

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

PAULO ROBERTO INCOTT JUNIOR

**INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: A EXPERIÊNCIA
BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL MARGINAL**

Curitiba
2019

PAULO ROBERTO INCOTT JUNIOR

**INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: A EXPERIÊNCIA
BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL MARGINAL**

Projeto de pesquisa apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Internacional, como requisito de qualificação da dissertação para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa:

Teoria e História da Jurisdição

Orientador:

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Curitiba

2019

Dedico este trabalho à memória de todos os refugiados que perderam a vida enquanto esta dissertação estava sendo confeccionada, assim como à memória de todas as outras milhares de vítimas da face perversa do que se convencionou chamar de globalização.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para que o processo de escrita desta dissertação não fosse apenas o cumprimento de um protocolo, desprovido do amadurecimento intelectual e descoberta de novos horizontes para o uso da ciência como meio de estruturação de uma sociedade mais igualitária e mais digna. Citar nomes seria incorrer num risco muito grande de cometer sérias injustiças, pelo que presumo que todos os que seriam aqui alistados se considerarão referenciados.

“No século XX a metade do mundo sacrificou a justiça em nome da liberdade, e a outra metade sacrificou a liberdade em nome da justiça, e no século XXI sacrificamos as duas em nome da Globalização.”

Eduardo Galeano

“O futuro não é mais como era antigamente.”

Renato Russo (“Índios”)

RESUMO

O processo de internacionalização do direito recebe um impulso definitivo após o final da Guerra Fria. Trata-se, portanto, de um movimento recente, não acabado. Ao mesmo tempo, parece ser um processo inevitável e capaz de transformar de forma definitiva e profunda o modo como a sociedade se relaciona com o Direito, enfaticamente com o direito penal. Deste modo, surge a necessidade de compreender quais são as forças que estão por trás desta demanda por internacionalização e quais as suas vias de manifestação, para então realizar, com este quadro em mente, uma prudente avaliação das consequências já discerníveis deste processo, sopesados suas promessas e seus riscos, tornando viável um debate acerca das bases sobre as quais se deverá lutar pela adequação deste processo a balizas humanitárias e democráticas. Seguindo esta linha de raciocínio, o trabalho a seguir cuida, inicialmente, da pesquisa acerca das forças ideológicas e políticas que estiveram por trás da origem do internacionalismo (séculos XV-XIX) e sua propulsão no final do século XX, levando em conta o fato de que esse processo constrói, ainda que não linearmente, o estado complexo da conformação contemporânea da jurisdição penal, nacional ou internacional. Após isso, organiza de forma lógica as manifestações práticas desse movimento, enfocando a questão penal, tomando em conta a experiência brasileira após a promulgação da Constituição Federal vigente. Por fim, analisa uma possível matriz político-filosófica capaz de moldar o desenrolar do processo examinado às exigências acima mencionadas, almejando com isso contribuir para que o exercício da jurisdição penal, tanto no plano interno quanto no âmbito internacional, receba a necessária racionalização de seus fundamentos e regras de aplicação.

Palavras-chave: Internacionalização. Modernidade. Jurisdição Penal Internacional. Filosofia Política. Libertação.

ABSTRACT

The process of internationalization of the law receives a definite impulse after the end of the Cold War. It is, therefore, a recent, unfinished movement. At the same time, it seems to be an inevitable process and capable of definitively and profoundly transforming the way society relates to law, emphatically with criminal law. In this way, the need arises to understand the forces behind this demand for internationalization and its ways of manifestation, and then, with this in mind, to carry out a prudent assessment of the already discernible consequences of this process, balancing promises and risks, making possible a debate about the bases on which to fight for the adequacy of this process to humanitarian and democratic goals. Following this line of reasoning, the following work initially looks at the ideological and political forces that were behind the origin of internationalism (XV-XIX centuries) and its propulsion in the late twentieth century, taking into account the fact that this process constructs, although not linearly, the complex state of the contemporary conformation of the criminal jurisdiction, national or international. After this, it organizes in a logical way the practical manifestations of this movement, focusing on the criminal matter, considering the Brazilian experience after the promulgation of the current Federal Constitution. Finally, it analyzes a possible political-philosophical matrix capable of shaping the evolution of the process examined to the aforementioned requirements, aiming to contribute to the exercise of criminal jurisdiction, both internally and internationally, receiving the necessary rationalization of its principles and rules of application.

Keywords: Internationalization. Modernity. International Criminal Jurisdiction. Political Philosophy. Liberation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 DEMANDAS IDEOLÓGICAS E PRAGMÁTICAS PELA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO	5
1.1 Internacionalismo: do projeto ideológico da modernidade ao pragmatismo do final do século XX.....	6
1.2 Processos de globalização: emergência de uma consciência cosmopolita fundada na percepção de riscos globais	34
1.3 Processos de globalização: a homogeneização de políticas econômicas por meio do receituário neoliberal e a demanda por proteção à ordem global de mercado.....	42
1.4 Direito penal dos direitos humanos: o discurso “oficial” da internacionalização do poder punitivo	54
2 AS VIAS DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: UM RETRATO LEVANDO EM CONTA A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	67
2.1 A via normativo-institucional.....	68
2.1.1 Integração europeia e direito penal	69
2.1.2 A incipiente experiência de integração penal latino-americana e os efeitos dos mandados de criminalização internacionais no processo legiferante penal brasileiro	80
2.1.3 Tribunais Penais Internacionais: avanços e desafios para criação de uma jurisdição penal universal	89
2.2 A via político-criminal: cooperação internacional em matéria penal....	118
3 RISCOS POLÍTICOS E NORMATIVOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO: A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL MARGINAL.....	136
3.1 Filosofia da libertação como matriz filosófica fundante de uma política criminal internacional legítima	145
CONCLUSÃO	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	156

INTRODUÇÃO

Escrever sobre internacionalização do direito penal não é exatamente o mesmo que escrever sobre direito penal internacional. Entre os dois temas há uma relação de continente e conteúdo. O que se concebe hoje na literatura como direito penal internacional (ou direito internacional penal) é, conforme se verá, apenas uma das manifestações de um processo mais amplo e possuidor de contornos não tão claramente definidos. Parte dos objetivos desta pesquisa esteve relacionada com a tentativa de clarear o conceito de internacionalização do direito penal com base em um molde capaz de abrigar experiências heterogêneas, mas que possuem entre si o peculiar traço de serem fruto de uma demanda nítida por padronização internacional na abordagem de conflitos que transbordam as barreiras nacionais.

Já a expressão “direito penal” foi utilizada no decorrer do texto com certa liberalidade, buscando abarcar não apenas a dogmática do direito penal material, mas também a doutrina de processo penal e, como ficará claro pelo contexto em que a expressão foi empregada, outras áreas de conhecimento das ciências criminais, como a criminologia e, mais abundantemente, a política criminal.

Ainda dentro da explanação sobre os termos contemplados no título deste trabalho, de modo a fornecer uma base para compreensão prévia fundamental para sua apreciação, é preciso afirmar que o termo “marginal” foi retirado da produção filosófica, sociológica e política (ciência política) que identifica os países do *sul*, enfaticamente os países latino-americanos, africanos e de parte do continente asiático, como aqueles que não possuem *centralidade*, não possuem poder decisório em patamar semelhante ao das nações mais influentes no cenário global – a grosso modo, hoje, EUA e União Europeia (sem desconsiderar a descentralização operada pela pressão de países – em sua maioria árabes – detentores de reservas petrolíferas, o poderio econômico da China ou a constante influência da Rússia no seu entorno).

O problema de pesquisa que animou a escrita desta dissertação pode ser sintetizado na seguinte questão: de que se trata o processo de internacionalização do direito penal e de que forma pode ser percebida, na jurisdição penal brasileira recente (após a promulgação da Constituição Federal de 1988), sua influência? Adicionalmente, pretendeu-se avaliar, a partir da hipótese que serviu de premissa para a pesquisa, qual seria uma possível matriz filosófica capaz de fundamentar a política criminal apta a adequar este processo de internacionalização a critérios de

humanização e democraticidade. O interesse nessa avaliação adicional, para além da mera exposição acerca do fenómeno a ser estudado em si, partiu da percepção, tomada inicialmente como hipótese, mas comprovada naquilo que foi pesquisado, de que o movimento de internacionalização do direito tem forte potencial de reavivar o sempre latente ímpeto colonizador dos países centrais, com riscos políticos e normativos severos, em especial quando as transformações que esse movimento opera no direito penal são levadas em consideração.

Deste modo, o objetivo geral do trabalho esteve voltado para o intento de elucidar, na melhor medida possível dentro dos limites intrínsecos a esta pesquisa, o sentido do processo de internacionalização do direito penal, suas concretas vias de produção de efeitos (tomando o cuidado em utilizar, sempre que possível, a ótica da jurisdição brasileira para esta percepção), assim como em oferecer reflexões sobre uma base viável para construção das condições de possibilidade de uma política criminal internacional não imperialista.

Dando vida ao resultado das pesquisas realizadas com vistas a esse objetivo, o trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro trata das forças que impulsionam o processo de internacionalização em sua origem, tomando como parte o projeto moderno “civilizador” europeu. São discutidas sensibilidades e demandas políticas que estiveram por trás dos debates que gestaram as primeiras manifestações concretas da tentativa de “exportação” do modelo normativo europeu, buscando avaliar que feição esta manifestação original dá ao processo, com o fim de examinar se algo disso se mantém, se há algum traço que ainda seja relevante para compreensão não superficial do significado desta internacionalização hoje. Após essa pesquisa inicial, que revelou traços de permanência interessantes, foram expostas as demandas que estão mais diretamente (em termos cronológicos e condicionantes) conectadas com o forte impulso que o processo de internacionalização do direito penal recebeu desde a última década do século XX. A apreciação deste *continuum* (assim como de possíveis rupturas) entre as demandas ideológicas e práticas do internacionalismo dos séculos XV-XIX e da forte propulsão ocorrida após o final da Guerra Fria permitiu conclusões interessantes, que são apresentadas ao longo do Capítulo 1. Pode-se asseverar, portanto, que esta primeira seção buscou examinar a questão de *por que se internacionaliza o direito (e mais especificamente o direito penal)?*

Já o Capítulo 2 teve por escopo tratar da questão acerca de *como se manifesta a internacionalização do direito penal*, tomada em suas consequências empiricamente verificáveis, colacionando na maior medida possível o impacto trazido sobre a jurisdição brasileira recente. O tópico foi abordado por meio da categorização das vias de manifestação deste processo de internacionalização conforme critérios explanados no decorrer do respectivo capítulo.

Por fim, no Capítulo 3, buscou-se suscitar aquilo que se coloca como *dever-ser* do processo analisado, tomando em conta os riscos que se tornaram perceptíveis com a pesquisa. Se os dois primeiros capítulos foram regidos pelo interesse em destrinchar da melhor forma o objeto de pesquisa e, a partir do desnudamento de seus fundamentos e compreensão dos seus efeitos reais e potenciais, obter uma visão crítica deste, a última seção brotou do desejo de contribuir para discussão em torno daquilo que pode ser a base para uma transformação do fenômeno, de modo a adequá-lo a padrões de humanização e democraticidade. Para tanto, foi necessário, de antemão, selecionar um alicerce político-filosófico sólido como referencial. A escolha feita esteve voltada para os enunciados da *filosofia da libertação*, principalmente em seu desenvolvimento dentro da *filosofia política*, como momento mais maduro de sua construção teórica propositiva. As razões pela escolha são reveladas no próprio capítulo.

O método de pesquisa foi prevalentemente o descritivo, que ultrapassa o método exploratório, na medida em que não se restringe ao levantamento bibliográfico, mas procura se voltar para o real, a fim de compreender a natureza das relações entre as variáveis de pesquisa levantadas¹. No caso desta dissertação, isso fica claro quando a análise abstrata do fenômeno de internacionalização do direito penal é superada, passando-se a apontar o modo como este fenômeno vem se apresentando na experiência contemporânea (com enfoque na jurisdição brasileira) a partir de dados colhidos com a pesquisa empírica, o que gera a compreensão de seus riscos e despertando o senso crítico externado no decorrer dos três capítulos. Para tanto, a busca de dados não se restringiu ao exame da doutrina especializada, mas se debruçou sobre a análise jurisprudencial (em cortes nacionais e internacionais diversas) e legislativa (com destaque para o exame de dezenas de documentos

¹ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 42.

internacionais ratificados pelo Brasil desde a promulgação de sua Constituição vigente).

1 DEMANDAS IDEOLÓGICAS E PRAGMÁTICAS PELA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Parecer prudente iniciar investigando as razões pelas quais se acelera, no final do século XX, a busca por um direito cuja capacidade normativa de regulação social ultrapasse as barreiras nacionais, para depois tentar descobrir, indo mais a fundo, como se configura a demanda por um direito penal internacionalizado. Sem efetivar um retorno ao passado longínquo, interessa voltar os olhos para história do desenvolvimento do direito internacional, intencionando *encontrar traços que permitam a compreensão das forças ideológicas que estiveram por trás dos impulsos que trazem o processo de internacionalização ao estágio atual*. Evidentemente que essa busca pode produzir, alterando-se aquele que opera a investigação ou os critérios utilizados, diferentes resultados², mas entende-se que alguns bastiões do ideal de uma nova ordem mundial, calcada no direito internacional, podem ser identificados com a precisão necessária para análise aqui proposta.

Sem que esta divisão tenha sido prevista ou organizada de modo prévio, três períodos sobressaíram na pesquisa e ficarão de alguma forma claros com a leitura dos tópicos a seguir, ainda que, reforce-se, o capítulo não tenha sido dividido com base neste critério cronológico. Isso não foi feito com um objetivo bem claro em mente: o desejo de não dar a impressão de que estes períodos representam uma real sequência linear de ideias hermeticamente separadas e progressivas. Ainda assim, pode-se estudar o processo de internacionalização conforme se discorrerá neste capítulo, com base na seguinte divisão temporal: o período entre a obra *O Direito da Guerra e da Paz* (século XVII), de Hugo Grócio, e meados do século XIX; o período entre a criação do *Institut de droit international* (1873) e o segundo pós-guerra mais imediato, indo até a década de 1960; e, por fim, o período que permeia o fim da Guerra Fria e os nossos dias.

² Como exemplo: em análise com propósito similar e chegando a resultados que em alguns pontos tangenciam e em outros diferem do que será argumentado, Marcelo D. Varella aponta para quatro fatores que motivam o processo contemporâneo de internacionalização do direito: multipolaridade política e econômica no século XXI; desvanecimento dos conceitos de espaço e tempo em virtude do uso de novas tecnologias; adensamento de comunidades transnacionais involuntárias; ascensão de atores econômicos, cívicos e científicos com influência em escala transnacional (VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Tese de Livre-Docência (Direito Internacional). São Paulo: Universidade de São Paulo. 2012. p. 31-96).

A busca iniciará pela pesquisa acerca da formação do pensamento moderno (e, mais especificamente, do Direito moderno), de cunho fortemente universalista, em virtude do fato de que sua feição e suas consequências revelam uma chave de compreensão indispensável para que se possa discernir as razões pelas quais o processo de internacionalização adquire determinados traços característicos, além de permitir uma melhor percepção sobre os riscos que este processo produz, a serem examinados no terceiro capítulo deste trabalho.

1.1 Internacionalismo: do projeto ideológico da modernidade ao pragmatismo do final do século XX

Um dos traços marcantes do pensamento moderno é a tentativa de criação dos pressupostos teóricos que permitam a construção de uma ordem globalmente unificada em torno de valores universais. De outro modo: a universalização é um dos projetos ou promessas da modernidade. Cabe então se perguntar sobre as características desse projeto com o fim de descrever em que aspectos proporcionam alguma compreensão do processo de internacionalização do direito. A breve referência que se fará a seguir à história do direito internacional tem por objetivo revelar se as forças que impulsionam o processo de internacionalização do direito penal hoje podem ser explicadas com base no desenvolvimento de ideias que se encontram gestadas num passado próximo (últimos três ou quatro séculos), ou se aquilo que se considera a aceleração do processo de internacionalização obedece a uma lógica que rompe com esta tradição a partir do final do século XX, com maior ênfase após o fim do dualismo gerado pela Guerra Fria.

Se o projeto de construção de um direito internacional é um projeto moderno, torna-se necessário fixar, com alguma margem de segurança, mediante algum critério empírico coerentemente sustentável, a fundação do pensamento moderno. Não se questiona o fato de que existem várias versões da modernidade, conforme a análise se volta para ou enfatiza algum dos diferentes aspectos que convergem para as mudanças políticas, sociais, econômicas e culturais da segunda metade do segundo milênio do calendário gregoriano. Deste modo, uma escolha se faz necessária. Adota-se para presente reflexão o paradigma utilizado por Enrique Dussel, quando este

afirma o nascedouro do pensamento moderno no ano de 1492, quando Cristóvão Colombo chegou às Bahamas e, segundo os europeus, “descobriu as Américas”³.

Esta demarcação é importante porque implica a percepção de que *o processo de internacionalização do pensamento moderno está visceralmente conectado a um processo de colonização europeia*, centrado numa visão de mundo que tomava o modelo europeu de *civilização* como o ápice do *desenvolvimento* humano e via como obrigação moral a tarefa, alegadamente emancipatória, a ser desincumbida pelo europeu, de levar aos povos “bárbaros”, não desenvolvidos segundo os parâmetros da racionalidade europeia, o evangelho e o próprio processo civilizador em si, o que no final significava a implantação das instituições “seculares” criadas pelos europeus nas colônias, com o “direito” europeu embutido neste pacote⁴.

A análise a ser realizada precisa então se concentrar no teor daquilo que ocupou as discussões que permearam esse processo de construção de um direito internacional adaptado às “sensibilidades”, para valer-se da expressão empregada por Martii Koskenniemi⁵, que impregnavam o discurso político e jurídico (e, voltando um pouco, teológico) no caldo efervescente de ideias envoltas nos séculos que se seguem ao ano de 1492, em especial a partir do século XVII⁶. Entre todos os temas

³ “A Modernidade *realmente* pode nascer quando se deram as condições históricas de sua origem *efetiva*: o ano de 1492 – sua mundialização empírica, a organização de um mundo colonial e o usufruto da vida de suas vítimas, num nível pragmático e econômico.” (DUSSEL, Enrique. **1492 – o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993 – grifos do original) Em outra sede, Dussel ainda elucida a necessidade de contrapor dois conceitos de “modernidade”: “O primeiro deles é eurocêntrico, provinciano, regional. A modernidade é uma emancipação, uma ‘saída’ da imaturidade por um esforço da razão como processo crítico, que proporciona à humanidade um novo desenvolvimento do ser humano. Este processo ocorreria na Europa, essencialmente no século XVIII. [...] Propomos uma segunda visão da ‘Modernidade’, num sentido mundial, e consistiria em definir como determinação fundamental do mundo *moderno* o fato de ser (seus Estados, exércitos, economia, filosofia, etc.) ‘centro’ da História Mundial. Ou seja, empiricamente nunca houve História Mundial até 1492 (como data de início da operação do ‘Sistema-mundo’). Antes dessa data, os impérios ou sistemas culturais coexistiam entre si. Apenas com a expansão portuguesa desde o século XV, que atinge o extremo oriente no século XVI, e com o descobrimento da América hispânica, todo o planeta se torna o ‘lugar’ de *uma só História Mundial*” (DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e Eurocentrismo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 28).

⁴ “One of the most remarkable feats in the discipline’s [história do direito internacional] self-construction has been its overwhelming Eurocentrism: so it is no wonder that much of that new work has concentrated in describing international law as part of the colonialist project.” (KOSKENNIEMI, Martii. **The gentle civilizer of nations**: the raise and fall of international law 1870-1960. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 9)

⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁶ Isso porque é o século, segundo António Manuel Hespanha, em que o discurso jurídico adquire centralidade nas discussões atinentes à sociedade: “Este efeito modelador da cultura jurídica letrada sobre as visões do mundo dos leigos aponta para dois temas centrais que constituem traços específicos da cultura da Europa Continental Centro-Occidental. Um deles é esta centralidade da

de alguma forma *imanescentes à gênese do direito internacional*, dois precisam ser aqui explanados: a doutrina da *guerra justa* e a estruturação das *fontes do direito*, com destaque para concepção do *jus gentium* e sua paulatina autonomização em relação ao direito natural. Frise-se, apenas, que o exame a seguir não tem a pretensão de abordar em detalhes o desenvolvimento completo destes que são dois dos temas mais complexos e ricos em implicações do direito internacional. O objetivo aqui é perscrutar pela essência das ideias, interesses, valores e matizes filosóficos e práticos que animaram os embates em torno do tema das possibilidades de um direito universal, capaz de ser “levado” a todos os povos como meio de pacificação social e estruturação de uma nova ordem internacionalmente válida.

