prazer e de sofrimento, projetadas no espaço e diferentes no tempo, segundo diferentes sistemas de valores. É onde aparece o relativismo, expresso pelos sistemas de direito nacional, que em

²⁸⁸ «On commencera par les interdits ditz “fondateurs”, car l’analyse juridique suggère l’hypothèse d’une antériorité des pratiques pénales. La plupart des communautés de droit se sont stabilisées autour de quelques interdits, à la fois symboliques et juridiques, à tel point que le droit s’est, dans un pays vaste que la Chine, pendant des siècles identifié au droit pénale le symbole de la souveraineté politique et de l’identité culturelle de chaque nation, le même phénomène s’observe à présent à l’échelle mondiale.» DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 21-22.

²⁸⁹ Ibid., t. 4, p. 10-14.

²⁹⁰ Ibid., t. 4, p. 10-14.

períodos diversos tiveram lugar entre ações não censuráveis e também na lista de proibições do direito criminal, cambiantes em virtude de fatores culturais e políticos.

Como bem afirmou Durkheim, trata-se do inconsciente coletivo expresso no conteúdo do direito penal, expressando os valores da cada comunidade que, quando lesados, ensejam a aplicação da pena por ferirem o sentimento de solidariedade social.

Assim é que, até esse nível, as incriminações penais remetem, pelas proibições que elas exprimem, à identidade cultural de cada nação, que vai se tornando homogênea porquanto a sanção penal exprime uma concepção pelo menos parcialmente comum dos principais valores, o que pode se estender para uma escala mundial, rumo a um terceiro nível de ética, o nível da ética universal, que se constrói pela busca em práticas comuns, transversal aos diferentes sistemas normativos, a fim de favorecer a pesquisa sobre um futuro direito (penal) cosmopolita, cumprindo saber em que condições a reprovação de certos comportamentos qualificados de desumanos são suficientemente universais ou universalizáveis, para anunciar a emergência de uma comunidade humana mundial, ainda que o processo de internacionalização reste também seletivo, parcial e descontínuo.

Resta transportar o conteúdo da solidariedade social, pois, para uma escala de sociedade mundial.

É importante nesse caminho o papel dos direitos humanos, ao lado do direito penal, a começar pelo fato de a Declaração Universal dos Direitos Humanos terem expressado valores comuns pela primeira vez, seguidos de uma emancipação para além da influência ocidental, utilizados, por exemplo, como apoio à descolonização ou da incriminação da escravatura como crime contra a humanidade, e também de uma emancipação em relação à tutela do próprio Estado, tornando-se inclusive oponíveis a ele.

É aqui que se insere o papel da jurisdição penal internacional enquanto instrumento capaz de identificar esses valores, conjugando a proteção conferida pelo direito penal e pelo direito internacional dos direitos humanos no que se refere ao bem jurídico tutelado pela definição dos crimes de guerra, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de agressão e do genocídio.

Assim, se por um lado o conteúdo dos direitos humanos foi capaz de sobrepujar um papel de sobredeterminação e, com isso, retirar do Estado a exclusividade do direito de punir, por outro lado teve também o condão de conceber um bem jurídico de essência diversa. Ao referir-se sobre o conteúdo dos direitos humanos como valor universal, Delmas-Marty assim explica:

A semente do universal normativo encontra-se já na Declaração ‘Universal’ dos Direitos Humanos de 1948, que consagra de fato valores comuns, e antes de tudo a

igual dignidade entre todos os seres humanos, que devem agir uns em relação aos outros 'num espírito de fraternidade' (art. 1º), mas trata-se apenas de um texto declarativo e a violação desses valores não se encontra aí diretamente sancionada. Ao contrário, o aparecimento de uma jurisdição ao mesmo tempo penal e internacional exprime um universal normativo em seu mais alto grau, pois a definição dos crimes internacionais vem acompanhada de sanções penais, isto é, das sanções mais pesadas e mais estigmatizantes, aquelas que alcançam os corpos físicos e não apenas os corpos simbólicos dos Estados, mesmo se a possibilidade de julgar chefes de Estado (indivíduos é claro, mas que também encarnam o Estado) venha a perturbar um pouco essa diferença²⁹¹.

Se a questão do universalismo dos direitos do homem pode parecer absurda se considerada a heterogeneidade cultural, vista de outra forma, a doutrina dos direitos humanos é inerentemente universalista, com o intuito de promover a formação de uma comunidade mundial baseada em um núcleo de direitos humanos. Para mover-se nessa direção, é preciso que se perceba que se direitos humanos são violados, essa sociedade multicultural e, acima de tudo, supraestatal, deve mobilizar-se para que os perpetradores sejam responsabilizados, especialmente por meio de uma jurisdição consolidada acima dos Estados nacionais que, almeja-se, reste consolidada em continuação ao processo evolutivo iniciado pelo primeiro nível de ética, da moral da indignação²⁹².

Entendo que essa construção somente poderá ser feita se for possível partir da premissa de que as atuais (graves) falhas da justiça penal internacional se devem ao seu caráter incipiente, da mesma forma como ocorreu com a justiça doméstica ao ser criada, nos primórdios da civilização.

Aqui transparece a jurisdição penal internacional como uma possibilidade de concretização do ideal kantiano de *jus cosmopolitanum*, no sentido de que o estudo do conteúdo valorativo que integra os crimes internacionais pode representar um valor comum, válido universalmente, em um horizonte temporal futuro.

Apesar do caráter seletivo da jurisdição penal internacional e do já mencionado conteúdo relativista do direito penal decorrente de sua arraigada vinculação ao poder soberano, as denominadas proibições fundantes representam valores essenciais cujas violações possuem o condão de firmar a competência de uma jurisdição posicionada acima dos Estados.

São, portanto, esses valores comuns, transversais aos ordenamentos jurídicos domésticos, que aos poucos se tornam subjacentes à tipificação dos crimes internacionais como instrumentos capazes de formar uma ordem jurídica cosmopolita, válida acima do

²⁹¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4, p. 62.

²⁹² *Ibid.*, t. 4, p. 213.

Estado-nação, a transbordar seus assuntos internos, antes adstritos ao conteúdo da soberania, retirando agora dos Estados nacionais o monopólio da repressão penal.

Não é outro o entendimento de Cassese ao tecer suas conclusões gerais acerca da jurisdição penal internacional:

A análise dos tratados que proíbem e tornam puníveis crimes como o genocídio, as graves infrações à Convenção de Genebra, a tortura, os crimes de guerra e aqueles contra a humanidade, revela uma tendência em direção à aceitação universal dos mesmos valores. A jurisprudência internacional acentua essa tendência, pois visa à formulação de definições e noções que sejam aceitáveis – nos mesmos termos – para todos os Estados, os grupos e os indivíduos da comunidade internacional. Logo, enquanto cada cultura e cada tradição histórica, por seus próprios valores ou suas próprias concepções, revela tendência ao relativismo, as jurisdições nacionais e internacionais, ao pronunciar-se sobre crimes internacionais, adotam a atitude inversa²⁹³.

Sob essa ótica, conforme o ideal kantiano de *jus cosmopolitanum*, também sob a ótica da edificação de uma justiça penal internacional, enquanto esteio de um sistema jurídico universalmente válido, são as transgressões humanas propulsoras de uma espécie de progresso na história da humanidade, visto que foram essas mesmas transgressões que, pela sua inequívoca gravidade e pelo conteúdo dos valores que lesam, impulsionaram os Estados a se unirem em torno de um propósito comum até a criação de um ente supranacional competente para julgar e punir tais violações.

Esse é possivelmente o papel mais importante que se pode depreender da existência dos crimes internacionais, da construção jurídica que em relação a eles foi tecida no curso da história e dos valores que deles emergem: são esses os primeiros pilares de um sistema internacional de justiça penal, que por certo poderia receber a denominação de direito penal cosmopolita.