A tradição das discussões em torno do tema da guerra justa pertence, de modo especial, à escolástica espanhola tardia. Esta, por sua vez, teve influência não insignificante sobre o trabalho de juristas posteriores, merecendo destaque a operada sobre o pensamento de Hugo Grócio⁷. Os debates sobre a possibilidade de uma guerra justa, que procurava conciliar o idealismo pacifista e o realismo político, podem ser remetidos aos escritos de Santo Agostinho e até mesmo a um estudo da jurisprudência romana, mas são os comentários à *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino pela escolástica espanhola que permitem que ela produza os resultados que acabarão se tornando imanescentes ao direito internacional, após a laicização posterior, operada pelo racionalismo moderno.

A guerra é um assunto delicado para a teologia cristã e gerou manifestações distintas. Entre os primórdios do cristianismo, ainda pequeno, violentamente perseguido e antagônico ao pensamento “pagão” do império em que estava “hospedado”, e o desenvolvimento de sua “estatização”, altera-se o conceito sobre a

cultura jurídica. Como o direito, neste mundo cultural europeu, tende a ser considerado como o saber sobre a ordem das coisas, e a justiça como a virtude ou qualidade que atalha a desordem e repõe a ordem, a cultura jurídica é a chave para a compreensão e direção das relações humanas de todo o tipo – a reivindicação de uma coisa, de um lugar na sociedade, de um comportamento ou mesmo de um sentimento por parte dos outros, tudo são questões de direito e de justiça... Daí que, nas lutas pelo poder social, o grupo dos juristas tenha estado sempre na primeira linha” (HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 87-88 – grifo acrescentado).

⁷ Em sua tese doutoral o Professor Paulo Emílio Borges de Macedo se propõe a discutir as alegadas “paternidades” do direito internacional, voltando sua análise principal para a influência do pensamento de Francisco Suárez sobre a obra de Hugo Grotius, sem pender para referências radicais. Paulo Borges conclui por uma proximidade significativa entre o conceito de *ius gentium* presente nestes dois autores, originada, entre outros aspectos, pelo desejo de ambos de evitar o relativismo moral ocasionado pela queda do *ethos* cristão absoluto que havia ocupado o pensamento teológico (e em alguma medida jurídico) durante os longos anos do medievo. O ponto central comum aos dois escritores da teoria da guerra justa é a eleição do costume como fonte formal do direito das gentes (MACEDO, Paulo E. V. B. **O nascimento do direito internacional**. São Leopoldo: Unisinos, 2009).

participação do cristão nos assuntos políticos, a ocupação de um cargo público (o alistamento no exército⁸) e a valoração da guerra. Vale lembrar que o cristianismo, como conjunto de crenças e valores, se tornou um dos mais bem-sucedidos – em termos de expansão geográfica e durabilidade – candidatos à tentativa de universalização moral.

Embora Santo Isidoro de Sevilha figure como um dos mais remotos nomes citados pelos historiadores quando se trata da tradição teórica em torno do tema da guerra justa, é no século XII que tal doutrina vai se consolidar. Em 1140, o monge Graziano escreve a obra que, segundo certa tradição, dará início ao direito canônico⁹ e nesta aborda a questão de se é pecado para os cristãos fazer a guerra. Ao responder, o autor admite hipóteses legítimas de guerra, lançando duas definições de guerra justa, fundadas na função de vingar injustiças ou restituir aquilo que foi tomado ilicitamente.

Na primeira metade do século XIII, São Raymundo de Peñaforte descreve cinco requisitos para guerra justa. Um pouco à frente¹⁰, entre 1263 e 1269, São Tomás de Aquino reduz estes requisitos a três e consolida a tradição escolástica da doutrina¹¹.

O direito de guerra de Hugo Grócio alimenta-se dessa tradição escolástica. Seu principal objetivo era situar sua obra num meio-termo entre o ceticismo, originado pelo realismo político e originador de um relativismo ético inaceitável para o jurista holandês, e o pacifismo radical de um Erasmo de Roterdã, que proclamava que a guerra é anticristã e antinatural. A “doutrina da guerra justa pressupõe uma via intermediária” entre esses dois extremos, defenderia Grócio¹².

Uma das grandes contribuições de Grócio para o debate em torno da guerra justa é o modo como o autor procurou tratar a guerra como análoga a um processo judicial (tradição que emprestou de Alberico Gentili como se verá), buscando delimitar

⁸ Em 313, no concílio de Licínio, ficou estabelecido para os cristãos católicos que não era pecado a profissão militar.

⁹ Trata-se do *Decreto discordantium canonum*, cuja Causa XXIII trata da questão da guerra justa.

¹⁰ Seria válido incluir neste interlúdio a discussão entre Juan de Sepúlveda (*Apologia em favor do livro sobre as justas causas da guerra*), Bartolomé de las Casas (*Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias*) e Francisco de Vitória (*Relectio de Indis*) sobre as possibilidades de guerra aos indígenas, o que não será realizado neste momento por absoluta impossibilidade espacial. Sobre o tema: DUSSEL, Enrique. **1492 – o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.

¹¹ São três as condições que São Tomás estabelece para haver justiça em uma guerra: a decretação por uma autoridade legítima, a justa causa e a reta intenção dos combatentes. Grotius vai retomar esta tripartição em sua obra de maior relevo (MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 42).

¹² *Ibidem*, p. 300.

as regras que deveriam imperar mesmo na situação de um conflito violento (*jus in bello*)¹³. Para Grócio, os que condenam a guerra como contrária a natureza humana o fazem com base em sua visão dos motivos ou das consequências da guerra. Esta, em si, é dotada de neutralidade. *O que a torna justa ou injusta é o modo como é conduzida e os motivos determinantes de sua decretação*¹⁴. Grócio conduz seu raciocínio perguntando-se se há no direito divino, no direito natural e no direito das gentes alguma proibição expressa que impeça a realização das guerras. Ele vai responder negativamente a essa questão e fundamentar a justeza de um conflito na participação voluntária dos beligerantes. Surgirá então para o jurista holandês a questão da possibilidade da desobediência civil, tema já tipicamente moderno. É importante não forçar, no entanto, a percepção de “modernidade” no pensamento de Grócio nesse sentido, mas apenas apontar para o fato de que a questão precisou ser por ele abordada, uma vez que os soldados não são, regra geral, participantes voluntários do conflito, mas o são por obediência à ordem de uma autoridade que lhes é superior¹⁵. Grócio vai sustentar que a desobediência só poderia se tornar legítima se for originada da certeza de uma injustiça no caso de acatamento da ordem belicosa. Ao usar a sua própria razão, caso o soldado se percebesse diante de uma ordem que o levaria a violar uma lei divina ou uma lei natural, estaria dispensado de prestar sua obediência. Porém as ordens de seus superiores possuiriam presunção de validade, argumento com o qual Grócio inaugura uma lógica para a não culpabilidade dos combatentes, os eximindo de modo genérico no caso das violências praticadas sob o dever de obediência. Seriam raríssimas as ocasiões em que o

¹³ É importante lembrar que o conceito de Estado nação ainda não estava plenamente desenvolvido na época de Grócio e que o autor cuida inclusive da guerra particular. Sua definição de guerra é bem singela e abarca uma série de conflitos possíveis (ibidem, p. 301).

¹⁴ É interessante notar que a noção de um *direito subjetivo*, que poderia dar vazão a uma causa justa para guerra (legítima defesa, reivindicação de um bem, recebimento de um crédito ou a punição de um malefício), estão presentes na obra de Grócio, mas se mostram mais bem estruturados como tal em Francisco Suárez. Se “uma das maiores diferenças entre o jusnaturalismo medieval e o moderno reside na concepção de direito subjetivo, o poder de agir conferido a um indivíduo” em face de toda a sociedade, então é Suárez quem deveria receber a titulação de “modernidade” antecipada e não Grócio como se costuma afirmar (afinal Grócio, entre tantos títulos lisonjeiros, já foi referenciado como o “Descartes da política”). Foi Suárez que, ao afirmar que as coisas são más ou boas independentemente da vontade de Deus, conferiu ao sujeito uma titularidade moral sem a obrigatoriedade de se fazer referência a Deus, e nesse sentido inaugurou, de fato, uma nova fase no pensamento normativo ocidental (ibidem, p. 103-116).

¹⁵ Grócio enfrenta aqui a questão da possibilidade da bilateralidade da justiça (dois lados de um mesmo conflito podem agir com justiça?) e a afirma com uma habilidosa saída: para os em posição de comando, a bilateralidade não pode existir, mas em relação aos soldados, sim, uma vez que estes não possuem a quantidade de informação necessária para poder decidir pela justeza ou não do conflito ao qual participam por obediência a ordem de uma autoridade legítima (ibidem, p. 308).

soldado precisaria avaliar a justiça de seus atos. A valoração lhe seria anterior, o que trazia *uma perspectiva muito interessante para legitimar os conflitos bélicos europeus* e o processo de colonização, genocídio e imposição de valores (morais ou jurídicos)¹⁶. Sem dúvida reside nesse aspecto uma das razões pelas quais o pensamento de Grócio gozou de tamanho prestígio.

Com base nessas premissas, Grócio apresenta a guerra justa como aquela que foi decretada por uma *autoridade competente* e que segue *formalidades* (regras) em seu intercurso¹⁷. O direito de guerra atinge, com a obra de Grócio, o ponto mais próximo daquilo que poderia ser considerado o *embrião* do direito internacional. Harmonizam-se em sua escrita o *jus ad bellum* dos escolásticos e o *jus in bello* que será tão caro aos modernos. Ao pensar a *guerra como um processo jurídico*, o autor holandês abriu espaço significativo para que o *jurídico* intervisse, com alguma originalidade, num espaço tomado historicamente pelo *político*¹⁸. Pode-se concluir, desse modo, que a *doutrina da guerra justa*, sincronizada com os pressupostos de uma análise jurídica, afastando os constrangimentos de um exame unicamente moral ou sob dogmas religiosos, *abriu espaço para legitimação do processo de colonização e imposição do direito europeu por quase todo o globo, universalizando, sob elevado derramamento de sangue, um modelo de organização social assentado na ideologia da emancipação*. Esta percepção é de extrema relevância para um exame sóbrio acerca do significado da noção de *internacionalização do direito*.

Movendo-se para o tema das fontes do direito e da estruturação do *jus gentium*, será preciso compreender em que momento e com que conteúdo esse último se desprende do direito natural para adquirir autonomia epistemológica. Sabe-se, por

¹⁶ Ibidem, p. 301-310.

¹⁷ “Em Grócio, o direito de guerra não cumpre o papel de preservar a civilidade... o mínimo ético grociano precisa contentar-se com padrões menos elevados... não visa a unidade ético-jurídica de toda a raça humana, mas tão somente um modo de solução de controvérsias num cenário em que não se pode aplicar os tribunais.” (Ibidem, p. 325)

¹⁸ Como se sabe, a dicotomia político/jurídico é um dos pilares do pensamento jurídico moderno. No direito internacional, ela adquire uma coloração, aliada a outras dicotomias, como natural/positivo (normatividade/concretude) e universal/regional, peculiar. Esse será o campo de trabalho de Martii Koskenniemi, motivo pelo qual a sua análise histórica do direito internacional (que para o autor se inicia em 1873) se revela tão importante para tentativa de compreensão da visceral indeterminação que marca esse ramo do direito e afeta de modo profundo o processo de internacionalização, levando Rui Dissenha a apontar, com base na leitura de Koskenniemi, os riscos inerentes a esse processo quando incide sobre o direito penal. Esta tese, que coloca as dificuldades de compatibilização do direito penal moderno (calcado estruturalmente nos princípios da legalidade e da culpabilidade individual) com o processo de internacionalização (marcado, como se verá, pela ambivalência e pelo ecletismo) em evidência, serve de matriz importante para discussão do problema proposto neste trabalho.

exemplo, que a concepção romana de *jus gentium* era definida a partir dos seus destinatários. Em seu desenvolvimento mais avançado dentro do domínio romano, o *jus gentium* regulava as relações entre estrangeiros e entre estes e os *cives* romanos¹⁹. Tratava-se de um “direito” que priorizava a *vontade* e o *costume*, mais do que a forma. Seja reforçado: o *jus gentium* romano tinha por objeto governar as relações entre *estranhos*, entre aqueles que não pertenciam à mesma tribo ou nação, que *possuíam em comum apenas o fato de serem humanos*. “O *jus gentium* encerra consigo a exigência de um direito... que deveria ser aceito por todos os homens.”²⁰ Em alguma medida, o *jus gentium* romano antecipava a tradição no uso do direito com fins imperialistas, de imposição de forma de regulação de vida de sociedades conquistadas ou dependentes²¹.

Cícero (I a.C.) concebia o “direito dos povos” como fruto de uma comunidade de todos homens, que era tomada como pressuposto. A filosofia estoica, que guarda inúmeras similaridades com o pensamento cristão, influenciou a concepção romana de direito dos povos, tornando difícil separar este do direito natural. Alguns séculos a frente, Ulpiano (III d.C.) defenderia a ideia de que o direito das gentes era a porção do direito natural que diz respeito aos humanos. Não se trata, porém, de um direito destinado a gerir coletividades ou mesmo “nações”, mas indivíduos, tal qual o próprio direito civil²².

Com a ascensão da racionalidade medieval, surgem os fundamentos éticos capazes de sustentar o conteúdo de um direito universal. Santo Isidoro, “o último acadêmico do mundo antigo”²³, havia elaborado uma teoria de direito das gentes que pode ser descrita como uma “espécie de direito privado comum aos povos”. Conteria normas criadas pela intelectualidade humana, embora aplicáveis de forma universal.

¹⁹ Vale lembrar que é no período republicano que se opera a sistematização das classes de pessoas (*Cives Romani, Latini e Peregrini*) que viviam ou circulavam pelos domínios do Império Romano. Importante ressaltar também que, por volta de 212 d.C., a cidadania romana é estendida a todos os “residentes” nos domínios de Roma (com exceção dos *deditícios*) e que o *Corpus Iuris Civilis* só surgiria durante o governo de Justiniano, que viveu de 482 a 565 d.C. (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 107)

²⁰ MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 46.

²¹ O grande exemplo que elucida a diferença entre o direito natural e direito das gentes e reforça essa percepção de sua essência imperialista é o modo como enxerga a escravidão: enquanto no direito natural é grande a dificuldade em se legitimar ou justificar a escravização, para o direito das gentes (em sua concepção romana inclusive), se ela decorre da vitória em uma batalha haveria um pressuposto “jurídico” permissivo para o ato de escravização (CORREIA, Alexandre. **O conceito de *ius naturale, gentium et civile no direito romano***. São Paulo: Odeon, 1934. p. 19).

²² MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 49.

²³ Frase atribuída a Charles Forbes Rene de Tyron, conde de Montalembert (1810-1870).

Mais à frente, já na Baixa Idade Média, aparecem, de modo mais enfático, as primeiras reflexões sobre a positividade no direito das gentes. “Os glosadores procuraram... cindir o direito natural ou o direito das gentes em diversas espécies. Isso obedecia uma ideia de desenvolvimento progressivo do direito natural ao direito positivo”²⁴. Essa forma de alocar o direito das gentes na passagem do direito natural para o direito positivo estará presente em boa parte do pensamento medieval e perduraria até Grócio. Cabe, porém, uma menção de destaque ao desenvolvimento realizado por São Tomás de Aquino²⁵. Este exame mais aprofundado que se fará da estruturação do direito das gentes deverá permitir a compreensão de que, há um só tempo, a conceituação teórico-valorativa (jurídica) da guerra justa e do direito das gentes, fundado na razão “universal”, fornecem o ferramental básico para autorização (dentro do *ethos* jurídico em que foram formatados) dos projetos de colonização que animam, sobremaneira, o processo de internacionalização do direito moderno.

Para São Tomás, a lei não se apresenta como dever-ser, mas como um projeto de ordenação da razão. A lei atua como uma medida²⁶. Toda a lei emana da lei natural, mesmo a lei produzida pela vontade humana²⁷. “Todo o direito positivo deriva da lei natural”, mas de modo distinto quer se trate da lei civil, quer da lei das gentes. No primeiro caso “a lei natural, portanto, determina os limites morais que o direito civil não

²⁴ MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 53.

²⁵ São Tomás de Aquino entende que o direito das gentes é (ainda) um direito natural humano, ou seja, seu fundamento é a razão humana natural, mas ele não se mostra evidente. São Tomás divide o direito natural em dois e identifica o direito das gentes com o segundo, no qual embora as leis permaneçam “naturais”, se mostram menos evidentes e assim dependem, em alguma medida, do “reconhecimento” das *gentes*. Ele não é imediatamente natural, mas provém de preceitos naturais. A concepção de São Tomás, nesse sentido, não possuiu influência decisiva nos teólogos, mas posteriormente, quando os juristas, como Grócio, quisessem fundar um direito das gentes propriamente positivo, as lições de São Tomás seriam sacadas como um germe dessa concepção de que é a *razão humana* que fundamenta seus preceitos deonticos.

²⁶ Na Questão 90 do Tratado sobre a Lei: “A lei é uma regra e medida dos atos, pela qual somos levados à ação ou dela impedidos. Pois, lei vem de ligar, porque obriga a agir. Ora, a regra e a medida dos atos humanos é a razão, pois é deles o princípio primeiro, como do sobredito resulta (q. 1, a. 1 ad 3). Porque é próprio da razão ordenar para o fim, princípio primeiro do agir, segundo o Filósofo. Ora, o que, em cada gênero, constitui o princípio é a medida e a regra desse gênero. Tal a unidade, no gênero dos números, e o primeiro movimento, no dos movimentos. Donde se conclui que a lei é algo de pertencente à razão” (AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica. Os hábitos e as virtudes – Os dons do Espírito Santo – Os vícios e os pecados – A Lei antiga e a Lei nova – A graça**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. IV. I Seção da II Parte – Questões 49-114, p. 522-523).

²⁷ Na Questão 91, art. 2 – Se há em nós uma lei natural: “Ora, entre todas as criaturas, a racional está sujeita à Divina Providência de modo mais excelente, por participar ela própria da providência, provendo a si mesma e às demais. Portanto, participa da razão eterna, donde tira a sua inclinação natural para o ato e o fim devidos. E a essa participação da lei eterna pela criatura racional se dá o nome de lei natural.... Toda operação da nossa razão e da nossa vontade deriva do que é segundo a natureza, como dissemos (q. 10, a. 1). Pois, todo raciocínio deriva de princípios evidentes; e todo desejo dos meios deriva do desejo natural do fim último. Por onde e necessariamente, a direção primeira dos nossos atos para o fim há de depender da lei natural” (ibidem, p. 530).

pode ultrapassar”²⁸. Serve como um molde. No caso do direito das gentes, não. Este deriva de forma *direta* da lei natural, motivo pelo qual pode ser considerado *universal*. Todo ser dotado *de razão pode deduzir, a partir da lei natural, o conteúdo do direito das gentes*. Isso não significa, porém, que todos os homens cheguem à compreensão deste último ao mesmo tempo ou da mesma forma. Exige algum esforço para extrair, das *verdades evidentes da natureza*, os preceitos do direito das gentes. Resumindo: o direito das gentes é direito natural, mas é menos evidente, ou seja, demanda um maior esforço para ser concebido por derivação²⁹.

Já a concepção vitoriana, diante de problemas inéditos, como a questão dos índios e o desfazimento da noção de um império cristão universal, o Tratado de Tordesilhas de 1494³⁰ e tantas outras mudanças, mostra-se bastante avançada no trajeto rumo ao desenvolvimento de um direito internacional (embora seja precipitado dizer que já consubstancie ou faça parte deste). Francisco de Vitória comungava da noção de solidariedade natural do homem de São Tomás de Aquino e antevia (não de forma totalmente cristalina, mas com alguma originalidade) o mundo como uma república de Estados, regulados pelo *jus gentium*, limitados por um poder superior, o bem comum (consenso), que era o motivo pelo qual a ordem foi constituída originalmente³¹. Porém, é preciso observar que, embora tenha ficado conhecido como um dos “fundadores” da noção moderna de *jus gentium*, em especial pela troca do termo “homens” por “gentes” em importante trecho produzido pelo jurisconsulto

²⁸ MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 57.