²⁹³ CASSESE, Antonio. Conclusão geral. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 334.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito público como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição²⁹⁴.”

A análise histórica da criminalidade permite concluir que sua existência sempre se fez presente e tende a continuar existindo, de forma cada vez mais complexa, a comprovar que estavam corretas as assertivas kantianas e durkheimianas acerca do caráter perene das transgressões humanas.

Sob essa ótica, é possível asseverar que a humanidade ainda não encontrou o grau máximo de civilidade, já que não raro a história se depara com transgressões inimaginadas que precisam a todo tempo ser nominadas.

Efetivamente, se analisada a paisagem mundial dos últimos séculos, o cenário foi de radicais mudanças: de uma comunidade internacional composta por Estados soberanos ensimesmados em seus assuntos internos, reguladores da vida de seus nacionais e criadores únicos de seu direito passou-se à existência de entes heterogêneos com personalidade jurídica de direito internacional, uns sobrepostos aos outros, à velocidade das trocas e da livre circulação de bens e de pessoas e, especialmente, à multiplicidade de fontes normativas, nacionais, regionais e internacionais.

A mundialização da economia, o redesenho do espaço mundial, o avanço da tecnologia, a diminuição das distâncias e todas as mudanças daí decorrentes que interferiram nas relações sociais operaram profundas modificações no sistema jurídico. Uma delas foram os processos de internacionalização do direito penal e de penalização do direito internacional, frutos do surgimento de um novo desenho da comunidade internacional, acompanhada de novas contingências e vicissitudes.

Nesse processo, a necessidade de se abandonar o paradigma Westfaliano no que diz respeito à imperiosa construção de um modelo de direito fez surgir a cooperação penal e as jurisdições penais internacionais, especialmente a partir do contexto pós-segunda guerra mundial e do fim da guerra fria, do qual emergiram novos valores a proteger, além da

²⁹⁴ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 2009. p. 151.

coexistência de ordenamentos jurídicos nacionais, regionais e internacional capazes de conviver em harmonia, contendo em seu vértice princípios reitores identificados como normas de sobredeterminação.

Nesse contexto, o Estado-nação deixou de ser a única fonte de direito e as normas jurídicas, a um só tempo, deixaram de pertencer exclusivamente ao espaço estatal. O Estado perdeu não só o monopólio de criação do direito, como também o monopólio de dizer o direito, com a criação de Cortes Internacionais dotadas de poder jurisdicional, e muito especialmente dotadas do poder punitivo - algo que era impensável há um século atrás, quando o direito penal dizia respeito única e exclusivamente ao exercício do poder do Estado e por isso mesmo possuía um conteúdo invariavelmente relativista.

Diante do novo paradigma que se apresenta ao fim desse processo (inacabado), o certo é que a edificação de garantias universais necessitam ser forjadas para a solução de problemas também globais, em especial o respeito aos direitos humanos, que não pressupõem o pertencimento à condição de nacionais e, sendo assim, a proteção única e exclusiva do Estado não garante a sua observância, mormente quando se sabe que inúmeras vezes, na história mundial, foi esse mesmo Estado o seu primeiro violador.

Como não poderia deixar de ser, comprovando o que disse Durkheim no apagar das luzes do século XIX, com a evolução dessa sociedade, muito mais rapidamente evolui o crime. O castigo, a punição constante de toda a história, como resposta à solidariedade social, este ente invisível que decorre de todas as consciências humanas, apenas mudou de cor. Com o crime tiveram que mudar as Instituições encarregadas da imposição desse castigo. Do contrário, ele feneceria.

Vistas estas mudanças sob outra perspectiva, não fossem as alterações nos padrões de criminalidade dos séculos passados, e somando-se às guerras, os Estados encontrar-se-iam naquela mesma posição de outrora, como mônadas leibinizianas apenas lutando pelo equilíbrio de forças, sem nenhuma espécie de regramento no que tange às suas relações exteriores, de uns para com os outros. Não necessitariam regradar essas relações posto que à medida que o crime continuasse sendo cometido dentro de seu território, as transgressões humanas continuariam a ser tratadas como assunto interno, regulada por cada um dos direitos nacionais. Em outras palavras, os Estados permaneceriam em estado de natureza.