²⁹ Questão 93 – Da lei eterna. Art. 2: “Por onde, deve-se dizer que a lei eterna ninguém pode conhecê-la como em si mesma é, senão só os bem-aventurados, que veem a Deus em essência. Mas toda criatura racional a conhece por alguma maior ou menor irradiação dela. Pois, todo conhecimento da verdade é uma certa irradiação e participação da lei eterna, que é a verdade imutável, como diz Agostinho. Ora, a verdade todos de certo modo a conhecem, pelo menos quanto aos princípios comuns da lei natural. Quanto aos outros, uns participam mais e outros, menos do conhecimento da verdade; e assim também conhecem mais ou menos a lei eterna” (AQUINO, São Tomás de. *Op. cit.*, p. 550).

³⁰ Antes ainda, em 14 de maio de 1493, na bula *Inter coetera*, o Papa Alexandre VI havia doado aos reis católicos as “ilhas remotíssimas e as terras firmes” já descobertas por Colombo e “as que se descubram depois”, com o fim de exercerem sobre estas “plena autoridade e jurisdição” a ocidente de um meridiano ideal conhecido como “linha Alexandrina”.

³¹ “El derecho de gentes no solo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene por sí mismo fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho das gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocantes a la guerra. Y en los asuntos graves, como en la inviolabilidad de los legados, ninguna nación puede darse por no obligada por el derecho de gentes, pues éste viene conferido por la autoridad de todo el orbe.” (VITÓRIA, Francisco de. *apud* HERNÁNDEZ, Ramon. **Francisco de Vitoria: vida y pensamiento internacionalista**. Universidade de Michigan: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995. p. 176)

romano Gaio tratando do direito das gentes, Vitória entendia como *legítima a guerra originada pela retaliação a um direito de visitação de todas as terras pelos espanhóis* e tinha por mote a tentativa de defender os valores cristãos (inclusive a liberdade para evangelização) e justificar os processos de colonização. “Assim, o dominicano faz regressar em novas bases tudo o que já havia refutado.”³² O desejo de se posicionar como um defensor dos índios e refutar a teocracia papal sem deixar de ser um patriota obrigou Vitória a essa *ambivalência*. Na realidade, sua obra se coloca como um exemplo interessantíssimo do desafio, enfrentado de modo muito agudo pelo direito internacional, para se apresentar como uma forma de racionalização do poder político. Vitória se via diante da difícil tarefa de conciliar as considerações dos juristas, que justificavam toda crueldade perpetrada contra os “conquistados”, a defesa intransigente de alguns missionários em relação a dignidade dos índios e as necessidades pragmáticas (econômicas, políticas e religiosas) que impulsionavam o processo de colonização. Porém, no final das contas, para ele “o consentimento da maioria da humanidade pode impor-se sobre o mundo inteiro, mesmo contra a vontade de uma minoria (que não é tão esclarecida)”. Ainda mais: “A distinção entre cristãos e não cristãos revela-se essencial para a compreensão do direito das gentes de Vitória... o *jus gentium* do teólogo de Salamanca governa as relações entre cristãos e não cristãos”, tal qual o *jus gentium* romano regia as relações entre romanos e estrangeiros³³. Sendo assim, Francisco de Vitória *ainda não trata de um direito entre os Estados*. Ele ainda confunde direito das gentes e direito natural. Porém, ao ter substituído *homens* por *gentes* (aparentemente de modo proposital) no texto de Gaio e ter defendido o domínio dos índios sobre suas terras, Vitória lançou as bases para um direito positivo entre os povos, inseridos numa sociedade internacional que seja superior à soberania estatal³⁴. Seu uso do consentimento, calcado no bem comum, como elemento de validade (positiva e não “natural”) do direito das gentes não pode ser desprezado na pesquisa sobre a história da internacionalização do direito.

O *jus gentium* adquire nova roupagem com o pensamento de Alberico Gentili. Por não se ater a questões teológicas, mas estar voltado ao realismo político³⁵, Gentili

³² MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 66.

³³ *Ibidem*, p. 69-70.

³⁴ *Ibidem*, p. 73.

³⁵ “Sua proposta é oferecer ao direito de guerra e ao direito das gentes uma especificidade eminentemente jurídica e, para consolidar tal projeto, tece uma crítica à competência argumentativa dos filósofos da moral e dos cientistas políticos.” (LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. *O Direito de*

escreveu sobre o direito das gentes sob a perspectiva do *equilíbrio de poder*³⁶. Para tanto, Gentili “hipertrofia a noção de legítima defesa”, legitimando a guerra preventiva. Ademais, diferente de seus “colegas” comprometidos com a ética cristã, Gentili não vê problema em afirmar a *bilateralidade da justiça* em um conflito armado. Além disso, o autor rechaça a possibilidade de criar uma teoria sobre o direito de guerra fundado somente no empirismo, ou seja, somente com base na análise das guerras reais até então conhecidas. O direito, argumenta ele, depende de uma fundamentação prévia para análise da empiria³⁷.

É de Gentili que Grócio herda a noção da guerra como um processo judicial. Os dois lados possuem legitimidade para litigar e podem se considerar relativamente justos em suas pretensões. Toda a doutrina escolástica da guerra justa é subvertida sob a pressão da pena de Gentili, que não coaduna com a visão de justiça universal dos escolásticos³⁸. Porém, por estranho que possa parecer, ainda entende o direito das gentes como pertencente ao direito natural. Em sua concepção, o direito das gentes é um resquício do direito divino que nos foi legado após o pecado. Isso significa que, embora tenha se afastado da doutrina católica da guerra justa e tenha sido tão fervoroso defensor do relativismo ético conectado ao realismo político, Gentili não chega a um resultado, em termos de direito das gentes, muito diferente dos escolásticos³⁹.

guerra e a legitimidade da guerra justa segundo Alberico Gentili. **Revista Opinião Filosófica**, v. 3, n. 2, Porto Alegre, 2012. p. 125)

³⁶ O termo “equilíbrio de poder” ou “sistema de estados europeus” designa uma política, construída com maior força nos séculos XVI e XVII na Europa, com protagonismo dos ingleses. Baseava-se na formação de alianças políticas com o intuito de impedir a criação de uma monarquia universal na Europa e foi usada em especial para combater as intenções de Luís XIV e Luís XV da França. Essa tentativa de estabilização dos conflitos em bases diplomáticas e estratégicas sofreu um duro abalo no século XVIII quando uma série de guerras demonstraram sua falibilidade, entre as quais se destacam a Guerra da Sucessão Espanhola, a Guerra dos Sete Anos e as Guerras Napoleônicas. No século XIX o tema do equilíbrio de poder volta ao cotidiano político com o acréscimo da tentativa de, por meio de congressos, encontros e elaboração de tratados internacionais, oferecer bases mais sólidas do que a diplomacia “informal” dos séculos XVI e XVII. Durante certo período, acreditava-se que o modelo traria a paz de forma quase definitiva, até que a Primeira Guerra Mundial desfez por completo o idealismo novecentista. O equilíbrio de poder ainda voltou a ser tema de discussão por ocasião das tratativas relacionadas ao desenvolvimento de armamentos nucleares no século XX, mas aí sua feição já era bastante diferente do que havia sido no período que precedeu as grandes guerras, ainda que, de um ponto de vista superficial, o objetivo final buscado fosse semelhante.

³⁷ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. *Op. cit.*, p. 127.

³⁸ MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 77.

³⁹ Falando sobre o conceito de *jus gentium* em Gentili, Lima afirma que “são leis inatas, não são aprendidas pelo adestramento ou pela leitura, mas se originam da própria natureza humana; são evidentes por si; para conhecê-la basta ter uma natureza de homem” (LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. *Op. cit.*, p. 127).

Indo adiante, antes de tratar do conceito de direito das gentes de Hugo Grócio, é preciso tratar ainda deste em Francisco Suárez. Algumas percepções de Suárez vão ecoar no trabalho de Grócio. A primeira tem que ver com sua concepção do *jusnaturalismo*. Em Suárez este, embora universal, *não é imutável nem indivisível*. A lei natural em si é una e não sofre alteração em seu conteúdo, mas a compreensão dos homens a seu respeito pode variar e assim será possível que, por certo período, os homens se comportem de modo contrário à lei natural sem culpa, em virtude de ignorância invencível de sua parte. Mesmo na questão de variabilidade, Suárez opera uma suavização em relação aos outros escolásticos. Embora acredite que a natureza humana é invariável, reconhece que suas circunstâncias não o são. A lei natural não é tão certa e dura em sua perspectiva. Ela comporta exceções circunstanciais. A lei humana pode modificar em alguma medida a lei natural⁴⁰.

A segunda tem que ver com a imanência. Contrariando o modo como São Tomás de Aquino relacionava *jus* e *lex*, essa universal e aquela particular, Suárez inicia suas considerações pelo objeto mais diretamente disponível, ou seja, a lei civil (positiva) e a universaliza. Identifica assim a lei com o direito. Em sua construção, a lei não serve, como para São Tomás de Aquino, para ordenar a razão, mas para *prescrever uma forma de conduta*. A lei só se aplica a seres racionais, dotados de livre-arbítrio. A lei não procede necessariamente da substância divina. As leis humanas não são uma manifestação da lei divina de forma *direta*. Constituem, antes, algo interno ao homem que o permite aproximar-se da salvação⁴¹.

A terceira grande contribuição de Suárez diz respeito à moralidade objetiva, alcançada a partir da noção de que o bem e o mal existem independentemente da vontade divina, existem em si, por sua própria natureza. Suárez tenta, desse modo, reunir teorias voluntaristas e teorias intelectualistas. A lei natural “reforça a obrigatoriedade ao proibir o mau e ordenar o bem”. Com isso, consegue “conservar o objetivismo ético e afirmar a imperatividade da lei”. Além disso, a lei natural de Suárez é capaz de ser historicizada sem perder sua invariabilidade, o que permite a construção de um *mínimo ético*, fundado no *costume*, que fundamenta o *jus gentium*⁴².

⁴⁰ Assim, por exemplo, a proibição do furto é oriunda de uma lei natural, mas os humanos podem viver em uma comunidade de bens em que este preceito se mostre inaplicável. Isso significa que a lei natural pode ser adaptada a circunstâncias e mesmo a decisões humanas, o que faz da concepção de Suárez algo distinto da noção medieval e mesmo da noção moderna de *jusnaturalismo*.

⁴¹ MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 141-142.

⁴² *Ibidem*, p. 143-146.

Hugo Grócio leu Francisco Suárez. As ideias daquele o influenciaram em alguma medida. Ainda assim, Grócio se revela bastante original. Como ponto de partida para compreensão do seu *jus gentium avant la lettre*, é preciso afirmar, com Paulo Borges, que Grócio “desenvolve uma concepção de *jus gentium* como um direito positivo aplicável entre os povos”⁴³. Para tanto, Grócio parte da noção de que os homens voluntariamente consentiram em criar o Estado para desfrutar da vida em sociedade. Embora não esteja diretamente preocupado em descrever como o Estado nasceu, enfatiza a noção de “associação de vontades” para explicar a origem factual da organização política. Não coaduna assim com a doutrina de origem popular do poder. É importante lembrar que não pertencem ao tempo de Grócio as preocupações com a legitimidade do poder e os desdobramentos da desobediência civil, uma vez que este se encontra ainda envolto pela crença medieval de benevolência inata do poder. “Grócio, portanto, percorre uma via bastante estreita. Ele se mostra moderno o suficiente para refutar a mais clássica de todas as concepções políticas medievais, mas não consegue (ou se recusa) a perceber a tensão entre liberdade e autoridade...”⁴⁴ Os sujeitos do *jus gentium* de Grócio são os *povos soberanos*, embora as regras deste direito devam também ser obedecidas pelos povos não dotados de soberania. A *fonte formal* do seu *jus gentium* é o *costume*. Em Grócio, a *sociedade internacional é um projeto* por realizar-se. Não se deve confundir essa com a “comunidade mundial” mencionada pelo autor como a unidade natural da espécie humana, seu aspecto biológico, tomado como pressuposto de sociabilidade. Com essa construção, Grócio consolida a visão de um direito das gentes “que escapa ao universo cultural romano: um direito positivo e entre os povos”⁴⁵. E com esta noção consubstancia-se a base ideológica deixada pelo século XVII para a formação do direito internacional, destinado a regular as relações entre os emergentes Estados soberanos europeus, sem, contudo, vincular o modo como estes lidam com os povos do “Novo Mundo” e do “antigo” Oriente. *Esta ambivalência será a alma do desenvolvimento político-normativo internacional nos séculos seguintes.*

O conceito que será desenvolvido pelos europeus em relação a esses povos da Ásia, da África e das Américas pode muito bem ser resumido nas palavras de Hegel: “A história vai do Oriente para o Ocidente. A Europa é absolutamente o fim da

⁴³ Ibidem, p. 147.

⁴⁴ Ibidem, p. 335.

⁴⁵ Ibidem, p. 360-361.

história universal. A história universal é a disciplina da indômita vontade natural dirigida para universalidade e a liberdade subjetiva”⁴⁶. Na realidade, para Hegel, a América fica “fora da história mundial”⁴⁷. O espírito germânico é o espírito do novo mundo e é ele que deverá levar avante os ideais europeus modernos, que tantas vezes mudaram de rótulo: “cristianismo”, “liberalismo”, “estado de direito”, “democracia”, “desenvolvimento”, “livre mercado”, “globalização”, “direitos humanos” já fizeram parte da cartilha de valores pretensamente universais a serem carregados como estandarte dos europeus e implantados nas “subculturas” asiática, africana e latino-americana. É com essa ideia-chave de missionarismo civilizatório⁴⁸ que se expandirá a racionalidade europeia moderna e é nesse meio que se arquitetarão as noções basilares de direito internacional.

Conforme visto, a doutrina da guerra justa e sua fiel companheira, a discussão sobre o *jus gentium* e as fontes do direito, estiveram na base do processo inicial de internacionalização do direito. Em resumo: a modernidade, como projeto eurocêntrico de difusão do poder dos Estados colonialistas, criou a demanda por uma filosofia política e jurídica capaz de legitimar a imposição dos valores (do modo de vida ou da ideologia) europeus sobre povos com uma ordem normativa completamente diversa da sua, assim como de validar a violenta abordagem extrativista, genocida e de pasteurização cultural que estava pressuposta neste ânimo colonizador, revestindo-o de uma teorização aceitável para os parâmetros intelectuais da época e conferindo ao processo de internacionalização do direito um discurso alegadamente emancipatório e messianicamente salvador.

Duas conclusões fundamentais sobre a feição do processo de internacionalização do direito tornam-se assim possíveis: a primeira delas tem que ver com a forma como seus ideais foram formatados e/ou utilizados – para fundamentar ideologicamente o processo de colonização e expansão do domínio político e

⁴⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Lecciones sobre la filosofía de la historia universal**. Trad. José Gaos. Madri: Revista de Occidente, 1974. p. 210.

⁴⁷ DUSSEL, Enrique. **1492 – o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.p. 19.

⁴⁸ “A terceira idade, a “Modernidade”, inicia-se com a reforma protestante alemã, que se “desenvolve” totalmente na “Ilustração” (*aufklaerung*) e a Revolução Francesa. A Modernidade chega a sua culminação, da qual poderíamos dizer que Hegel atribui aos ingleses: “Os ingleses decidiram se transformar nos missionários da civilização em todo o mundo” (DUSSEL, Enrique. **1492 – o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.p. 22).

econômico da Europa⁴⁹. Em uma palavra: eurocentrismo. A transformação da doutrina teológica da guerra justa em termos de filosofia do direito e a subsequente regulamentação dos meios, dos motivos e do alcance das guerras apresenta um quadro bastante fidedigno da tentativa de encobrir a violência e a matança gerada pelo processo colonizador a partir de um discurso que poderia não apenas ser aceito pelo europeu em geral, mas também manter intactas as relações de poder entre os Estados europeus e os resquícios de moralidade cristã formal que ainda precisavam ser observados. Não se quer com isso caricaturar a complexa doutrina da guerra justa e todo o seu denso referencial filosófico, teológico e jurídico. Antes, o que se pretende é apontar para o fato de que esta doutrina, e muito mais a sua transmutação para o *jus in bello*, tida por muitos como o embrião do direito internacional, cumpriu uma função orgânica ao inegável projeto imperialista europeu.

Uma segunda conclusão é a profunda *ambivalência* apresentada pela teorização dos institutos analisados – o direito de guerra e a construção das bases de um *jus gentium* positivo, regulamentador das relações entre Estados soberanos. A *ambiguidade* quase insolúvel entre intelectualismo e voluntarismo (formas avançadas do debate entre direito natural e direito positivo) nas concepções sobre a fonte formal e material do *jus gentium* se manifesta a todo instante, por exemplo, na medida em que Francisco Suárez tenta conceituar *um direito das gentes que seja derivado da lei natural, mas não se mostre de tal forma rígido a ponto de não comportar as exceções trazidas pela vontade humana (política) no momento da confecção de leis positivas*. Assim, o direito das gentes não poderia prescrever a proibição do homicídio ou mesmo do furto de modo abstrato para todas as situações, uma vez que a vontade humana precisa poder estabelecer exceções que deem vazão à permissão do assassinato em guerra (ou mesmo pela pena de morte), ou ainda que legitimem o saque de cidades vencidas em conflito (despojo).

Não é à toa, então, que uma das qualidades mais destacadas por Paulo Borges ao estudar a fundo a obra de Hugo Grócio, é o seu *ecletismo*, ao misturar a doutrina

⁴⁹ O discurso de justificação possui ares despidorados na obra de Ginés de Sepúlveda: “a primeira razão (desta guerra e conquista) é que, sendo por natureza servos os homens bárbaros (índios), incultos e inumanos, se negam a admitir o império dos que são mais prudentes, poderosos e perfeitos do que eles; império que lhes traria grandíssimas utilidades, sendo além disto coisa justa por direito natural que a matéria obedeça à forma, o corpo à alma, o apetite à razão, os brutos ao homem, a mulher ao marido, o imperfeito ao perfeito, o pior ao melhor, para o bem de todos” (*apud* DUSSEL, Enrique. **1492 – o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.p. 75).

escolástica, a filosofia estoica, a moral cristã e elementos de direito romano e pré-moderno⁵⁰. De igual forma, *o direito de guerra tenta se manter equidistante entre concepções pacifistas e o pragmatismo do realismo político*, que tinha em Maquiavel uma de suas principais inspirações e terá em Hobbes uma de suas expressões modernas mais desenvolvidas, dando vida a um complexo conjunto de regras que assenta o “marco divisório entre a teoria medieval da lei e a teoria moderna do direito”⁵¹. Em outras palavras: *o direito de guerra representa o momento fatídico em que se tentou submeter o político ao jurídico*. E o *jus gentium* nada mais é, quando despido de sua bela roupagem humanística, do que a tentativa de se vencer o espaço entre a normatividade e a concretude com base em algo que se afirma externo a ambos (o direito natural, a moral cristã, a interdependência entre os Estados etc.). Estas bases do direito internacional precisaram, portanto, suportar a intrínseca *ambivalência* de seus enunciados.

Ambivalência é uma das palavras mais usadas por Martti Koskenniemi em seu *The Gentle Civilizer of Nations* para descrever a feição das manifestações do direito internacional entre 1873 e 1960. A palavra aparece ao menos 37 vezes, seguida por *ambiguidade* (ambíguo, ambigualmente), que aparece 11 vezes e *eclético*, dez vezes. Nenhuma outra característica parece receber tanta atenção quanto esta noção de que o direito internacional é visceralmente um lugar de adaptações multifatoriais que busca harmonizar concretude e normatividade. Em um belo resumo desta mesma ideia, em outra sede o autor afirma:

Essa estrutura argumentativa, no entanto, que força os juristas a provar que sua lei é válida porque é concreta e normativa no sentido acima, ambos criam e se destroem. Pois é impossível provar que uma regra, princípio ou doutrina (em suma, um argumento) é simultaneamente concreta e normativa. Os dois requisitos se cancelam. Um argumento sobre a concretude é um argumento sobre a proximidade de uma regra, princípio ou doutrina particular à prática do estado. Mas quanto mais próximo da prática estatal um argumento é, menos normativo e mais político parece. Tanto mais parece uma apologia ao poder existente. Um argumento sobre a normatividade, por outro lado, é um argumento que pretende demonstrar a distância da regra da vontade e prática do Estado. Quanto mais normativa é uma regra, mais política parece, porque

⁵⁰ “Hugo Grócio é, de fato, um pensador bastante eclético. Não se pode afirmar, de modo categórico, a sua filiação intelectual ao estoicismo, ao escolaticismo, ao epicurismo, ao humanismo jurídico ou, ainda, à modernidade. A sua filosofia jurídica depende da teologia, e esta, por sua vez, assenta-se sobre bases racionalistas. Tudo em Grócio apresenta-se tão incerto, possui tantas possibilidades de diferentes influências...” (MACEDO, Paulo E. V. B. *Op. cit.*, p. 218)

⁵¹ *Ibidem*, p. 181.

menos é possível argumentar a seu favor por referência ao contexto social. Parece utópico e como teorias da justiça natural – manipuláveis à vontade⁵².

Para afirmar esse argumento com base na história do direito internacional, Koskenniemi traça uma comparação entre os discursos dos profissionais e acadêmicos que se debruçaram sobre as principais dificuldades para construção de um direito internacional no final do século XIX e leva sua análise até a década de 1960, quando, na visão da autor, as coisas mudaram significativamente, levando o movimento de fundamentação do direito internacional e do processo de internacionalização do direito a obedecer uma lógica *pragmática*. Divide então sua análise histórica entre perspectivas políticas (imperialistas), filosóficas, sociológicas e de “relações internacionais”.

Para o autor finlandês, o direito internacional ganha substância com a criação do *Institut de droit international* (1873) e o lançamento da *Revue de droit international et de législation comparée* (1869). Isso porque a tradição vitoriana ou mesmo os escritos de Grócio já não fariam parte das preocupações do internacionalista de 1873 e não poderiam ser descritas como direito internacional, senão como o estágio mais avançado do que foi a *diplomacia europeia* após o advento das grandes navegações: o período *gestacional*. Para Koskenniemi, a realidade enfrentada pelos internacionalistas do final do século XIX, com as revoluções oitocentistas, o industrialismo e suas repercussões sociais, o advento do comunismo transnacional, o neocolonialismo e outras transformações, formam a base do *real* desenvolvimento do *direito internacional*. A tese central de Koskenniemi é de que a internacionalização do direito está intimamente ligada não apenas com o eurocentrismo em termos coloniais, mas também com a tentativa de muitos juristas que pretenderam escrever

⁵² Tradução livre de: “This argumentative structure, however, which forces jurists to prove that their law is valid because concrete and normative in the above sense, both creates and destroys itself. For it is impossible to prove that a rule, principle or doctrine (in short, an argument) is both concrete and normative simultaneously. The two requirements cancel each other. An argument about concreteness is an argument about the closeness of a particular rule, principle or doctrine to state practice. But the closer to state practice an argument is, the less normative and the more political it seems. The more it seems just another apology for existing power. An argument about normativity, on the other hand, is an argument which intends to demonstrate the rule's distance from state will and practice. The more normative a rule, the more political it seems because the less it is possible to argue it by reference to social context. It seems Utopian and like theories of natural justice – manipulable at will” (KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law. **The European Journal of International Law**. v. 1, n. 1, 1990. p. 8. Disponível em: <<http://ejil.org/pdfs/1/1/1144.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018).

sobre o direito internacional em *equilibrar seu nacionalismo com o liberalismo eminentemente internacionalista que buscavam defender*. Sua originalidade reside justamente em não atribuir a alguns “pais fundadores” a criação do direito internacional, mas em tentar retratá-lo como uma série de narrativas, oriundas não apenas da teorização de seus institutos, mas também da *prática* daqueles que levaram a cabo a profissão internacionalista na virada do século XIX para o século XX. Seus achados significam um grande ganho na busca por respostas à questão dos verdadeiros desdobramentos que o processo de internacionalização traz para o processo legislativo e judicial⁵³.

O direito internacional nasce, na visão de Koskenniemi, da tentativa de amalgamar duas das grandes categorias teóricas do século XIX: consciência e ciência. A diplomacia era vista como um fracasso. O direito de guerra precisava ser substituído por um corpo normativo preciso; não bastavam regras genéricas baseadas em algum conceito de justiça universal⁵⁴. Nenhum dos juristas ou filósofos por trás da criação do *Institut de droit international* vinha de uma tradição grociana de direito internacional. A revista *Revue de droit international et de législation comparée* refletia a agenda de seus fundadores, no sentido de que se revelava um instrumento de discussão para *práticas* internacionais, muito mais do que para filosofia do direito. Respondia a uma sensibilidade voltada para o *progresso social e se situava entre o individualismo e o coletivismo*. Era reformista, mas se mantinha fiel aos ideais burgueses. Oponha-se a variáveis radicais de nacionalismo ou internacionalismo⁵⁵. Viam a si mesmos como renovadores do ideário do iluminismo e propagadores do liberalismo fundado em uma lei racional “pura”. Detalhe interessante é a que a reforma da lei penal nos países europeus ocupava um dos principais temas da revista em suas primeiras edições. Tópicos como a abolição da pena de morte eram de predileção dos escritores. Em muitos sentidos, a revista traduzia uma aversão ao modo como o direito internacional fora tratado, ou seja, como um “ramo político”, nos séculos anteriores (XVII-XVIII) e propunha uma visão histórico-dogmática de suas manifestações. Era

⁵³ KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the raise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 4.

⁵⁴ “The legal scholarship of the 19th century interpreted and systematized diplomatic practice into legal rules. It assumed that the behavior of European states was determined and explicable by reference to a body of (European) public law... in particular it renounced theories of the jus war: war became now one political procedure among others.” (KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the raise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 6)

⁵⁵ “The founders of the *Revue* sought a complete break from tradition.” (Ibidem, p. 19)

preciso uma *ciência do direito internacional*⁵⁶ para dar conta dos desafios da complexidade com que as relações entre os Estados europeus se desenvolviam após a industrialização e a Revolução Francesa. Era tempo de *reforma*. A Guerra Franco-Prussiana havia demonstrado a fragilidade do sistema de estados europeus⁵⁷ em manter a paz de forma definitiva. Era preciso ir de uma “moral internacional para um realismo político” capaz de conter os arbítrios dos poderes soberanos. Igualmente, a crença na paz oriunda do industrialismo começava a erodir, embora o liberalismo econômico ainda fosse tido como o motor necessário para o progresso que traria a harmonia global. Só uma *ciência de direito internacional* positivo seria capaz de salvaguardar a harmonia na Europa. Era o fim do otimismo novecentista fundado na busca pelo federalismo kantiano⁵⁸, mas ao mesmo tempo era o início da *Belle Époque*. Eis o berço *ambíguo* do direito internacional positivo.

⁵⁶ Segundo Koskenniemi, a primeira cadeira europeia de direito internacional nasceu em Oxford em 1859 e a segunda em Cambridge em 1866 (ibidem, p. 33).

⁵⁷ Ambos os lados desrespeitaram frontalmente as disposições da Convenção de Genebra de 1864.

⁵⁸ Não é necessário argumentar o quanto o pensamento de Immanuel Kant impactou a civilização ocidental desde a segunda metade do século XVIII. Sabe-se que a ética e, na realidade, toda a filosofia kantiana, estão fortemente calcadas na ideia de que a *razão humana* pode servir como elemento *universal* para a construção de normas válidas no tempo e no espaço, independentemente de fatores conjunturais, pressupondo-se apenas o *esclarecimento* (*aufklärung*), ou seja, a autonomia na utilização da razão para a formação de imperativos categóricos universalmente válidos. Os escritos de Kant acerca das condições de possibilidade para obtenção de uma “paz perpétua” entre os povos, assunto que foi tratado pelo autor na obra *À paz perpétua*, publicada em 1795, quando já estava próximo de seu último suspiro, sintetizaram aspirações de toda uma época. Vale notar que o texto foi produzido por Kant após a completa elaboração de sua *Crítica* e logo após o êxtase da Revolução Francesa e os terríveis anos que se seguiram. Além do mais, Kant demonstra uma visão muito aguçada, vanguardista em certo sentido, antecipando o que virá a ser a tentativa de criação de uma ordem jurídica global cerca de um século e meio depois de sua morte. Em seu escrito, Kant parte da noção de que a paz perpétua é algo muito superior ao armistício e às estratégias diplomáticas de cessação de hostilidades que sucedem os conflitos armados. Para Kant, o “estado de paz” só será atingido mediante a estrita observância de três “artigos definitivos”, baseados em premissas estruturadas pelo autor, entre as quais: eliminação da possibilidade de reservas nacionais estratégicas aos tratados de paz; proibição de assimilação de um Estado por outro; desaparecimento de exércitos permanentes; fim das relações de dívida pública (sistemas de crédito entre os Estados); rejeição ao intervencionismo; rejeição de “estratégias desonrosas” em guerra que impossibilitem a confiança recíproca futura. O primeiro dos três artigos definitivos determina que a Constituição dos Estados deverá ser, necessariamente, republicana. Segundo Kant, a liberdade e a igualdade só podem tomar corpo se “todos os homens que podem influenciar-se reciprocamente” pertencerem a alguma constituição civil, ou seja, se tiverem suas relações regidas por um contrato que preveja deveres recíprocos que permitam a manutenção da paz. Estas constituições deveriam ser direcionadas ao desenvolvimento de um *direito cosmopolita*, em que seres humanos e Estados sejam “considerados como cidadãos de um Estado universal da humanidade”. Um segundo artigo definitivo determina que o “direito internacional deve fundar-se em um federalismo de Estado livres”. Os Estados entrariam desta forma em uma espécie de ordem jurídica supranacional, universal, sem, contudo, fundarem um Estado global, já que este ideal seria, na visão de Kant, inviável. Surge, assim, a noção de uma “liga de povos” ou “liga de paz”. A liga deveria ser consistente, sempre expansiva e atuar como obstáculo à guerra. O terceiro e último artigo definitivo estabelece que o “direito cosmopolita deve ser limitado às condições de hospitalidade universal”. Kant defende que esta ideia de hospitalidade não se funda numa incerta concepção filantrópica, mas em normas cogentes de direito, geradoras da ideia de um *direito de visita universal*. Reside neste ponto uma das mais fortes

O *Institut de droit international*, fundado em 1873, declarava em seu Estatuto (art. 1) que um de seus principais objetivos era consubstanciar a “consciência jurídica do mundo ocidental”. Intencionava criar um corpo de leis internacionais que fosse muito mais do que meros tratados ou acordos, mas sim um verdadeiro “código” de leis. Buscava vencer um dos maiores problemas do direito internacional – a ausência de um poder de coação superior – com a visão de que a lei internacional não representaria a manifestação de um poder soberano, mas emergiria das relações orgânicas entre os Estados. Esta visão deve ser enfatizada: *o pensamento da segunda metade do século XIX buscava traduzir o direito internacional como a organização de uma consciência normativa*⁵⁹. Essa concepção permitia combinar o humanitarismo com o desenvolvimento das ciências sociais (inclusas as teorias evolucionistas). A expansão do capitalismo e do sufrágio seriam suficientes para o processo de internacionalização do direito na visão dos juristas que compunham o instituto. A prosperidade resultante do mercado livre e a igualdade formal provida pelo

defesas de Kant para a consolidação de uma estrutura de direito universal, podendo ser utilizada, inclusive, como fundamento para o desenvolvimento de um direito *penal* internacional. São palavras do filósofo prussiano: “Já que agora a comunidade (mais estreita, mais longa), difundida sem exceção entre os povos da terra, foi tão longe que a infração do direito em um lugar da Terra é sentido em todos, não é, assim, a ideia de um direito cosmopolita nenhum modo de representação fantasioso e extravagante do direito, mas um complemento necessário do código não escrito, tanto do direito de Estado como do direito internacional, para um direito público dos homens em geral e, assim, para a paz perpétua, da qual pode-se aprazer encontrar-se na aproximação contínua somente sob esta condição” (KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 41). Kant defende enfaticamente a noção de que este projeto é fruto da *necessidade*, propulsora indelével da história como produto da *natureza*. É este assente na *natureza*, como o princípio inelutável, determinante aos homens do caminho rumo à paz perpétua, que faz da filosofia de Kant ao mesmo tempo tão peculiar à sua época e tão resistente, mesmo diante da passagem dos anos. O apelo a esta *natureza* quase determinista, como condicionante do poder dos homens, precisando apenas ser corretamente compreendida e convertida em resultados práticos pela razão humana, faz do ideal kantiano de universalismo algo poderosamente convincente, o que justifica sua permanência mesmo passadas duas guerras mundiais, a Guerra Fria e as terríveis experiências de ditadura comunista. Ainda hoje não é raro encontrar entusiastas de direitos humanos que calquem sua defesa quanto ao universalismo de suas pretensões (inclusive em termos punitivos, como se verá em tópico próprio) em alguma interpretação da filosofia de Kant.

⁵⁹ “In summary, the founding conception of late nineteenth-century international law was not sovereignty but a collective (European) conscience – understood always as ambivalently either consciousness or conscience, that is, in alternatively rationalistic or ethical ways. This view emerged less as a reaction to Austin than an independent stream of historical jurisprudence, linked with liberal–humanitarian ideals and theories of the natural evolution of European societies. Even in the absence of a common sovereign, Europe was a political society and international law an inextricable part of its organization. This was the metaphoric sense of Westphalia that: “group[ed] for the first time together the States of Central Europe after the fashion of a family, the members of which were acknowledged to be independent, and, although of unequal power, were recognized as possessing an equality of Right.” (KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the raise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 51)

estabelecimento do estado de direito deveriam ser os motores de uma nova ordem mundial.

Porém, na transição para o século XX, começava a ficar claro que o liberalismo não seria capaz de garantir a prosperidade de todos⁶⁰. O nacionalismo começava a mostrar sinais de endurecimento e a luta contra o comunismo ganhava ares bélicos⁶¹. O darwinismo sociológico⁶² adquiria prestígio científico e passava a influenciar as classes educadas. A forte influência das ciências sociais que se fez sentir na segunda metade do século XIX impôs desafios novos para os juristas que pretendiam discutir uma lei válida universalmente. Não estranha que o comparatismo tenha ganhado tanta proeminência nos primeiros estudos do *Institut de droit international*. E também não estranha que a visão geral era de que a comparação só poderia existir entre a lei de Estados europeus. A *internacionalização do direito continuava sendo um processo*

⁶⁰ “Economic stagnation and the increasingly visible social problems associated with laissez-faire capitalism were hardening nationalist and class antagonisms as well as racism all over Europe... the negative effects of industrialization had become visible.” (Ibidem, p. 58)

⁶¹ É necessário incluir aqui uma breve reflexão sobre o comunismo como uma “via alternativa de internacionalização”. Não soa exagerado afirmar que Karl Marx, juntamente com Friedrich Engels, procuraram trazer à luz uma “nova concepção global do mundo” (PISIER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Barueri: Manole, 2004. p. 194). Não admira também que a organização de operários, que teve Karl Marx como um de seus principais dirigentes, ficasse conhecida como a Primeira *Internacional*, podendo ser considerada uma das primeiras organizações *populares* a conseguir superar as barreiras nacionais. O ingrediente *universalista* está bastante presente nas manifestações da Associação Internacional dos Trabalhadores (fundada em 1864). No *Manifesto do Partido Comunista*, Marx e Engels atestam que a “grande indústria criou o *mercado mundial*... a burguesia, com o estabelecimento da grande indústria e do mercado mundial, conquistou, finalmente, a soberania política exclusiva no Estado representativo moderno”. Mais adiante: “impedida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia *invade todo o globo terrestre*. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar toda parte, criar vínculos em toda. Pela exploração do mercado mundial, a *burguesia imprime caráter cosmopolita* à produção e ao consumo”. E ainda: “... desenvolvem-se um intercâmbio universal, *uma universal interdependência das nações*. E isso tanto na produção material quanto na intelectual”. Em contraposição a esse cenário de imposição global da lógica capitalista, o comunismo deveria oferecer à luta a sua versão própria do internacionalismo. Afirmam Marx e Engels: “Os *operários não têm pátria*... os isolamentos e antagonismos nacionais entre os povos desaparecem cada vez mais com o desenvolvimento da burguesia, com a liberdade de comércio, com o mercado mundial, com a uniformidade da produção industrial e com as condições de existência a ela correspondentes. A supremacia do proletariado fará com desapareçam ainda mais depressa. A ação comum do proletariado, pelo menos nos países civilizados, é uma das primeiras condições para sua emancipação”. Fica claro, nestas manifestações, que o horizonte de atuação do socialismo buscava, por meio das revoluções comunistas, a partir de um *ideal universal de pertencimento* a “ação unitária”, global, que deveria reunir o proletariado em torno de um mote análogo a noção de um direito natural: *o direito de controlar os meios de produção* (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto do partido comunista**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 41-43; 56 – grifos acrescentados).

⁶² A obra *Origem das espécies*, de Charles Darwin, foi lançada em 1859 e Herbert Spencer, que procurou levar as conclusões acerca da sobrevivência do mais apto da teoria biológica de Darwin para sociologia, publicou suas principais pesquisas entre 1863 e 1896.

*civilizador*⁶³. Em outras palavras, esse processo se mantinha fiel ao ideal de que “era a grande tarefa da modernidade lecionar as nações a coexistirem por meio de *uma* lei internacional, *uma* religião e *uma* educação – mas ainda assim permanecerem como nações”⁶⁴. Os povos não europeus se mantinham ocupando o mesmo *status* de inferiores, não apenas diferentes. As regras do direito humanitário só eram válidas entre nações “civilizadas”. Generalizações como “civilizados”, “bárbaros” ou “selvagens” se mantiveram como parte do vernáculo dos internacionalistas da virada do século e ganharam, com a sociologia positivista, *status* científico. O critério último de civilidade permaneceu sendo a posse de um governo nos moldes do Estado de direito liberal e a modernidade europeia o modelo apical de desenvolvimento cultural⁶⁵.

Internacionalistas viam a si mesmos como os protagonistas definitivos do processo de civilização⁶⁶. O que é certo, porém, é que o otimismo centrista que animava o início do Instituto e da Revista não durou muito. A realidade política e social da virada do século não permitia a sustentação de um projeto de direito internacional que ainda estava enraizado em um liberalismo desgastado. As promessas iluministas pareciam frágeis diante do crescente nacionalismo e o *spencerismo* segregante ganhava adeptos em escala crescente. Além do mais, a noção de uma “consciência ocidental” passava cada vez mais a fazer menos sentido, à medida que os internacionalistas se viam diante de necessidade de articular suas manifestações em uma difícil compatibilização entre positivismo, racionalismo e naturalismo. Nem mesmo seu “ecletismo pragmático”⁶⁷ conseguia dar conta da tarefa.

⁶³ “Because international law was a fruit of European civilization it could not be automatically applied outside its realm.” (KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the raise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 73)

⁶⁴ Tradução livre de: “it was modernity’s great task to teach nations to co-exist through one international law, one religion, and one education (Bildung) – but nevertheless persist as nations” (ibidem, p. 74).

⁶⁵ Reforçando a tese de Dussel de que a Modernidade, como mito, nasce quando o europeu se vê em contraste com o Outro, o não civilizado em seus termos. Hayden White vai denominar isso de *ostensive self-definition by negation* (WHITE, Hayden. **Tropics of discourse: essays and cultural criticism**. London: The John Hopkins University Press, 1978. p. 151-152). Significa dizer que a “consciência ocidental (europeia)” é, antes de mais nada, fruto da negação da presença em outros povos daquilo que os próprios europeus valorizavam como fruto do seu desenvolvimento cultural. Um raciocínio que pode ser resumido assim: somos civilizados, somos europeus, porque não somos como eles; não somos como eles porque temos o Estado, a lei positiva e a industrialização.

⁶⁶ “Moral character defined the international jurists themselves... into a fraternity of aristocratic heroes...and gave the measure whereby their civilization could be measured so as to determine, for example, whether they qualified for entry into the family of nations... In a way, international legal history became a story of individual lawyers acting like so many chivalrous knights... Carrying the torch of civilization.” (KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the raise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 78)

⁶⁷ Ibidem, p. 92.