Assim como a insociabilidade humana obrigou os homens [e as mulheres] a criarem o *jus civitas*, foram também os novos padrões de criminalidade, provenientes dessa mesma insociabilidade, que retiraram os Estados da indolência, a permitir o desenvolvimento de

novos regramentos para contingências sociais novas que acabaram por lapidar a sociedade internacional, composta por um ordenamento jurídico heterogêneo de fontes plúrimas e de uma jurisdição igualmente multinível.

Essa comunidade mundial trouxe também consigo problemas globais. Dentre eles estão a criminalidade transnacional, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, o genocídio e os crimes de agressão. Se, como referido, para solução desses problemas globais, a construção de marcos globais de justiça necessitam ser forjados, dois deles são imperativos.

O primeiro desses marcos é o fortalecimento do nível de relação entre os Estados soberanos no que tange ao controle da criminalidade transnacional, pela via dos tratados internacionais.

O segundo consiste na edificação de uma sólida justiça penal internacional que possa ser acionada quando a jurisdição nacional falhar com sua obrigação de punir graves violações de direitos humanos. Trata-se de uma lenta construção que depende da premissa de que a necessária efetivação desses direitos não é função única e exclusiva do Estado, mormente quando se sabe que inúmeras vezes, na história mundial, foi esse mesmo Estado seu primeiro violador.

A necessidade de se abandonar o paradigma Westfaliano no que diz respeito à imperiosa construção da paz e da justiça e à proteção dos direitos humanos, no intuito de alicerçar um mundo civilizado passa pela construção de uma verdadeira sociedade mundial (sem civilização mundial), cujos membros sejam capazes de respeitar a diferença e a diversidade, e com elas conviver de forma pacífica, além de determinar a aproximação dos Estados e o aperfeiçoamento de suas relações internacionais.

Da mesma forma, diante de uma criminalidade que não mais se limita ao território dos Estados e frente aos novos padrões de transgressão do mundo contemporâneo, que lesam valores comuns da humanidade, torna-se imperativa a construção de novos paradigmas para a justiça penal.

Para a transnacionalização dos delitos, urge sejam aperfeiçoados os mecanismos de entajuda penal entre os Estados, cientes de que o limite da jurisdição lhes impõe uma virtual impotência diante de uma criminalidade espacialmente ilimitada. Essa mesma transnacionalização força de fato os Estados a saírem do estado de natureza que se encontram nas suas relações entre si, gerando uma aproximação que não lhes retira o caráter de federação de Estados livres, mas que relativiza o conceito de soberania, aproximando-os da ideia kantiana de *jus gentium*.

Essa criminalidade sem território definido, decorrência da contínua e crescente

insociabilidade dos homens, é uma das molas propulsoras do aperfeiçoamento das relações internacionais com vistas à construção de uma federação de Estados livres, estágio intermediário em busca de um grau evolutivo maior das relações internacionais.

Por seu turno, as graves violações de direitos humanos, ocorridas em especial ao longo do século XX, determinaram o desenvolvimento de um novo sistema punitivo, competente para julgar os denominados crimes internacionais, conceito cunhado a partir da compreensão de que esses crimes lesam valores que não dizem respeito aos assuntos internos do Estado-nação, mas que se constituem em bens comuns da humanidade, por essa razão aptos a colaborar para a edificação de uma comunidade de valores, a formarem uma ordem cosmopolita, transversal aos direitos nacionais, capaz de concretizar o ideal kantiano de *jus cosmopoliticum*.

É sob essa concepção que o incremento das transgressões humanas e sua maior complexidade acabou por impulsionar os Estados a desenvolverem novos padrões para a justiça penal, daí decorrendo a criação de novos institutos, como a cooperação penal internacional e a jurisdição internacional, cada uma delas apta a se ocupar de padrões diferenciados de criminalidade, com semelhanças no aspecto em que alteram o sistema de jurisdição penal fundado pela justiça pública estatal porquanto obrigam os Estados a se relacionarem e a abrirem mão do monopólio do poder punitivo.