Ainda que sob pena de certa insistência, é forçoso repetir a presença, no desenvolvimento do internacionalismo do século XIX, do *senso de que o direito europeu moderno era o ponto máximo de um longo desenvolvimento progressivo do pensamento Ocidental – o estágio final do florescimento da razão prática*. Franz Von Liszt, que teria um impacto enorme na dogmática penal inclusive, traçava a história do direito internacional em períodos subsequentes que culminavam nas conferências de Haia e na penetração dos Europeus na África⁶⁸. Essa ideia servia aos interesses de legitimação da expansão europeia, fazendo-a parecer o cumprimento de uma longa promessa (quase uma profecia) da missão civilizatória dos europeus. Não era mais o direito natural o universal a ser estudado, mas o *modelo europeu de civilização* (fortemente atrelado a ideia de estado de direito), produto da racionalidade moderna e suas instituições. Toda a crítica que se construirá neste período contra a colonização restringe-se a uma crítica *aos vícios dos colonizadores e não ao fato da colonização em si*. Esta era vista, de modo impressionantemente compartilhado, como um *desdobramento inevitável* do processo de *modernização*, que deveria ser universalizado para o *bem de todos*. Esta forma de raciocínio vai se perpetuar de modo muito profundo em todo o discurso de internacionalização do direito e vai estar presente até as últimas consequências na internacionalização do direito penal. Como se verá, *a proteção suficiente de direitos humanos “universais” e o combate a determinadas formas de criminalidade transnacional servirão de combustível intelectual para esse discurso de forma muito parecida ao que a retórica de “missão civilizatória” serviu aos internacionalistas novecentistas*. Naturalmente, adaptações serão feitas e a presença de órgãos supranacionais, como a ONU e os Tribunais Internacionais, permitirão uma sofisticação desse discurso, mas a lógica da “necessidade absoluta”, de “única via possível”, de “fins justificadores dos meios” parece não se alterar tão drasticamente.

Não muito diferente da gramática dos direitos humanos do segundo pós-guerra, o humanitarismo daquela época deve ser visto como um dos grandes gargalos que permitiam a manutenção de posições colonialistas em sincronia com o culturalismo que naturalmente se desprendia das descobertas de povos completamente distintos e longevos no interior profundo da África ou no antigo Oriente⁶⁹. O direito internacional,

⁶⁸ Ibidem, p. 102.

⁶⁹ “... cultural arguments intersect with humanitarian ones so as to allow a variety of positions while at every point guaranteeing the controlling superiority of ‘Europe’.” (Ibidem, p. 127)

o *jus gentium*, regulava apenas as relações entre nações “civilizadas”. Os habitantes das nações colonizadas eram “bárbaros” ou “crianças” e só poderiam receber um tratamento paterno ou dominante⁷⁰. Naturalmente surgiram, com o tempo, questões relacionadas às teorias de justiça baseadas no consenso e a ausência de igualdade entre as nações europeias e os povos colonizados gerou dificuldades relacionadas à legitimidade dos tratados firmados com estes povos, mas em geral estes problemas foram contornados por uma visão ainda mais paternalista da relação, reforçando a noção de hierarquia “natural” entre os europeus e os povos dominados. O universalismo iluminista e as preocupações geradas pelo culturalismo foram todas arrefecidas nas águas das teorias evolucionistas, permitindo aos internacionalistas variar sua posição conforme a complexidade do problema prático apresentado pela postura dos europeus em terras longínquas.

Como resumo das ideias que impulsionaram a internacionalização do direito entre as duas décadas finais do século XIX e o início da Primeira Guerra Mundial Koskenniemi afirma que:

A história do direito internacional e do império formal em 1870-1914 pode ser uma história de arrogância, ambição equivocada e pura crueldade. Mas é indissociável da narrativa mais ampla de um internacionalismo liberal que se considera a “consciência legal do mundo civilizado” [...] o problema deve ser buscado a partir da conexão que os liberais fizeram entre o progresso e a civilização, por um lado, e um particular forma política, o estado ocidental, por outro. [...] Que a maioria dos internacionalistas acolheu com entusiasmo a descolonização foi algo completamente condicionado por sua interpretação de que isso significava a universalização definitiva das formas ocidentais de governo [...] Os homens de 1873 sentiam que a introdução das instituições ocidentais no Oriente seria fazer o trabalho da história, que transformaria progressivamente as sociedades atrasadas na forma de Estado europeu. O pressuposto histórico e o normativo fundiram-se em sua imagem de si mesmos como consciência jurídica do mundo civilizado. Nada desta linguagem, ou desta autoimagem, está disponível hoje⁷¹.

⁷⁰ Ibidem, p. 130.

⁷¹ Tradução livre de: “The story of international law and formal empire in 1870–1914 may be a story of arrogance, misplaced ambition, and sheer cruelty. But it is indissociable from the wider narrative of a liberal internationalism that thinks of itself as the “legal conscience of the civilized world” [...] the problem must be sought from the connection liberals have made between progress and civilization on the one hand, and a particular political form, Western statehood, on the other. [...] That most international lawyers enthusiastically welcomed decolonization was completely conditioned by their interpretation that this meant the final universalization of Western forms of government [...] The men of 1873 felt that the introduction of Western institutions in the Orient would be to do history’s work, that it would gradually transform backward societies into the European State form. The historical and the normative assumption coalesced in their image of themselves as the juridical conscience-consciousness of the civilized world. None of this language, or this self-image, is available today” (ibidem, p. 176).

A afirmação de que *nada* dessa linguagem sobre a consciência ocidental restou intacta hoje tem que ver com o profundo impacto que as duas grandes guerras tiveram sobre o pensamento político e jurídico ocidental. O projeto “moderno” de internacionalização falhou, ao menos no sentido de não ter podido concretizar suas promessas em algum nível empiricamente demonstrável sem sérias fricções⁷². Algo novo precisava nascer⁷³. Em 1919, dava-se início à era das *instituições internacionais* (supranacionais) e a Liga representava a demanda por um órgão capaz de *impor decisões a Estados soberanos*. Além disso, o modo de se pensar o direito internacional precisava mudar. Entrava em cena “a nova lei internacional do pragmatismo”⁷⁴.

É interessante notar que em 1914 é formado o Instituto de Direito Internacional Alemão e em 1925 aquele que viria a ser o *Max Planck Institute of Foreign and International Law*. Os alemães seguiam um curso diferente na estrada do direito internacional e isso não deve causar qualquer admiração. Fortemente contrários ao Tratado de Versalhes e frontalmente críticos à Liga das Nações, os alemães sempre sustentaram uma visão bastante excêntrica de sua posição na Europa e na ciência do Direito. No que diz respeito ao desenvolvimento de internacionalização do direito no entre guerras, os alemães advogavam por uma Liga “não anglo-saxã” (ou simplesmente contrários ao uso de instituições similares) e por uma ciência do direito internacional de cunho sociológico⁷⁵. Os escritos de Hans Kelsen (austríaco, mas aqui colocado como manifestante do pensamento germânico) sobre o direito internacional mereceriam uma dissertação a parte⁷⁶, mas de momento cabe mencionar que a *Teoria Pura do Direito*, diferentemente do que afirmam alguns, não significava um “escape” à política, mas a própria revelação desta em termos jurídicos e a tentativa de

⁷² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. Bobbio utiliza, primordialmente, a noção de *promessas não cumpridas da democracia*, universalizante “predileto” no discurso moderno *tardio*.

⁷³ “The First World War had destroyed belief in political sovereignty in Europe.” KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations**: the raise and fall of international law 1870-1960. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 172)

⁷⁴ Ibidem, p. 174. Mais à frente: “Lauterpacht remains interesting as he belongs to the era of our fathers and grandfathers, bridging the gap between the liberal rationalism of the nineteenth and the functional pragmatism of the late twentieth century” (p. 361). E ainda: “The establishment of the United Nations took place as a pragmatic necessity, an outcome of technical realism and sense of duty rather than political inspiration...” (p. 388).

⁷⁵ Sobre as origens do *civil law* e do *common law*: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Quaestio Iuris**, v. 11, n. 03, Rio de Janeiro, 2018. p. 1456.

⁷⁶ Para uma noção geral do pensamento de Kelsen, ver o famoso debate com seu orientando Umberto Campagnolo: KELSEN, Hans. **Direito internacional e Estado soberano**. Org. Mario G. Losano. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

estabelecer, dentro desta percepção, uma ordem⁷⁷. Para tanto, defendia fortemente a *prevalência do internacional sobre o nacional*. Na realidade, o que as guerras colocaram em cena foi a clara percepção de que *a dicotomia entre conhecimento científico (ou direito) e política, que havia de alguma forma ganhado corpo com Kant e baseado o projeto do Estado de Direito, caíra por terra*. O direito internacional como filosofia findara⁷⁸. Ainda que muito se fale de um suposto “retorno ao direito natural” no debate jurídico do pós-guerra, com a produção da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 e documentos similares posteriores, a realidade é que a feição do direito internacional e das manifestações de internacionalização do direito não podem ser coerentemente percebidas (unicamente) neste sentido. O direito das gentes parecia aos juristas já da década de 1950 “vinho velho em garrafas de ontem”⁷⁹. As prioridades eram diferentes e assentavam o novo tom que a internacionalização adquiriria na segunda metade do século XX: “O movimento rumo a uma Unificação Europeia ... ao invés de lidar com a economia através da política, ela escolheu lidar com um problema político – a segurança da Europa – através de soluções econômicas”⁸⁰. Quem sabe não haja maneira mais clara do que essa para sintetizar o que seria o processo de internacionalização do direito nas décadas finais do século XX em diante. *A economia política ditaria a condução do direito internacional mais do que nunca. Com isso, a lógica pragmática da eficiência, aliada ao ativismo judicial, o uso de mecanismos de gestão informal (soft law) e a tribunalização empregariam uma configuração bastante diferente do que se poderia prever no início do século XX.*

Koskenniemi vai afirmar que essa transformação pode ser percebida pela tendência ao gerencialismo (*managerialism*) com que situações internacionais passaram a ser conduzidas após as grandes guerras, dando vazão a uma nova

⁷⁷ “The pure theory was by no means a Lebensfremd abstraction. On the contrary, as Kelsen himself stressed, it intervened in politics in the way a critique of ideology did: by revealing the political content of theories that had been thought of as neutral.” (KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the raise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge, 2004. p. 245)

⁷⁸ “But whatever the causes, one tradition of thinking about international law came to an end. This was the tradition that dealt with international politics as a problem of philosophy, more particularly of a philosophy that was to give expression to human freedom while also being respectful of the nature of societies in which freedom could become a reality. [...] With Heidegger (and with postmodernity) the suggestion of using philosophy to resolve problems of international law and politics came to an end.” (Ibidem, p. 262; 264)

⁷⁹ “as old wine in yesterday’s bottles” (ibidem, p. 338).

⁸⁰ Tradução livre de: “the movement towards a European Unification... instead of dealing with economics through politics, it chose to deal with a political problem – the security of Europe – through economic solutions” (ibidem, p. 347).

linguagem (*new vocabulary*), que será colocado em prática para permitir que o típico duplo-binário⁸¹ com que o direito internacional sempre se manifestou ganhe “naturalidade”⁸², apoiado pelo sempre eficaz argumento de excepcionalidade⁸³.

Jesús-María Silva Sanchez, neste sentido e já trazendo o debate para a questão da globalização e suas relações com a internacionalização do direito penal, aspecto que será analisado mais profundamente nos tópicos seguintes, faz uma observação que merece desde já ser destacada:

A globalização dirige demandas fundamentalmente práticas ao direito penal, no sentido de uma abordagem mais efetiva [...] não surge como produto de uma aspiração intelectual de unidade de perfeição teórica. Pelo contrário, é uma questão de responder às exigências do poder político ou às instâncias de aplicação judicial da lei [...] não se trata aqui, em primeira instância, de discutir as condições de possibilidade de uma ciência supranacional do direito penal, como de construir respostas concretas de direito penal supranacional⁸⁴.

Estas “demandas profundamente pragmáticas”, fruto da necessidade de “responder a exigências do poder político” é que precisam ser então agora analisadas. Se os traços do *pensamento* internacionalista anteriores à segunda metade do século XX podem ser vistos como imanentes às *práticas globalizantes* do século XX, não se pode estabelecer entre eles um suposto desenvolvimento linear e apical rumo a uma ordem global protetora de determinado conjunto de direitos universais. O que se pode

⁸¹ Como já mencionado, Koskenniemi entende que o direito internacional traz, em sua própria essência, o paradoxo originado pela necessidade de comportar, em um único elemento regulador, normatividade (validade formal, universalização de decisões, segurança jurídica – “the rule approach”) e concretude (embasamento fático, real, voltado a situações e necessidades concretas – “the policy approach”).

⁸² “This hides or obscures the contingent nature of the choices made, the fact that at issue is structural bias and not the application of some neutral economic, environmental, human rights, or security reason...making seem necessary or neutral something that is partial and contested.” (KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law – 20 years later. **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 1, 2009. p. 12. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/20/1/1785.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018)

⁸³ “The argument is that owing to ‘recent developments’ in the technical, economic, political, or whatever field (typically linked with some sociological language about ‘globalization’), new needs or interests have emerged that require a new treatment. The new regime – say, a regime of environmental protection or security – seeks to respond to ‘new challenges’ not by replacing the old rule but merely by creating an ‘exception’.” (Ibidem, p. 10)

⁸⁴ Tradução livre de: “La globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz... no surge como producto de una aspiración intelectual de unidad de perfección teórica. Más bien, se trata de responder a exigencias del poder político o de las instancias de aplicación judicial del Derecho... no se trata aquí en primera instancia de discutir las condiciones de posibilidad de una ciencia supranacional del Derecho penal, cuanto de construir respuestas jurídicas-penales supranacionales” (SANCHEZ, Jesús-María Silva. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 24. 1998. p. 66).

concluir é que a matriz filosófica, a ideia fundante, do processo de internacionalização do direito confunde-se com o projeto moderno de universalização do modelo europeu de civilização, de relações de poder e, inegavelmente, de filosofia política. Quer no exame dos temas que impulsionaram o nascedouro do direito internacional (séculos XV-XVIII), quer na análise das propostas e materializações do internacionalismo científico, filosófico e sociológico do século XIX e primeira metade do século XX, os *fatores de permanência*, os elementos de *continuidade* que se colocam como *peculiares* nesse processo são o *caráter eminentemente colonialista de suas pretensões e a profunda ambivalência de seus desdobramentos teóricos e práticos*. Esta conclusão é imprescindível para a discussão das condições de possibilidade para o enfrentamento dos riscos que o processo de internacionalização do direito produz e a busca pela necessária adequação deste processo a pressupostos de legitimação democrática e humanitária. Sem subverter as bases político-filosóficas deste processo, qualquer tentativa de mudança correrá o sério risco de “golpear o ar”. Sobre esse ponto específico tratará o Capítulo 3.

Cabe agora discutir as forças ideológicas, políticas e sociais *mais diretamente relacionadas* com o fenômeno recente de internacionalização do direito *penal*, centro das análises deste trabalho, de modo a permitir uma visão clara das forças propulsoras que levam a sua crescente cristalização em nossos dias.

Buscando elucidar em que bases esta internacionalização se configura, serão analisados, nos próximos tópicos, os *processos de globalização* sob duas vertentes: a emergência de uma consciência cosmopolita calcada na percepção de *riscos globais* e a busca por *homogeneização de políticas econômicas*. Estes processos convergem na demanda por um direito penal que supere as fronteiras nacionais, quer seja por meio de mecanismos de *padronização transnacional*, quer seja por meio da construção de uma *jurisdição penal internacional* ou da concretização de instrumentos de *cooperação internacional*. Simultaneamente, o *discurso de universalização dos direitos humanos* fornece o apoio teórico que este movimento precisa para se legitimar, o que será discutido no último tópico deste capítulo.

1.2 Processos de globalização: emergência de uma consciência cosmopolita fundada na percepção de riscos globais

O veículo Modelo T, da Ford (no Brasil conhecido como Ford Bigode em razão do desenho formado pelas alavancas de aceleração e ignição junto ao volante), foi produzido pela primeira vez numa linha de montagem no dia 7 de outubro de 1913, com participação de mais de cem operários na esteira de trabalho⁸⁵. A redução de quase sete horas para a fabricação foi comemorada com alarido. O Modelo T obteve enorme sucesso de público, sendo amplamente utilizado na Primeira Guerra Mundial e perdendo, em termos de número de unidades produzidas, apenas para o Fusca, da Volkswagen, em 1972.

Apenas cem anos depois, a Boeing fabricava o seu modelo 787, com 2,3 milhões de peças sendo produzidas em todos os continentes e com seu processo de montagem tomando, em alguns casos, apenas três dias. Cerca de 500 mil pessoas participavam dos processos de fabricação, oriundas de mais de 70 países⁸⁶.

Não resta dúvida de que algo estava mudando velozmente e não se tratava apenas de tecnologia de produção em si. A ideia de que uma empresa faturaria dezenas de bilhões de dólares todo ano, podendo escolher de onde obterá as matérias-primas para confecção de seu produto final, que poderá decidir onde fará a montagem, onde os custos de produção, armazenagem, transporte são mais interessantes, onde a mão de obra é mais barata, impactando com essas decisões toda a economia de uma localidade, sendo capaz de barganhar incentivos fiscais ao redor do globo, adaptando-se (ou exigindo a adaptação) a legislação trabalhista, tributária e aduaneira dos países com que trava relações comerciais, mas sendo também capaz de exercer forte pressão, diante de seu gigantesco poder econômico, sobre como se desenvolverá o direito comercial transacional, é, sem sombra de dúvidas, uma realidade recente. A presença de organizações “privadas” com tanto poder, com um poder tão difuso e tão deslocado dos centros de pressão política

⁸⁵ “O chassi era puxado lentamente pelo chão da fábrica por meio de uma corda e um sarilho. As peças e 140 operários ficavam em seus postos estipulados, em intervalos distintos, ao longo de um trajeto de 45 metros. Conforme o carro era arrastado, os componentes eram instalados. Ao final da montagem do primeiro Modelo T nesse método, veio a surpresa: das antigas 12 horas e meia, o processo levou cinco horas e 50 minutos. Nascia a linha de montagem para automóveis.” Disponível em: <<https://www.miniford.com/sobre-henry-ford/a-linha-de-montagem-do-ford-modelo-t/>>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁸⁶ Disponível em: <<http://www.knowledgeatwharton.com.br/article/produzir-localmente-ou-em-outro-lugar-uma-analise-das-decisoes-de-terceirizacao/>>. Acesso em: 24 maio 2018.

popular (não atrelados *diretamente* ao poder executivo, legislativo ou judiciário), como hoje ocorre com a existência de megacorporações empresariais, aliadas a gigantescas instituições financeiras multinacionais, altera os moldes da formação social e política existente até boa parte do século XX.

Indo adiante, um dos pontos de grande relevância para compreensão das mudanças que passam a ocorrer nos anos que antecedem o início do século XX e se aceleram brutalmente no seu final, é a demanda por *padronização global*. Entre os muitos exemplos que poderiam ser citados, dois especialmente simbólicos são a *padronização da forma de medição do tempo* e a internacionalização de diretrizes (*guidelines*) para controle de epidemias e tratamentos de saúde.

Em 1844, na primeira Conferência de Meridianos em Washington, adota-se Greenwich como meridiano zero. O globo passa a ser dividido em 24 zonas de tempo. Em 1912, na Conferência Internacional sobre o Tempo, define-se um método uniforme de especificação de sinais de tempo, a ser empregado em todo o mundo⁸⁷. Aliada às transformações nos transportes e às vertiginosas revoluções no âmbito das comunicações⁸⁸, esta padronização do tempo deu vida a uma *nova racionalidade do mundo, que aparenta, a cada dia, ser menor*.

Na questão da saúde, os séculos XIX e XX presenciaram diversas tentativas de coordenação internacional. Em 1851, foram realizadas uma série de Conferências Sanitárias Internacionais. Em 1908, estabeleceu-se um Escritório Internacional de Saúde em Paris. A isso se seguiu a Organização de Saúde da Liga das Nações e a Organização Mundial da Saúde, conectada à ONU⁸⁹. Hoje, basta a realização de um simples hemograma para deparar-se com a menção de padrões internacionais de normatização, relacionados aos critérios de normalidade, morbidade e gravidade

⁸⁷ GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008. p. 196-197.

⁸⁸ Em 1950, a telefonia atinge, nos EUA, o nível de operacionalidade que pode ser considerado capaz de realmente reduzir o espaço. O notável é que nas décadas que se seguiram, um a um, novos veículos de comunicação foram surgindo e sendo freneticamente superados. Para ficar com uma lista breve: televisão, fax, vídeo, computador, telefone celular, microcomputadores e smartphones. Ressaltando o contraste com o século XIX, Giddens traz à tona o fato de que neste o telégrafo elétrico foi, quem sabe, a grande novidade em termos de comunicação a distância, enquanto o século XX assistiu a constantes e violentas revoluções, passando pelo lançamento de satélites, criação de cabeamento transatlântico e transpacífico e a rápida expansão do acesso à internet no final do século (GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 22-23).

⁸⁹ GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008. p. 278.

derivados da comparação dos resultados obtidos com o exame e padrões mundialmente estabelecidos.

Seria possível escrever centenas de páginas para tentar descrever todo o impacto que essa nova racionalidade terá sobre o direito. Não será preciso. Basta afirmar que “o estabelecimento de direitos políticos universais pertencem ao século XIX e ao começo do século XX... quase todos os direitos econômicos pertencem ao século XX”⁹⁰.

Com esta breve descrição, torna-se viável vislumbrar as feições do que se convencionou chamar de *globalização*⁹¹. Porém, para discutir os processos de globalização, é preciso, antes de tudo, iniciar afirmando que não se trata, como querem fazer parecer certas análises, de um desenvolvimento desmotivado ou “natural”⁹², meramente impulsionado pela divisão internacional do trabalho, pela mundialização dos mercados ou pela quebra de barreiras produzida pelo avanço tecnológico e modernização dos mecanismos de transporte e comunicação internacional⁹³. Quem sabe seja correto afirmar que essa é a versão “oficial” de *uma* das manifestações da *globalização*⁹⁴, mas é apenas isso. O quadro geral do que se pretende descrever com esse significativo vai muito além dessa visão romântica⁹⁵

⁹⁰ Ibidem, p. 222.

⁹¹ É preciso reconhecer que se trata de um conceito que não provém da gramática jurídica; não é um conceito criado normativamente para atender uma necessidade específica do mundo “jurídico” (VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005. p. 116).

⁹² “Há que admitir que a globalização não é um processo simples, é uma rede complexa de processos. E estes operam de forma contraditória ou em oposição aberta.” (GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 24)

⁹³ Segundo Boaventura de Sousa Santos, essa é a falácia do determinismo, que “consiste na ideia de que a globalização é um processo espontâneo, automático, inelutável e irreversível que se intensifica e avança segundo uma lógica e uma dinâmica próprias” (SANTOS, Boaventura de Sousa [org.]. **A globalização e as ciências sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 50).

⁹⁴ “A pluralidade de discursos sobre a globalização mostra que é imperioso produzir uma reflexão teórica crítica da globalização e de o fazer de modo a captar a complexidade dos fenômenos que ela envolve e a disparidade dos interesses que nela se confrontam.” (SANTOS, Boaventura de Sousa [org.]. **A globalização e as ciências sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 54)

⁹⁵ Milton Santos afirma que há uma fábula de globalização, repleta de mitos, entre os quais enxerga o mito da “aldeia global” (que pressupõe um aumento no entendimento entre as pessoas, quando, na verdade, é possível afirmar um distanciamento cada vez maior), o mito do “espaço/tempo contraído” (quando na realidade os usos do espaço e do tempo não permitem uma igual economia do tempo para todos), o mito do “desfalecimento das fronteiras”, que deveria dar vazão à cidadania universal (quando na verdade mesmo os direitos básicos de cidadania ainda dependem do reconhecimento diferencial conferido pelos Estados), o mito da “morte do Estado”, num suposto reconhecimento consensual do fracasso do ideário assistencialista, impulsionado pela ideologia do neoliberalismo como pressuposto da democracia (quando, na verdade, o Estado é chamado com frequência a solucionar crises de espectro econômico, como pode se perceber pelo histórico de ações de salvamento do governo norte-americano em relação aos grandes bancos dos EUA). (SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 17-43).

acerca da perda do sólido referencial oferecido pelo Estado-nação, em que grande parte das ciências sociais e humanas fundou suas bases. Em verdade, é em razão da perda parcial deste referencial que se torna tão difícil construir uma teoria *sociológica* de globalização⁹⁶. A sociologia, instrumento de saber fundamental para compreensão de qualquer manifestação do poder punitivo, foi fundada sobre a noção de *cidadania*, derivada da relação do ser humano com o Estado-nação⁹⁷, na mesma medida em que o Direito, ou ao menos a filosofia do Direito, está fortemente enraizada na noção de *norma*.

Ainda assim, é possível obter das diversas e heterogêneas análises acerca da globalização⁹⁸ traços marcantes para tentativa de elucidação do processo de internacionalização do Direito.

⁹⁶ É também importante notar que a globalização não é um “fato” a ser constatado, mas uma das interpretações possíveis de uma série de eventos conectados *apesar* de sua heterogeneidade. Como tal, é suscetível de críticas bastante plausíveis. Para ficar com apenas uma delas, ressalte-se a visão do professor Pierre Legrand, afamado pesquisador de estudos jurídicos comparativos (direito comparado), para quem é mais correto colocar as coisas em termos de “glocalização”, na esteira do que apontam os sociólogos Victor Roudometof e Roland Robertson. A junção das palavras *global* e *local*, formando o neologismo *glocalização*, procura passar a noção de que o que de fato ocorre é uma adaptação regional, ou local, uma certa aculturação de elementos que obtêm, por uma série de fatores, a oportunidade de transbordar as barreiras de suas origens territoriais. Assim, a presença da tipicamente norte-americana cafeteria Starbucks em mais de 70 países só pode ser interpretada como “prova” da realidade da globalização numa análise superficial, uma vez que esta deixa de lado o fato de que uma comparação cuidadosa entre o funcionamento das lojas dos EUA e as presentes, por exemplo, na França, na Índia ou na Argentina, vai revelar uma série ampla de *diferenças* e não de uniformizações. Forma de atendimento, menu ofertado, distribuição espacial, horário de funcionamento e número de assentos internos seriam as diferenças perceptíveis mesmo numa análise sumária. Questões como contratos de emprego e sistemas de segurança nas lojas revelariam diferenças ainda mais substanciais e assim por diante. Para melhor compreensão deste ponto: LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018; ROUDOMETOF, Victor. **Glocalization: a critical introduction**. New York: Routledge, 2016.

⁹⁷ A própria estruturação do direito internacional do segundo pós-guerra procura se adaptar a essa perda, asseverada pelas consequências da razão de Estado dos regimes totalitários. Como bem explicita Celso Lafer, ao comentar a originalidade do problema da *apatridia*, conforme se manifestou sob os regimes totalitários da primeira metade do século XX: “Ele perde, dessa maneira, em primeiro lugar o seu elemento de conexão básico com o Direito Internacional Público, que é a nacionalidade, pois o nexa tradicional entre o indivíduo e o Direitos das Gentes estabelece-se através da nacionalidade...” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 203)

⁹⁸ Anthony Giddens, por exemplo, faz uma interessante análise da globalização a partir da industrialização da guerra, da expansão do poder administrativo do Estado e de fatores históricos contingentes, como a relativa paz do século XIX e o reconhecimento formal da autonomia dos Estados em diversos tratados internacionais no mesmo período. Giddens vai falar de dois processos: “consolidação global do capitalismo industrial e ascendência global do Estado-nação”, sendo esta última expressão a tentativa de identificar na *universalização do modelo* uma explicação política mais convincente, segundo o autor, para a análise do cenário político do século XX, em especial tendo em conta o *novo sistema de manutenção da paz* que se desenvolveu *no segundo pós-guerra*, em detrimento da doutrina do “equilíbrio de poder”. Afirma que “a combinação da guerra com a diplomacia moldou a emergência do sistema estatal europeu” e relaciona os programas de recuperação econômica do pós-guerra com a difusão dos processos de globalização em velocidade inédita. Alude que “uma integração econômica de alcance muito maior foi planejada entre todas as

Um primeiro ponto, que parece ser consideravelmente consensual, pode ser compreendido por meio da afirmação de Ulrich Beck de que “daqui para frente nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado”, pelo que “a política precisa ser reinventada e reformulada”⁹⁹. De fato, o esvaziamento da sensação intersubjetiva de “localidade” ou “pertencimento” exclusivamente regional é uma das fortes características dos processos de globalização. O modo como as perguntas “quem eu sou”, “de onde eu sou”, “onde eu moro”¹⁰⁰ são hoje respondidas difere muito, e provavelmente diferirá cada vez mais, do modo como se respondia a essas perguntas no início do século XX. Essa nova “consciência cosmopolita”¹⁰¹ está na base do surgimento de um *novo sujeito de direitos*, um sujeito que passa a ser alvo de prescrições normativas especificamente transnacionais, fundadas não mais no *ius sanguinis* ou no *ius soli*¹⁰², mas na relação deste sujeito com uma (ainda incipiente) nova ordem internacional.

O que precisa ser destacado é que esta “consciência cosmopolita” nasce não apenas da percepção de novos direitos supostamente universais, mas também de uma *nova percepção acerca dos riscos, da insegurança e dos conflitos em que esse sujeito se enxerga inserido como cidadão global*¹⁰³. Não resta dúvida de que esta é “uma época em que os homens em geral têm múltiplas razões para não sentir nem à

economias aliadas, inclusive os Estados Unidos. A Guerra terminou antes disso frutificar mas, novamente, a maioria das relações que ela ajudou a estabelecer tornaram-se sólidas no período seguinte ao fim das hostilidades”. Esta constatação é relevante para análise do impacto trazido pela difusão do receituário neoliberal, tema do ponto 1.3. Giddens continua: “A imensa rede econômica internacional dominada pelos Estados Unidos, em associação com a Grã-Bretanha, foi sem dúvida a maior, e é a partir disso que o movimento em direção a uma maior integração no sistema mundial no período pós-guerra pode ser mais diretamente identificado. A economia de guerra internacional envolveu irremediavelmente os Estados Unidos em uma divisão global do trabalho e, com o declínio do império britânico, permitiu que os Estados Unidos se destacassem na economia mundial... os efeitos da guerra foram sentidos tanto na América Latina, quanto na África, na Índia e em outros países asiáticos que não tinham sido diretamente ocupados. Para grande parte deles, o efeito maior foi o aumento da integração dentro de uma economia global” (GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008. p. 256; 271).

⁹⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Terra e Paz, 1999. p. 31.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 181.

¹⁰¹ Ibidem, p. 78.

¹⁰² GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 360-363.

¹⁰³ Beck argumenta que “hoje – e assim será no futuro – as guerras se espalham por todo planeta sob a forma de participação potencial ou atual de todos, promovida pelos meios de comunicação. A sociedade civil global se transforma numa sociedade telespectadora. As guerras perdem, em um certo sentido, o seu lugar e se transformam em crises políticas através de sua (re-) (a-)apresentação telegênica, nas quais a questão da justiça e da intervenção também deverão ser publicamente discutidas e decididas nos distantes centros da sociedade civil global” (BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Terra e Paz, 1999. p. 163).

vontade nem em casa no mundo”¹⁰⁴. Assim, as demandas políticas perdem progressivamente sentido em termos locais, ganhando corpo a ideia de que *alguns problemas são globais e demandam soluções transnacionais*¹⁰⁵; soluções calcadas na cooperação internacional e na harmonização de pautas políticas¹⁰⁶.

Ao mesmo tempo, Giddens defende a percepção de que os riscos globais são o motor de alterações positivas que geram as possibilidades de avanço tecnológico. Enxerga ainda, por paradoxal que isso possa parecer, que a noção de risco está, ao mesmo tempo, no âmago do desenvolvimento do capitalismo pós-industrial e na essência do Estado-providência. No fundo, o que se pode afirmar sem receios é que o relacionamento dos seres humanos com a ciência e a tecnologia alterou-se, caminhando ora para desconfiança, ora para o aplauso. No fundo, “para onde quer que nos voltemos, somos forçados a gerir o risco”¹⁰⁷. Ou, ainda, como bem coloca o penalista espanhol Jesús-María Silva Sanchez: “o risco de procedência humana passa a ser considerado um fenômeno social estrutural”¹⁰⁸.

O sentimento de insegurança aparece na “sociedade de risco” como força produtora, como fundamento de uma série de comportamentos. Instala-se de tal modo no aparelho psíquico das pessoas que cria reações em cadeia. Conforme assinalado por Beck, se a “força motriz” da sociedade de classes poderia ser enunciada “tenho

¹⁰⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 23.

¹⁰⁵ Este fenômeno pode ser avaliado, inclusive, sob a perspectiva de surgimento de uma nova forma ou modalidade de criminalidade globalizada. É o que faz Jesús-María Silva Sanchez, que declara: “Pero, por otro lado, los fenómenos económico de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a aparición de nuevas formas delictivas [...] Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización” (SANCHEZ, Jesús-María Silva. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 24, 1998. p. 65-78). No mesmo sentido: MELIÀ, Manuel Cancio. Internalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo. **Revista Jurídica**, n. 28, set. 2009. p. 221-242; VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005. p. 115-117.

¹⁰⁶ “No centro da questão estão os riscos e efeitos da modernização, que se precipitam sob a forma de ameaças à vida de plantas, animais e seres humanos. Eles já não podem – como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contém uma tendência globalizante que tanto se estende à produção e reprodução como atravessa fronteiras nacionais e, nesse sentido, como um novo tipo de dinâmica social e política, faz surgir *ameaças globais supranacionais* e independentes de classe.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 16 – grifos do original).

¹⁰⁷ GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 41.

¹⁰⁸ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35-36.

fome”, na sociedade de risco a mesma “força motriz” precisa ser traduzida por “tenho medo”. Vive-se de modo que a “solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política”¹⁰⁹. Sendo as ameaças cada vez mais difusas, criam uma perplexidade desconfortante, angustiante e inexprimível. Nada nelas é evidente. São universais e inespecíficas¹¹⁰.

De um outro prisma, os riscos são também administrados e difundidos de acordo com uma série de interesses em jogo. O risco em si, ou a ameaça, tende a não sofrer alterações significativas de modo brusco, enquanto sua percepção, sim, muda de modo instantâneo de acordo com o grau de conhecimento (divulgação) e compreensão dos riscos¹¹¹. Beck chama atenção para o exemplo da ameaça nuclear. As armas nucleares representam, há um bom tempo, uma ameaça incalculável à destruição de todo o planeta. O risco representado por elas não se altera objetivamente se, ao estoque já assustador destas, são acrescentados novos exemplares, uma vez que apenas uma pequena parte do arsenal já construído seria suficiente para um cataclismo total. Porém a percepção do risco que as armas nucleares representam aumenta significativamente quando são noticiados os testes que envolvem o desenvolvimento de um novo artefato. Não se altera o grau concreto do risco em si, já que foram ultrapassadas quaisquer possibilidades de sobrevivência em caso de utilização de uma pequena parte destes artefatos, mas a *valoração* dos riscos muda. Isto é percebido e, muitas vezes, manipulado segundo determinados interesses¹¹².

Além disso, com a multiplicação dos meios de informação internacionais, as notícias sobre perigos distantes acabam sendo representadas como se estes fossem

¹⁰⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 58.

¹¹⁰ Não há a mínima dúvida de que essa percepção se assevera grandemente após os eventos de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. O efeito em cadeia daquele ataque terá um impacto profundo na forma como a internacionalização do direito penal se desenha dali em diante, com reforço do protagonismo norte-americano na definição de políticas criminais transnacionais, que serão objeto de análise no Capítulo 2.

¹¹¹ Vive-se, neste caso, o paradoxo do medo – quanto mais eu tento me proteger, mais inseguro me sinto –, diante da percepção cada vez mais clara de que existem espaços de perigo descobertos, como é perceptível no caso das notícias acerca de alimentos adulterados, dados sobre poluição, possíveis causas até então desconhecidas para doenças fatais etc. Blanca Mendoza Buergo, citando Franz-Xavier Kaufmann, traz apreciação similar: “la paradoja a le que se alude, se acrescenta en la medida en que los esfuerzos en pos de mayor protección y seguridad generan una mayor complejidad, mayores dificultades de orientación y, con ello, nuevas inseguridades” (KAUFMANN, F. X. apud BUERGO, B. M. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 30).

¹¹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 92.

próximos, o que eleva a percepção de insegurança, ainda que em descompasso com a insegurança objetiva¹¹³.

Aflora deste cenário um consenso axiológico consideravelmente coerente, sintetizado em *discursos de risco global a serem combatidos em conjunto pela comunidade internacional*. Temas como o meio ambiente¹¹⁴, o genocídio¹¹⁵, o terrorismo¹¹⁶ e, mais recentemente, a corrupção¹¹⁷, para citar apenas alguns dos itens

¹¹³ Nas palavras de Silva Sanchez: “nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da ‘insegurança’ sentida (ou como a sociedade do medo) [...] um dos traços mais significativos das sociedades na era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos [...] o que está próximo e o que está distante têm uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas e, em outras, pelo menos a uma sensação de impotência” (SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40; 47-48).

¹¹⁴ Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, assentou-se na Declaração resultante do evento o Princípio n. 7, segundo o qual: “Os Estados irão cooperar, em *espírito de parceria global*, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a *degradação do meio ambiente global*, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na *busca internacional do desenvolvimento sustentável*, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam” (grifos acrescentados). Determinou-se também a cooperação punitiva transnacional conforme definido pelo Princípio n. 13: “Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no *desenvolvimento do direito internacional* no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle”. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018 – grifos acrescentados.

¹¹⁵ A Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 (internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952) afirma que em “todos os períodos da história o genocídio causou grandes perdas à humanidade” e que, para seu efetivo combate, a “cooperação internacional é necessária”. Assim, o art. 1º da Convenção vai determinar que o genocídio é “crime contra o Direito Internacional”. Além disso, o Estatuto de Roma, de 1998, que cria o Tribunal Penal Internacional (internalizado pelo Brasil por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002), declara que sua instauração tem em vista “crimes de uma tal gravidade que constituem uma ameaça à paz, segurança e ao bem-estar da humanidade”, alistando o genocídio (e definindo-o) em seus arts. 5º e 6º como parte de sua competência material.

¹¹⁶ Conforme a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados em 3 de junho de 2002 e internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto n. 5.639, de 26 de dezembro de 2005.

¹¹⁷ A Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2005 e internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, declara que a corrupção é um problema cuja gravidade é capaz de ameaçar a “estabilidade e segurança das sociedades”, assim como os “valores da democracia, da ética e da justiça”, e ainda que os signatários estão “convencidos de que a *corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em fenômeno transnacional* que afeta todas as sociedades e economias”, trazendo, deste modo, a necessidade de “cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”.

da pauta a exigir uma ação global de “combate”¹¹⁸, compõem esta cartilha de valores globalmente defensáveis por meio, inclusive, de um *poder punitivo transnacional*¹¹⁹.

Concluindo, procurou-se neste tópico reconstituir os traços que levam dos avanços tecnológicos à demanda por padronizações mundiais, ao mesmo tempo em que esses avanços originam riscos globais incomensuráveis. Esses riscos, a partir de uma rede de comunicação transnacional, estão na base, portanto, da *percepção intersubjetiva razoavelmente compartilhada acerca da necessidade de uma pauta de ações políticas globais, que desembocam na pressão por um direito penal internacionalizado como forma de gestão (contenção) punitiva de riscos*. A “consciência cosmopolita” realmente desenvolvida na passagem do século XX ao século XXI é, sobretudo, uma consciência transnacional confusamente *reunida pelo medo*. Algo que parece bem diferente da fraternidade mundial unida pelo reconhecimento mútuo de dignidades compartilhadas, como almejava Kant¹²⁰.

1.3 Processos de globalização: a homogeneização de políticas econômicas por meio do receituário neoliberal e a demanda por proteção à ordem global de mercado

¹¹⁸ A linguagem predominante nos tratados, convenções, declarações, consensos e outros documentos internacionais que versam sobre estes temas é, invariavelmente, produzida com base na gramática de guerra. Outros tópicos que poderiam ser acrescentados a esse rol exemplificativo da pauta globalmente orientada em termos axiológicos, seriam o tráfico internacional de entorpecentes, a tortura, o tráfico de pessoas, a discriminação étnica e de gênero, os crimes de guerra, os crimes contra humanidade, o branqueamento de capitais e a escravidão.