Apesar de todas as disparidades e vicissitudes em que se encontram esses novos caminhos propostos para a contenção das novas formas de criminalidade que emergiram do processo de mundialização, essa nova justiça penal merece aperfeiçoamento, não se podendo afirmar que irá retroceder. Nesse sentido, o direito penal imprime a si mesmo uma marcha que não mais volta ao passado, caminhando em direção à proteção de valores universais, transversais aos ordenamentos jurídicos dos Estados e, portanto, abandonando o relativismo rumo a uma tendência mais universalista, ao menos no plano dos tratados internacionais.

Embora não seja possível concluir que esses novos paradigmas irão combater ou eliminar todas essas novas formas de criminalidade, transnacional e internacional, trata-se por certo de significativo avanço, a conferir maior estabilidade ao sistema mundial de justiça, consubstanciando-se a cooperação penal internacional e a jurisdição penal internacional como importantes instrumentos de evolução da humanidade rumo, respectivamente, ao aperfeiçoamento das relações internacionais e à construção de uma ordem cosmopolita.

O próprio Tribunal Penal Internacional, mesmo diante de todas as incertezas que traz, sugere esperanças acerca de sua capacidade de se posicionar internacionalmente na condição de

ente axiológica e politicamente hábil a representar a comunidade internacional, ainda que seja.

Essa é possivelmente a relação mais próxima entre as transgressões humanas e a evolução da criminalidade com a construção da desejada paz, se é verdade que tinha razão Kant quando afirmou que a insociabilidade dos seres humanos é um plano da Natureza para que um fio condutor leve à humanidade a desenvolver-se completamente.

EPÍLOGO

“A institucionalização de procedimentos para a sintonização mundial dos interesses, para a universalização dos interesses e para a construção criativa de interesses comuns poderá se consumir na figura organizadora de um Estado mundial (tampouco desejável); esse processo terá de levar em conta a independência [Eigenständigkeit], os caprichos [Eigenwilligkeit] e a peculiaridade [Eigenart] dos Estados outrora soberanos. Mas como se apresenta o caminho que leva até lá?”²⁹⁵”

Ao final desse trabalho, faço uma última reflexão, trazendo à lume derradeiramente a proposta de Jürgen Habermas, que merece ser analisada em conjunto com a filosofia política de Immanuel Kant.

Embora Habermas não desenvolva uma teoria voltada ao estudo do controle da criminalidade internacional ou transnacional, propõe avanços no que tange à edificação de uma infraestrutura normativa e institucional imprescindível para a implementação de uma nova concepção de justiça, por meio da criação de uma sociedade mundial que possua diversos âmbitos de ação, o que denomina “constelação política de caráter cosmopolita” ou “constelação pós-nacional”, que deve atuar em três planos distintos, mas conectados entre si, dependendo da natureza e complexidade das questões a serem abordadas e resolvidas.

Habermas propõe que a solução de conflitos se dê, ao mesmo tempo, nos níveis nacional, supranacional e transnacional, evitando, com essa propositura, a existência de um poder estatal único, sem contudo renunciar ao desenvolvimento de uma justiça eficiente, que em nível transnacional envolveria o prolongamento do Estado-nação por meio de uma ordem jurídica global composta por tratados de cooperação, aqui analisados na perspectiva do controle da criminalidade transnacional, e que em nível supranacional comportaria a possibilidade de persecução e julgamento diferenciado para aqueles crimes que afetam metavalores, por isso denominados crimes internacionais.

Para Habermas, primeiramente, em nível nacional deve permanecer o protagonismo do Estado territorial soberano, porém afeto a questões, que por sua menor complexidade axiológica e espacial, possam ser solucionadas por ele de forma eficaz.

Em um nível supranacional, Habermas defende uma relevante reforma nas Nações

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução Márcio Seligman Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001. p. 74.

Unidas, nos âmbitos Legislativo (Assembléia Geral), Executivo (Conselho de Segurança) e Judicial (Tribunal Penal Internacional), aqui especificamente no que diz respeito ao necessário fortalecimento da jurisdição internacional.

Em outro nível se encontrariam as matérias de caráter transnacional, tornando imperativa a participação de diferentes atores, como as organizações internacionais e os demais sujeitos de direito internacional.

Transposta a proposição de Habermas às questões de cunho penal, o controle da criminalidade passaria também por níveis distintos, dependendo das diversas características desses crimes, quer no que diz respeito à sua natureza axiológica, quer no que toca com sua dimensão (extra)territorial, se mostrando necessária a construção de um esquema multinível para o controle tanto da microcriminalidade, quanto dos crimes transnacionais ou internacionais. Esses diferentes níveis constituiriam o que Habermas denomina política mundial sem governo mundial, compondo uma sociedade de caráter cosmopolita constituída politicamente com diversos âmbitos de ação, mas conectados entre si e estruturados nos planos nacional, supranacional e transnacional.

Assim aplicada às questões penais, a ideia de uma constelação política cosmopolita à serviço da persecução criminal ficaria estruturada em três níveis distintos, cada uma se ocupando de algumas matérias, de acordo com sua especificidade.

Nesse sentido, a jurisdição nacional, além de encarregada da persecução à microcriminalidade, permaneceria responsável pela investigação e julgamento dos crimes transnacionais, que embora extravasem o território de um só Estado, teriam persecução centrada na jurisdição nacional de um deles, mas mediante a utilização da cooperação penal internacional.

Dáí a necessidade de incremento do auxílio interetático, mediante o desenvolvimento das relações entre os Estados, nesse caso em nível jurídico (administrativo ou policial e jurisdicional) para solver a impotência criada pelo limite territorial da jurisdição, o que Kant denominaria de fim das relações caóticas que os Estados mantêm entre si, ou saída do Estado-nação de seu estado de natureza.

Aqui a cooperação penal internacional e seu desenvolvimento surgem como um dos instrumentos para a realização do ideal kantiano de *jus gentium*, dependente que é da alteridade entre os Estados. Sem aperfeiçoamento dessas relações, inexistente cooperação penal internacional e, conseqüentemente, inexistente persecução eficaz à criminalidade transnacional.

Quanto aos crimes internacionais, a possibilidade seria de desenvolvimento de

jurisdições concorrentes, em nível nacional e internacional, porquanto o fato de um crime ser identificado como internacional não afasta a competência da jurisdição nacional, como falado, pois em regra o crime deve ser julgado pelo juiz nacional e somente em caso de esvaziamento punitivo deve ser levado à Corte Internacional, por força do que dispõe o princípio da complementariedade.

Essa seria uma proposta de coexistência dos diversos níveis de jurisdição em matéria penal, nacional, transnacional e supranacional, aqui comparadas com o *jus civitas*, o *jus gentium* e o *jus cosmopolitanicum*, todos eles em constante comunicação.

REFERÊNCIAS

- ACCORD concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945. Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/52d68d14de6160e0c12563da005fdb1b/ef25b8f448034148c1256417004b1ce6?OpenDocument>>. Acesso em: 18 abr. 2015.
- ANDERSON-GOLD, Sharon. Crimes against humanity. A kantian perspective on international law. In: KNELLER, Jane; AXINN, Sidney (Org). *Autonomy and community: readings in contemporary kantian social philosophy*. New York: State University of New York, 1998. p. 103-117.
- ANNONI, Danielle; MENDONÇA, Camila Dabrowski. O primeiro julgamento do Tribunal Penal Internacional: o caso Lubanga. In: SANTOS, Ricardo Soares Sterzi; ANNONI, Danielle (Org.). *Cooperação e conflitos internacionais: globalização, regionalismo e atores*. Curitiba: Multideia, 2014. p. 35-49.
- ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- _____. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- ASSESE, Antonio; SCALIA, Damien; THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international pénal*. Paris: Dalloz, 2010.
- BADINTER, Robert. Reflexões gerais. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 49-58.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BARRETO, Tobias apud LYRA, Roberto. *Direito penal científico (criminologia)*. Rio de Janeiro: José Konfinor, 1974.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BETTATI, Mario. *Droit humanitaire*. Paris: Dalloz, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1984.
- BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 28 nov. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 28 nov. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. t. 3.