¹¹⁹ Esta questão também merece ser estudada, de um ponto de vista criminológico, sob o prisma da emergência de novos “empreendedores morais” internacionais, que desempenham importante papel político de pressão em prol de reformas penais, pleiteando novos padrões internacionais de proteção penal em relação às suas agendas. Joachim Vogel cita como exemplo o *Transparency International*, órgão internacional que vem desempenhando um papel bastante ativo na “luta contra corrupção” por meio de regras mínimas a serem tomadas como padrão internacional de *compliance* (VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005. p. 118).

¹²⁰ Falando sobre as alterações de sentido e funções desempenhadas pelas instituições sociais clássicas (família, trabalho, tradição, natureza) nesta fase de transição, Giddens afirma que “estão a criar algo que nunca existiu antes: uma sociedade cosmopolita global [...] Ainda não se trata, pelo menos de momento, de uma ordem global conduzida por uma vontade humana coletiva. Em vez disso, está a emergir de forma anárquica, ao acaso, movida por uma mistura de influências [...] carrega muitas angústias e está ferida por divisões profundas [...] reflete a incapacidade das nossas instituições” (GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 28-29).

Já foi apontado no texto, quando se colacionou o exemplo de modelo de negócio transnacional da Boeing e o gigantesco poder que ele gera, um pouco sobre as transformações que os desdobramentos do pós-guerra trouxeram para o cenário global. Sintetizando estas mudanças de modo bastante genérico, podem ser apontados três grandes fatores para uma compreensão suficientemente clara da política econômica que se desenha na metade final do último século: o colapso do comunismo, o declínio do Estado-providência e a imposição do receituário neoliberal¹²¹.

Traduzir o que estes três fenômenos significam em todos os seus detalhes demandaria, por si só, um grande número de páginas, o que não condiz com as reais necessidades deste tópico. O que se pretende é ressaltar a racionalidade empregada pelo último dos fatores e tentar identificar o impacto que ela traz para demanda, não apenas de padronização de normas transnacionais de comércio e do sistema

¹²¹ “Receituário neoliberal” aqui como a lista produzida por John Williamson em 1989, que ficou conhecida como Consenso de Washington, assim como seus desdobramentos e revisões posteriores dentro das mesmas bases estruturais de abordagem dos problemas macroeconômicos. As regras estabelecidas versavam sobre: disciplina fiscal; redução dos gastos públicos (eminentemente em termos de políticas sociais); reforma tributária; juros de mercado; câmbio de mercado; abertura comercial; investimento estrangeiro direto; privatização de empresas estatais; desregulamentação (flexibilização de leis econômicas e trabalhistas); direito à propriedade intelectual. Posteriormente, falou-se em “pós-consenso de Washington”, em especial com a publicação do texto de Joseph Stiglitz (1999), então vice-presidente do Banco Mundial e ganhador do Nobel de Ciências Econômicas em 2001, intitulado “Mais instrumentos e objetivos mais amplos: rumo ao pós-consenso de Washington”. Stiglitz afirma que “o sucesso do Consenso de Washington como doutrina intelectual repousa na sua simplicidade. Embora muitos de seus proponentes pensem de forma sutil e sofisticada, as recomendações de políticas derivadas do Consenso puderam ser ministradas por economistas com a ajuda de pouco mais do que simples estruturas contábeis”. Reforçou ainda a necessidade de intervenção estatal para corrigir as falhas do mercado: “Quero propor que o governo deva se considerar como um complemento aos mercados, atuando para que os mercados cumpram melhor as suas funções, além de corrigir suas eventuais falhas. [...] Eu já argumentei que o governo tem um papel importante: o de responder aos fracassos do mercado, que são uma característica geral de qualquer economia com informações imperfeitas e mercados incompletos. A implicação desse ponto de vista é a de que a tarefa de fazer o Estado funcionar mais eficientemente é bem mais complicada do que simplesmente reduzir seu tamanho” (STIGLITZ, Joseph E. More instruments and broader goals: moving toward the post-Washington Consensus. **Revista de Economia Política**, v.19, n. 1 (73), jan.-mar. 1999 – tradução livre). Posteriormente, Stiglitz chegou a admitir que a “globalização não está à altura de suas promessas”. E afirmou: “maybe we need a reset before that we can try to put a grand of sand in the machine. This is what I’m trying to do as an economist. For much of the world, globalization as it has been managed seems like a pact with the devil. A few people in the country become wealthier; GDP statistics, for what they are worth, look better, but ways of life and basic values are threatened [...] This is not how it has to be. We can make globalization work, not only for the rich and powerful, but for everyone, for those that live in the poorest countries too. The task is difficult and requires time. We waited too much: the time to get working has come” (STIGLITZ, Joseph E. **Why globalization fails?** Entrevista disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sV7bRLtDr3E>>. Acesso em: 10 jun. 2018).

financeiro mundial, mas para a *política criminal* e, derradeiramente, para o direito penal internacionalizado.

Assim, as perguntas centrais no momento são: o que é o neoliberalismo? Do que se trata? Sobre que lógica se apoia? Quais suas consequências sociais e políticas?

O sentido que será tomado aqui para análise do neoliberalismo adota a noção de que este, “antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma *racionalidade* e, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados”¹²². Ainda mais: “têm como principal característica o fato de alterarem radicalmente o modo de exercício do poder governamental [...] e revelam uma subordinação a certo tipo de racionalidade política e social articulada à globalização e à financeirização do capitalismo”¹²³.

Para compreensão desta forma específica de governamentalidade, não bastam as análises econômicas, estatísticas, ou mesmo as categorias utilizadas como ferramentas de trabalho pela crítica marxista “tradicional”. Mesmo o conceito de *dominação* precisa ser reconfigurado para compreensão desta forma de gerir a relação entre o Estado e os cidadãos, uma que vez que se trata não tanto de agir *contra* a liberdade, mas de governar *pela* liberdade¹²⁴.

Michel Foucault dedicou um dos anos de seu curso no Collège de France ao estudo do “liberalismo reconfigurado”, em que ele analisa o ordoliberalismo (europeu, destacadamente alemão, com raiz nas lições de Walter Eucken e Wilhelm Röpke) e o neoliberalismo (de matriz austro-americana, com fundamento nas obras de Ludwig von Mises e Friedrich A. Hayek), tentando compreender de que forma foram alçados ao *status* de discursos de verdade, produtores de novas relações de poder.

Para Foucault, o (neo)liberalismo não deve ser visto como mera doutrina econômica ou princípio regulador da economia política. Trata-se de muito mais. Trata-se de um “dispositivo geral de governamentalidade”¹²⁵. Rege-se pelo intento de regulamentar de forma difusa, detalhada, as relações entre o Estado e os indivíduos.

¹²² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17. De modo mais conciso na mesma página: “Neoliberalismo pode ser definido como o conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência”.

¹²³ Ibidem, p. 190.

¹²⁴ Ibidem, p. 19.

¹²⁵ FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010. p. 100.

Significa dizer que o pensamento neoliberal não se restringe à sua caricatura, ou seja, seu ideal mercadológico globalizado, mas perpassa toda a lógica de governo. O neoliberalismo se articula como um novo instrumento de legitimação do Estado, dentro da premissa de que um Estado legítimo é o que garante a liberdade econômica. “A economia produz legitimidade”, dirá Foucault. A adesão ao sistema neoliberal origina uma forma de consenso permanente, estranha ao modo de pensar a teoria do Estado até então. Este consenso funciona *a priori*, sendo necessário apenas que se mantenha. Resume-se na noção de “crescimento econômico”. Uma taxa de crescimento satisfatória, um poder de compra em expansão e uma balança de pagamentos favorável serão os indicativos definitivos de um “bom governo”, estabelecendo o consenso necessário para perpetuação de seu exercício¹²⁶.

Essa análise é importante para que se abandone, de uma vez por todas, confusões recorrentes entre o liberalismo político do século XVIII e o neoliberalismo, assim como entre o liberalismo das doutrinas econômicas clássicas e a racionalidade neoliberal¹²⁷. Em especial, é preciso destacar que, em vez de pregar um Estado mínimo ou mesmo uma ruptura entre Estado e mercado, o que o neoliberalismo preceitua é um Estado com maior capacidade de ingerência *on demand*, como se percebe pelas constantes intervenções salvadoras do Estado nas graves crises incrustadas no modelo neoliberal do final do século XX e início do século XXI. Não se deve confundir, então, *desregulação* do mercado com *ausência* de Estado. Também não é correto dizer que foram as grandes empresas que impuseram a lógica “concorrencialista”, mas antes que os Estados universalizaram o receituário neoliberal e assim garantiram que ele atingisse o grau de hegemonia que hoje apresenta¹²⁸.

¹²⁶ Ibidem, p. 116.

¹²⁷ Ou mesmo entre o “novo liberalismo” de John Maynard Keynes (em certa medida base da social-democracia), que se tornará um dos mais criticados autores pelos neoliberais, e esta racionalidade. “Este novo liberalismo é o exato oposto daquilo que hoje chamamos de neoliberalismo que é, em primeiro lugar, uma reação ultraliberal contra o intervencionismo keynesiano.” (DOSTALER, Gilles *apud* DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 60). Vale notar que este “novo liberalismo” (keynesiano) foi a primeira reação, em termos cronológicos, à crise do liberalismo clássico trazida pela Grande Guerra.

¹²⁸ “As influências da economia estão certamente entre as forças propulsoras, em especial o sistema financeiro global. No entanto, não se trata de forças da Natureza. Foram moldadas pela tecnologia e pela difusão cultural, bem como pelas decisões dos governos no sentido de liberalizarem e desregulararem as respectivas economias nacionais.” (GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 25)

Sendo assim, o que precisa ser discernido é de que forma a governamentalidade neoliberal “escora-se num *quadro normativo global* que, em nome da liberdade e apoiando-se nas margens de manobra concedidas aos indivíduos, orienta de maneira nova as condutas, as escolhas e as práticas desses indivíduos”¹²⁹. Justamente por isso a análise do neoliberalismo não se restringe a uma política, nem mesmo a “mera” mercantilização da vida¹³⁰, que produzem visões muito estreitas da mudança do modo de governança ocorrido, de forma acentuada, a partir da década de 1980. É preciso falar, realmente, em *sociedade neoliberal*¹³¹. Sociedade cujo princípio geral de organização social é a *competitividade* ou, em outros termos, em que a competitividade é dada como o irredutível natural de todo ser humano¹³².

Seguindo o rastro deixado no tópico anterior, é interessante notar as relações nada superficiais entre o conceito de risco e a forma de organização política, econômica e social da lógica neoliberal. Na realidade, o risco é um referencial básico da economia globalizada. Por um lado, conforme Giddens afirma, “na nova economia eletrônica global, gestores de fundos, bancos, empresas, sem esquecer milhões de investidores a título pessoal, podem transferir grandes somas de capitais com o simples carregar de um botão. E, ao fazê-lo, podem desestabilizar economias que parecem sólidas como granito”¹³³. Risco constante e superlativo, portanto.

¹²⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 21 – grifo acrescentado.

¹³⁰ Que é anterior e deita raízes históricas mais profundas do que a “recente” lógica neoliberal.

¹³¹ Walter Lippmann pregava uma eugenia capaz de criar novos homens, homens (segundo a referência do próprio autor não a seres humanos, mas a homens) adaptados às formas de organização social próprias do capitalismo e às funções econômicas especializadas. Advogava por uma educação, ou seja, uma *biopolítica*, voltada a adaptar os seres humanos ao seu melhor desempenho na inescapável lógica da competição. São suas palavras: “É para tornar os homens aptos ao novo tipo de vida que o liberalismo pretende consagrar parte considerável do orçamento público à educação” (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 91-92).

¹³² Insere-se nisso uma diferença fundamental com o liberalismo político do século XVIII, em que a dignidade, com auge na ética kantiana, é tida como conceito fundante, inalienável, a ser obrigatoriamente respeitada por toda e qualquer “política”. Aqui, sob a égide da racionalidade neoliberal, o critério pelo qual toda política deve ser julgada é a competitividade. Não raro os discursos neoliberais iniciam com uma condenação do Estado providencialista sob o argumento de que este fere a “natureza” última pertencente a todo ser humano – a autopreservação e sua consequente tendência a competitividade. Para compreender esta significativa alteração de perspectiva, os nomes de Herbert Spencer e William Graham Sumner são fundamentais. O primeiro deslocou “o centro de gravidade do pensamento liberal, passando do modelo de divisão do trabalho para o da concorrência como necessidade vital”, o que faz com que a concorrência passe a ser “a lei implacável da vida e o mecanismo do progresso por eliminação dos mais fracos”. O segundo chega a afirmar que “a competição, por consequência, é uma lei da natureza. A natureza é inteiramente neutra, submete-se àquele que a ataca de forma mais enérgica e resoluta [...] É preciso compreender que não podemos escapar da alternativa: liberdade, igualdade, sobrevivência dos mais aptos; não liberdade, igualdade, sobrevivência dos mais inaptos. O primeiro caminho leva a sociedade para a frente e favorece seus melhores membros. O segundo caminho leva a sociedade para trás e favorece seus piores membros” (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 53-56).

¹³³ GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 21.

Por outro lado, Foucault já identificava, na forma de organização social do liberalismo, uma “cultura de perigo”, estimulada pela literatura policial, pelo interesse jornalístico no crime, pelas campanhas de higienização e saúde da população, ao que poderia ser acrescentado a difusão dos perigos relacionados ao terrorismo e a uma sempre iminente nova grande crise financeira, como as que ocorreram no Japão em finais dos anos 1980, na Escandinávia na década de 1990, nos EUA em 2008 e em diversos países da Europa, com destaque para Grécia, mais recentemente¹³⁴. Essa relação intrínseca entre a forma de governo neoliberal e o risco é assim traduzida por Foucault: “não há liberalismo sem a cultura do medo”¹³⁵. E é por isso que o *neoliberalismo requer, diferente do que algumas análises apressadas fazem crer, um Estado forte, inclusive em sentido penal. Mais do que isso, requer uma integração global densamente entrelaçada (também em termos de política criminal)*. Requer, no fundo, um “intervencionismo destinado a moldar politicamente relações econômicas e sociais regidas pela concorrência”¹³⁶.

Há assim uma ambivalência inerente aos pressupostos neoliberais: solicita a não interferência do Estado no desenvolvimento da ordem de mercado, de modo a deixar sobressair a lógica concorrencial que estaria no âmago da alma humana, permitindo o estímulo ao risco próprio dos jogos de mercado, ao mesmo tempo em que exige que o Estado se demonstre forte em controlar estes riscos para não inviabilizem por completo o jogo e para que determinados jogadores não detenham uma vantagem tamanha que a desigualdade estrutural criada pelas próprias regras do jogo seja desnudada a ponto de gerar formas de subversão contra os princípios fundamentais do jogo em si¹³⁷.

¹³⁴ “Um aspecto interessante deste conjunto de crises é que, se exceptuarmos a dos anos 1930, todas apresentam certos elementos comuns. Em primeiro lugar, a liberalização pelo poder político de algumas práticas do sistema bancário, com o objetivo de o pôr a contribuir para determinadas políticas sociais, sobretudo políticas de habitação. Em segundo lugar, a criação de bolhas de crédito, essencialmente concentradas no sector imobiliário. Em terceiro lugar, políticas monetárias ou orçamentais expansionistas ajudando a alimentar a bolha.” (AMARAL, Luciano. Crises financeiras: história e actualidade. **Revista Relações Internacionais**, Lisboa, n. 23, set. 2009. p. 119-138).

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 97. “Liberalismo” aqui como definição de um *padrão de pensamento* capaz de englobar o neoliberalismo e não como teoria política peculiar ao século XVIII.

¹³⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 68.

¹³⁷ “Al potencial expansivo de la armonización de ordenamiento penales, subrayada con insistencia en la bibliografía, se contrapone con frecuencia la evidente desregulación que comporta la globalización económica.” (MELIÁ, Manuel Cancio. Internalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo. **Revista Jurídica**. n. 28, set. 2009. p. 221-242). Também o Professor Joachim Vogel percebe que “en la medida en que la globalización se encuentra vinculada a un incremento de la actividad económica, la *criminalidad económica* necesariamente crecerá. No está claro que ello – como piensa *Terradillos Basoco* – quese compensado por la desregulación de la económica en el marco de la globalización...”

Ademais, a *racionalidade neoliberal já nasce globalizante*. Nasce de um centro de debates que se considera representante do pensamento político global. É no Colóquio Walter Lippmann¹³⁸, realizado em 26 de agosto de 1938, no âmbito do Instituto Internacional de Cooperação Intelectual, que lançam seus fundamentos mais característicos. Participam deste colóquio intelectuais como Friedrich Hayek e Raymond Aaron, que se tornarão arautos de uma das versões mais bem-sucedidas do ideário neoliberal. Importa destacar que o colóquio colocou frente a frente duas visões bastante distintas da questão das “crises do capitalismo”. Uma delas representada por Ludwig von Mises e seu fiel discípulo Friedrich Hayek, que entendiam a crise como resultado da “traição” dos princípios do liberalismo clássico. Outra, representada em especial pelas ideias de Louis Rougier, organizador do evento, pela obra de Lippmann e pelos ordoliberalis, que enxergavam o problema como endógeno ao liberalismo, ou seja, como decorrente do engessamento de suas máximas. É Rougier quem usará a metáfora, tão cara aos neoliberais, da regulação de trânsito¹³⁹, afirmando que o liberalismo não deve ser sinônimo de conservadorismo.

O caráter universalizante do neoliberalismo se manifesta já com Lippmann, quando este afirma a possibilidade de emergência de uma “Grande Sociedade” de escala planetária como resultado lógico da divisão mundial do trabalho. Esta se configuraria a partir de relações pacíficas transnacionais fundadas nos “princípios essenciais de uma lei comum que todos os parlamentos representantes das diferentes coletividades humanas respeitam e adaptam à diversidade de suas condições”¹⁴⁰.

(VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005. p. 115 – grifos do original).

¹³⁸ Ao final do colóquio que, segundo Pierre Dardot e Christian Laval pode ser visto como “a primeira tentativa de criação de uma ‘internacional neoliberal’, declarou-se a criação de um Centro Internacional de Estudos para a Renovação do Liberalismo, que acabou tendo vida curta, ao menos com essa nomenclatura, em virtude dos desdobramentos da Segunda Guerra. Vida mais longa terá a Sociedade Mont Pèlerin, criada em 1947, já após o fim da Segunda Guerra, sendo então citada por muitos como o ‘laboratório’ central da racionalidade neoliberal” (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 71-72).

¹³⁹ Segundo a metáfora, o que defende o liberalismo refundado é uma espécie de meio-termo – nem a permissão para que os carros circulem todos em qualquer sentido, seguindo seus caprichos, nem a planificação definidora dos horários e itinerários que estes poderiam circular – mas a imposição de um código de trânsito. Com esta metáfora, deixarão claro os neoliberais dessa corrente a necessidade de um Estado forte, em especial em termos “jurídicos”, ou melhor, em gestão, inclusive punitiva.

¹⁴⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 97. Não se pode deixar de mencionar neste momento a concepção de Francis Fukuyama, para quem a hegemonia alcançada pelo liberalismo capitalista do final do século XX representa “o fim da história”, ou seja, a estagnação jamais vista em torno de um ideal ou modelo de organização política, econômica e social (FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992).

Uma das grandes novidades trazidas pelo neoliberalismo é a ideia de que a concorrência *operacional* não é uma condição “natural”, como queira fazer parecer a ideologia do *laissez-faire*, mas o *resultado de uma ordem a ser fabricada juridicamente* (uma “agenda”). A lei desempenha, nesse sentido, um papel bastante específico na racionalidade neoliberal, que é o de *fixação de expectativas*¹⁴¹. Embora essa função não seja nova, nem exclusiva aos pensadores neoliberais, ela é especialmente verificável no discurso de normatização que estes defenderão como a *intervenção desejável* do Estado. Essa concepção tem um impacto importante na configuração do direito penal que lhe corresponde¹⁴². O uso da sanção penal como instrumento de regulação e garantia de expectativas comportamentais ganhou forte evidência na doutrina penal do século XX, levada ao limite por autores como o alemão Günther Jakobs¹⁴³. Essa visão funcionalista radical parece ser, inclusive, traço marcante do direito penal internacionalizado.