CASSESE, Antonio. Conclusão geral. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 329-336.

_____. De Nuremberg a Roma: dos tribunais militares internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Org.). *O direito penal no Estatuto de Roma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-8.

_____. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições Internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 3-24.

CASSESE, Antonio; SCALIA, Damien; THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international pénal*. Paris: Dalloz, 2010.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CINTRA, Antonio Carloss de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMUNIDADES EUROPEIAS. Acção comum de 22 de abril de 1996. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L105, p. 1-2, 27 abr. 1996. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F0277&rid=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Acção comum de 29 de junho de 1998 adoptada pelo Conselho, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, que cria uma rede judiciária europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L191, p. 4-7, 7 jul. 1998. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0428&rid=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Acção do Conselho de 29 de maio de 2000 que estabelece, em conformidade com o artigo 34.o do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L197, p. 1-23, 12 jul. 2000. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000F0712\(02\)&rid=14](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000F0712(02)&rid=14)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

COMUNIDADES EUROPEIAS. Decisão do Conselho de 28 de fevereiro de 2002 relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L63, p. 1-13, 06 mar. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002D0187&rid=1>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Decisão-quadro do Conselho de 13 de junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], L190, p. 1-18, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0010.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Tratado de Amsterdão que altera o Tratado da União Europeia, os tratados que instituem as comunidades europeias e alguns actos relativos a esses tratados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], C340, p. 16, 10 nov. 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Tratado de Nice que altera o tratado da União Europeia, os tratados que instituem as comunidades europeias e alguns actos relativos a esses tratados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], C80, 10 mar. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

CONVENTION (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 29 juillet 1899. Genève: CICR, 2014. Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/xsp/.ibmmodres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/dih.nsf/11331D79375C6484C12563140043A1D6/FULLTEXT/DIH-10-FR.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain*. La Haye, [2013]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050309/Pages/icc02050309.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*. La Haye, [2012]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050112/Pages/icc02050112.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*. La Haye, [2010]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050209/Pages/icc02050209.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*. La Haye, [2014]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200206/Pages/icc%200104%200206.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*. La Haye, [2012?]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc01040112/Pages/icc01040112.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Situation en Libye*. La Haye, [2011]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Situation en Ouganda*. La Haye, [2015]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Situation en République centrafricaine*. La Haye, [2015]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/Pages/situation%20icc-0105.aspx>. Acesso em : 10 mar. 2015.

_____. *Situation en République de Côte d'Ivoire*. La Haye, [2014]. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/Pages/situation%20index.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Situation en République du Kenya affaire: le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*. La Haye, 23 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1881736.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*. La Haye, 2011. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/RomeStatuteFra.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

CRYER, Robert et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 61-72

_____. *Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004. t. 1.

_____. *Les forces imaginantes du droit : le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. t. 2.

_____. *Les forces imaginantes du droit : la refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007. t. 3.

_____. *Les forces imaginantes du droit : vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011. t. 4.

_____. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010.

_____. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DERRIDA, Jacques. De l'hospitalité – Fragments. *Ecartés d'Identité*, Grenoble, n. 84, p. 2-5, mars/juin. 1998. Disponível em: <http://www.revues-plurielles.org/_uploads/pdf/6_84_2.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DU BOYS, Albert. *Histoire du Droit criminel des peuples modernes*. Paris: Auguste Durand, Librairie-Éditeur, 1858. v. 6.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *De la division du travail social*. 4^{ème} éd. Paris: Félix Alcan, 1922.

_____. *Deux lois de l'évolution pénale: année sociologique*. Paris: PUF, 1899-1900. v. 4.

_____. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Félix Alcan, 1895.

_____. *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012.

FICHE D'INFORMATION SUR L'AFFAIRE. *La Haye: Cour Pénale International*, 13 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/KenyattaFra.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

FOUCHARD, Isabelle. *Crimes internationaux: entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 102-136, 2000.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se pode punir nem perdoar*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: um estúdio de teoria social*. Madrid: Siglo XXI, 2006.

GILBERT, Gustave. *Le journal de Nuremberg*. Traduit de l'anglais par Maurice Vicent. Paris: Flammarion, 1947.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 160-177, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução Márcio Seligman Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001.

INAZUME, Mitsue. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Utrecht: Intersentia, 2005.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. The Hague, 12 Mar. 2012. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2014.

- KANT, Immanuel. *Filosofia da História*. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012.
- _____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.
- _____. *Zum Ewigen Frieden: rumo à paz perpétua*. Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010.
- LAINGUI, André; LEGIBRE, Arlette. *Histoire du droit penal*. Paris: Cujas, [1979].
- LIZT, Franz von. *Traité de droit penal allemand*. Traduit par M. René Lobstein. Paris: V. Giard: E. Briere, 1911. t. 1
- LYRA, Roberto. *Direito penal científico (criminologia)*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.
- MARCOVITCH, Jacques. *Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: EDUSP, 2004.
- MELLO, Sérgio Vieira de. História filosófica e história real: atualidade do pensamento político de Kant. In: MARCOVITCH, Jacques. *Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 35-60.
- MERCOSUL. *Protocolo de assistência jurídica mútua em assuntos penais*. São Luiz, Argentina, 25 jun. 1996. Disponível em <http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/ASSUNTOS_PENAIIS.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.
- MOUGEL, François-Charles. PACTEAU, Séverine. *Histoire des relations internationales: de 1815 à nos jours*. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.
- NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. Os cosmopolitas: Kant e os “temas kantianos” em relações internacionais. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 7-46, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v25n1/v25n1a01.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- OSIEL, Mark. *Juger les crimes de masse: la mémoire collective et le droit*. Paris: Seuil, 2006.
- REBUT, Didier. *Droit pénal international*. Paris : Dalloz, 2012.
- REIS, Marcio Monteiro. *MERCOSUL, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal: parte general*. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.
- TREATY of Westphalia. New Haven, CT: Lillian Goldman Law Library, 2008. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp>. Acesso em: 28 nov. 2014.
- UNIÃO EUROPEIA. Decisão do Conselho de 7 de outubro de 2010 sobre a celebração do Acordo entre a União Europeia e o Japão relativo ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L271, p. 3, 15 out. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0616&from=FR>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho de 22 de julho de 2003 relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L196, p. 45-55, 02 ago. 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0577&rid=2>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Decisão-Quadro 2006/960/JAI do Conselho de 18 de dezembro de 2006 relativa à simplificação do intercâmbio de dados e informações entre as autoridades de aplicação da lei dos Estados-Membros da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L386, p. 89-100, 29 dez. 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006F0960&rid=2>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Decisão-Quadro 2008/978/JAI do Conselho de 18 de dezembro de 2008 relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objectos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], L350, p. 72-92, 30 dez. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0978&rid=7>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *Texto da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, [2015]. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/schb-9.html>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Tratado de Lisboa que altera o tratado da União Europeia e o tratado que institui a comunidade europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], C306, 17 dez. 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=PT>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Arrêt relatif a l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*. La Haye, 02 oct. 1995. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. _____. *Joint separate opinion of judge Mcdonald and Judge Vohrah*. The Hague, 07 oct. 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>>. Acesso em: 10 de março de 2015.

VAYSSE, Jean-Marie. *Vocabulário de Immanuel Kant*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WEISS, Raquel. Sociologia e direito na teoria durkheimiana. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUES, José Rodrigo (Coord.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35-50.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1.