Cabe ainda ressaltar que para Hayek, um dos mais influentes pensadores neoliberais do segundo pós-guerra, há uma distinção fundamental entre normas de direito público e direito privado. Enquanto estas últimas são normas de conduta, impessoais e abstratas, as normas de direito público são regras de organização. Assim, o mote do neoliberalismo seria a promoção de uma “sociedade de direito privado”, em que as normas de conduta se adequariam à ordem de mercado¹⁴⁴ e garantiriam o desenvolvimento contínuo sob a lei indefectível da seleção natural dos mais adaptados, a qual ele presta diversas homenagens. Com essa construção,

¹⁴¹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 95. Cabe a menção ao fato de que Lippmann entende que a tradição jurídica do *common law* é mais “pura” e mais desejável para o neoliberalismo, uma vez que a função da justiça é decidir de modo equitativo entre interesses individuais que constantemente entram em contradição, sendo inadequada uma decisão que impõe antecipadamente quais os interesses devem prevalecer, uma vez que este modelo não permite uma distribuição equitativa de obrigações e deveres entre os indivíduos em litígio.

¹⁴² Que “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” é tomado aqui como pressuposto já bem estabelecido, ao menos, desde a década de 1960 (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20).

¹⁴³ Para uma visão inicial de seu posicionamento: JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; **Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004. p. 75 ss.

¹⁴⁴ Hayek estabelece ainda a diferença entre *ordem natural*, criada independente da vontade do homem, *ordem artificial*, criada pelo homem com uma intenção específica, e *ordem espontânea*, resultante da ação humana, mas não conectada a um desígnio humano específico. A ordem de mercado seria desta última ordem, diferente da “economia”, que seria produto de uma ordem artificialmente arquitetada segundo os desígnios de alguns (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 161-163). Obviamente Hayek tentava, com isso, fabricar legitimidade para as intervenções estatais “corretoras” das imperfeições mais severas da racionalidade neoliberal sem trair seus ideais liberais clássicos.

Hayek intentava se contrapor ao positivismo jurídico, uma vez que, para ele, o direito antecede a lei (sendo superior o modelo liberal de *common law*), sem, no entanto, cair nas armadilhas do direito natural. Por conta disso, dá ênfase à “experiência”, atribuindo a esta a revelação das leis fundamentais de uma sociedade justa, a saber, a “estabilidade das posses”, a “transferência mediante consentimento” e o “cumprimento de promessas”¹⁴⁵.

Para Hayek, é muito importante que o direito, antecedendo a lei conforme já mencionado, possa exercer o papel de constrangedor do próprio legislador, no sentido de impedi-lo de criar leis que contrariem o “Estado de direito material”, entendido pelo autor como o conjunto de regras de conduta justa que se limite a ordenar a seleção natural e garantir, acima de tudo, a igualdade em termos absolutos (não favorecer nem desfavorecer nenhum indivíduo, independentemente dos fins deste desequilíbrio). Portanto, “o Estado de direito confunde-se com o ideal de uma sociedade de direito privado”¹⁴⁶. Em outras palavras, o Estado deve agir para garantir a eficiência da ordem de mercado, em especial em suas regras coercitivas, entre as quais as leis penais figuram de modo privilegiado. O Estado deve ainda se certificar de que as leis, de modo geral, contribuam para proteger a continuidade segura das expectativas criadas pelo direito privado, o que equivale a dizer que o direito penal possui a função de garantir a tranquilidade do desenvolvimento da ordem de mercado¹⁴⁷. Que ninguém, nem Estado, nem indivíduos, seja capaz de desequilibrar a balança natural oriunda dos princípios universais que governam a “estabilidade das posses”, a “transferência mediante consentimento” e o “cumprimento de promessas”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 168.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 176.

¹⁴⁷ “Isso mostra a importância da ação coercitiva do Estado quando se trata de cuidar da punição das infrações cometidas contra as regras de conduta: garantir a segurança dos agentes econômicos.” (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Op. cit.*, p. 178)

¹⁴⁸ Eduardo Corrêa, dissertando sobre os mecanismos de vedação de auxílio financeiro e imposição de mecanismos de *compliance* para que os Estados possam participar na “competição capitalista internacional”, destaca a forte influência que os Estados Unidos possuem na definição de resoluções do Conselho de Segurança da ONU e de padrões internacionais no contexto de “concorrência regulatória” do mercado mundial. Destaca a “necessidade de que as empresas adotem os modelos de regulação norte-americanos para conseguir acesso ao mercado financeiro internacional... a aproximação dos ordenamentos jurídicos ao norte-americano, ao ‘nivelar o campo de jogo’ de acordo com as ‘regras de jogo’ praticadas na América do Norte, ao mesmo tempo que constitui uma afirmação geo(jurídico)política estadunidense, promove condições estruturais para a continuidade de seu predomínio político-econômico-cultural, tendo em vista o papel de domínio das regras do jogo ou da padronização dessas regras em condições favoráveis para o melhor desempenho de um ou de outro ‘jogador’” (CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Política criminal transnacional na**

Construção do legislador, aumento da autonomia do Poder Judiciário e rebaixamento valorativo da democracia são algumas das consequências desta racionalidade neoliberal sobre o direito. Considerando o grau de hegemonia que esta alcançou desde a década de 1980, torna-se compreensível o desenho que o direito penal internacionalizado vai adquirindo. Porém, é importante ressaltar, na esteira do conceito de “estratégia” sem sujeito de Foucault¹⁴⁹, que não se trata de uma maturação planejada por alguns indivíduos com objetivos claramente predefinidos, como num complô. Trata-se, na realidade, dos efeitos decorrentes da universalização de diversas práticas, muitas vezes heterogêneas (*vide* o que já se falou sobre processos de globalização).

De todo modo, não surpreende que a pauta de internacionalização do direito penal (como padronização normativa) nas últimas décadas, diferente do que ocorre com a tentativa de formação de uma jurisdição penal universal, em que os delitos são precipuamente aqueles capazes de agredir valores com pretensão de universalidade (genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade), seja quase exclusivamente uma pauta de direito penal *econômico*¹⁵⁰, mesmo quando em jogo delitos como o tráfico internacional de entorpecentes. Na lúcida conclusão de Jesús-María Silva Sanchez:

Mas, por outro lado, os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica levam à formação de novas modalidades de crimes clássicos, bem como ao surgimento de novas formas criminosas. Assim, a integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros do produto comunitário de integração (fraude orçamentária – crimes tarifários – fraude de subsídios), ao mesmo tempo em que contempla a corrupção de funcionários das instituições de integração. De resto, geram o surgimento de uma nova concepção do criminoso, centrada em elementos tradicionalmente estranhos à ideia de delinquência como fenômeno marginal; em particular, os

sociedade em rede: regimes de proibição legal, margem de apreciação, princípio da norma mais favorável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 121).

¹⁴⁹ “A lógica da estratégia tem por função estabelecer quais as conexões possíveis entre termos díspares e que continuam a ser díspares. A lógica da estratégia é a lógica da conexão do heterogêneo e não a lógica da harmonização do contraditório.” (FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 71)

¹⁵⁰ “El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado.” (SANCHEZ, Jesús-María Silva. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, 1998. p. 72) Também Maíra Machado elucida a relação entre o avanço do capitalismo financeiro e a demanda por internacionalização do direito penal, afirmando que “os benefícios pela agilidade e anonimato das operações financeiras – elementos chave da competitividade entre os inúmeros centros financeiros do mundo – refletem diretamente na possibilidade de maximização de lucros. Um ambiente com essas características oferece a todos os detentores de capital – independentemente da atividade que exerçam – novos e melhores meios para a consecução do objetivo primordial de infundável acumulação” (MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 139).

elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico. O crime organizado, o crime internacional e o crime dos poderosos são provavelmente as expressões que melhor definem as características gerais do crime de globalização¹⁵¹.

Não só isso, mas além de necessitar se adaptar às necessidades deste novo receituário de proteção do capital financeiro, passando a gerir criminalmente os riscos da atividade econômica e atuando como garante das funções estatais¹⁵², o direito penal internacionalizado sofre grande pressão para se “pasteurizar” sob a pressão de agentes internacionais com maior poder político¹⁵³.

¹⁵¹ Tradução livre de: “Pero, por otro lado, los fenómenos económico de la globalización y la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, *así como a aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto – criminalidad arancelaria – fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elemento tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización*” (SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Op. cit.*, p. 68-69).

¹⁵² Fenômeno conhecido na dogmática penal como “administrativização do direito penal”. Sobre ela, Jesús-Maria Silva Sanchez informa: “pode-se afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de ‘administrativização’ em que, em nosso juízo, está imerso o Direito Penal. E tal poderia ser levado ainda mais longe: assim, não somente a afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador, senão que inclusive, a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de problemas sociais” (SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 155-156). Bernardo Feijó Sanchez alista as características deste fenômeno: “I. O Direito Penal cria novos tipos penais com que intervêm em novos âmbitos dos quais tradicionalmente se vinha ocupando o direito administrativo ou dos quais somente se havia ocupado mediante os delitos de lesão tradicionais. É paradigmática a criação de tipos penais que vão protegendo funções estatais e a criação de delitos de perigo abstrato; II. A pena vê modificadas suas funções tradicionais, vendo-se transformada num instrumento de gestão da delinquência como ‘macrorrisco’ social. Se as medidas de segurança representavam, desde o final do século XIX, uma administrativização de uma parte do direito penal (o debate sobre a sua natureza jurídica é um indício disso), na atualidade, passa a ocupar um lugar protagonista no debate sobre a inoculação através da pena. Uma característica desta dinâmica é a diferença de trato em função do tipo do delinquent, produzindo-se uma intensificação do tratamento punitivo relativamente àqueles grupos de delinquentes que mais preocupam. Neste sentido, existe um tipo de delinquência que tem um tratamento jurídico-penal que não corresponde ao *status* geral de cidadão (‘Direito Penal do Inimigo’)” (SANCHEZ, B. F. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, n. 7, maio-ago. 2011. p. 25).

¹⁵³ Conforme se expressa o Professor Joachim Vogel: “Pero la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal no es ninguna calle de dirección única, sino justamente una interacción entre diferentes actores, cuya influencia depende de su poder político. No sorprenderá, por tanto, que la internacionalización del Derecho lleve a una “americanización” también en materia penal [...] Los más importantes desarrollos del Derecho penal de las últimas décadas han comenzado en los Estados Unidos de América [...] De hecho debe considerarse a la política criminal americana como la más influyente a nivel mundial” (VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y del

Diante desse quadro, o novo sujeito de direitos deixa de ser visto como o cidadão universal da visão cosmopolita já mencionada (mesmo aquela oriunda da percepção coletiva de riscos globais), para ser entendido como o potencial propulsor da energia que a ordem de mercado precisa para se manter capaz de gerar riqueza. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “o conceito de consumidor substitui o de cidadão e o critério de inclusão deixa de ser o direito para passar a ser a solvência”¹⁵⁴. Obviamente não se pode imaginar que uma estrutura assim encadeada seja capaz de gerar uma verdadeira universalização de direitos, uma vez que agravadora do afastamento entre adaptados e inadequados ao sistema concorrencialista¹⁵⁵. O direito acaba, na realidade, por se adequar a essa formação, asseverando assimetrias antigas. De fato, “a soberania dos Estados mais fracos está agora diretamente ameaçada, não tanto pelos Estados mais poderosos, como costumava ocorrer, mas sobretudo por agências financeiras internacionais e outros atores transnacionais privados”¹⁵⁶, o que, por sua vez, alavanca mecanismos de direito internacional *privado*, enquanto subordina o direito internacional *público* a operar sob a sua lógica, como que levado de arrasto¹⁵⁷.

proceso penal. **Revista Penal**, n. 22, 2008, p. 161). No mesmo sentido, Eduardo Corrêa afirma que a internacionalização “reflete um processo unidirecional oriundo de países desenvolvidos para o resto da sociedade. Não por outra razão, pertinente à harmonização global do direito penal, especialmente aquele com refrações econômicas, sustenta-se que não assistimos a um processo de convergência normativa, derivado de um diálogo consensual... presencia-se um desenvolvimento no qual os diversos sistemas jurídicos nacionais aproximam-se do sistema vigente nos Estados Unidos, de maneira mais ou menos deliberada...”. O autor ainda aponta para diversos outros autores que percebem esse mesmo poder de influência da política criminal norte-americana, somada ao poderio europeu, no direcionamento do processo de internacionalização do direito penal, como Delmas-Marty, Antoine Garapon, Juarez Tavares, Joachim Vogel, Jose Luis Diez Ripollés, Anabela Miranda Rodrigues, Juan Terradillos, Wiegand Wolfgang, entre outros (CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Op. cit.*, p. 115-116).

¹⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa [org.]. **A globalização e as ciências sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 35. No mesmo sentido, George Monbiot: “Neoliberalism sees competition as the defining characteristic of human relations. It redefines citizens as consumers, whose democratic choices are best exercised by buying and selling, a process that rewards merit and punishes inefficiency. It maintains that “the market” delivers benefits that could never be achieved by planning” (MONBIOT, George. Neoliberalism – the ideology at the root of all our problems. **The Guardian**, 15 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/books/2016/apr/15/neoliberalism-ideology-problem-george-monbiot>>. Acesso em: 10 fev. 2018).

¹⁵⁵ O que traz a memória uma afirmação brilhante de Hannah Arendt, ainda que tratando de riscos distintos do processo de “universalização seletiva” de direitos: “O perigo é que uma civilização global, universalmente correlata, possa produzir bárbaros em seu próprio seio por forçar milhões de pessoas a condições que, a despeito de todas as aparências, são as condições da selvageria” (ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 412).

¹⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa [org.]. **A globalização e as ciências sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 37.

¹⁵⁷ Seria possível opor ao argumentado neste tópico a noção, bastante aceita na doutrina, de que é a matriz político-ideológica do Estado de Bem-Estar Social a grande responsável pela expansão do direito penal em termos globais, uma vez que sua estruturação demanda uma intervenção estatal

1.4 Direito penal dos direitos humanos: o discurso “oficial” da internacionalização do poder punitivo

Em 10 de dezembro de 1948 foi assinada a Declaração Universal de Direitos Humanos. Inaugurava-se uma nova concepção dos direitos humanos, fundada em sua internacionalização (universalização)¹⁵⁸. Era o fim da era da Paz de Vestefália. Em conjunto com a Carta da ONU, de 1945, estes dois documentos, assim como os muitos que os sucederam, afirmavam a existência e a necessidade de ação internacional para proteção de um conjunto de direitos universais, inerentes a qualquer ser humano¹⁵⁹. Para Celso Lafer, a “Carta da ONU internacionalizou os direitos humanos e inseriu, de maneira abrangente, a sua temática na construção da ordem mundial”¹⁶⁰.

Quando são buscadas as fontes materiais das quais sobressai a Declaração Universal de Direitos Humanos, o debate se torna acirrado¹⁶¹. Um ponto relativamente

contínua e profunda ao regular as relações de produção e distribuição de renda, ao mesmo tempo em que assume um papel protagonista na efetivação e manutenção de um rol extenso e difuso de garantias sociais. Não se ignora o acerto relativo deste argumento, porém entende-se que haveria um problema cronológico na tentativa de aplicar este mesmo raciocínio para o fenômeno ora estudado. Como se verá ao longo deste trabalho, o fenômeno de internacionalização do direito penal recebe seu mais forte impulso e sua feição mais característica já no final do século XX, quando a “popularidade” do Estado Providencialista já estava bastante desgastada e vinha sendo avassaladoramente substituída pelo receituário neoliberal, em suas várias versões consecutivas. Assim, embora seja correto apontar para o efeito conhecido como “expansão do direito penal” a causa “demandas do Estado de Bem-Estar Social”, isso não significa nem que seja incorreto afirmar o impacto predominante da lógica neoliberal ao processo de internacionalização do direito penal, nem que seja correto correlacionar (ao menos de forma direta) aquela formação de Estado com esse processo.

¹⁵⁸ “A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo... Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.” (PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 191-192)

¹⁵⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que este “processo partiu das premissas de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, e como tais antecedendo a todas as formas de organização política”. Afirma ainda que uma das principais feições desta nova “fase” dos direitos humanos é o “acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional” (CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Dilemas e desafios da proteção internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 1, 1997, p. 167-177).

¹⁶⁰ LAFER, Celso. **Direitos humanos: um percurso no direito no século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

¹⁶¹ Um dos principais aspectos da discussão tem que ver com o grau de universalidade do rol de direitos que acabou sendo alistado na Declaração de 1948. Celso Lafer, por exemplo, afirma ter havido um

bem aceito é de que a Segunda Guerra mundial tornou claro que os direitos de cidadania, atrelados à lógica da soberania, não eram capazes de frear projetos de poder abjetos, como os do nazismo. O cancelamento em massa da nacionalidade de um grande número de pessoas, ocorrida da Alemanha nazista (mas também na União Soviética), criando uma grossa camada de “apátridas”, considerados indesejáveis, “despossados da condição de sujeitos de direitos” e, no final das contas, descartáveis, calou fundo na “consciência internacional”. Com isso, ao menos discursivamente, teria surgido uma convicção suficientemente consensual no plano global acerca da necessidade de se criar *mecanismos aptos a garantir*¹⁶², em alguma medida, a “hospitalidade universal” que Kant havia suscitado em suas reflexões. “A plena internacionalização dos direitos humanos pode ser qualificada como uma reação jurídica ao problema do mal”, afirma Lafer em tom quase poético¹⁶³.

“surpreendente consenso” na elaboração desta. Alega que os “grandes padrinhos da Declaração – Cassin, Chang, Eleanor Roosevelt e Malik – não eram homogeneizadores, mas eram intelectualmente universalistas. Acreditavam na unidade do gênero humano e entendiam que os processos de experienciar, compreender e julgar eram capazes de a todos conduzir ao entendimento e à aceitação de algumas verdades básicas” (LAFER, Celso. **Direitos humanos: um percurso no direito no século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19; 25). Da mesma forma, entende André de Carvalho Ramos pela universalização como ideia-chave do sistema de Direitos Humanos inaugurado no segundo pós-guerra (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 30). A mesma visão defende Antônio Augusto Cançado Trindade, para quem: “Compreendeu-se finalmente que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, Antônio A. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. **Temas de política externa brasileira II**. 1994. v. 1. p. 173). Ainda que estas sejam manifestações de peso, há que notar o fato de que a Declaração foi aprovada por 48 votos, com oito abstenções, sendo necessário reconhecer que o termo *universalidade* não pode ser tomado em sentido literal. As abstenções de Arábia Saudita e África do Sul estão embebidas em questões culturais e religiosas nada desprezíveis, que trazem à tona a enorme dificuldade e até o mesmo o perigo deste discurso de universalização. Boaventura de Sousa Santos, buscando superar a dicotomia, afirma: “Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é precondição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 48, jun. 1997. p. 11-32. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 27 maio 2018).

¹⁶² Conforme a tese emblemática de Bobbio, sintetizada por Celso Ludwig: “o problema dos direitos humanos não estaria mais na ordem da fundamentação, mas na esfera da aplicação. Ou então, não mais na necessidade de sua justificação, mas, precisamente, na urgência de sua efetivação. Cabe protegê-los, afirma. Enfim, a questão central sobre os direitos humanos não estaria na esfera da filosofia, mas na esfera da política. Não seria mais uma questão teórica, mas prática” (LUDWIG, Celso Luiz. **Direitos humanos: fundamentação transmoderna**. In: SILVA, Eduardo Farai; GEDIEL, José Antonio Peres; TRAUZYNSKI, Sílvia Cristina [Org.]. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 27-28; BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004).

¹⁶³ LAFER, Celso. **Direitos humanos: um percurso no direito no século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11-13. René Cassin, em suas considerações sobre a Declaração, estabelece uma ligação de

Deste modo se desenvolve, no final do século XX, o debate em torno da cristalização de um rol de direitos humanos universalmente aceitos¹⁶⁴, de um “mínimo ético irreduzível”¹⁶⁵ transnacional, e isso colocará em pauta as funções a serem desempenhadas pelo direito penal em dimensões internacionais, como ferramenta destacada de proteção deste conjunto de direitos. Conforme leciona Rui Dissenha,

desde a Carta da ONU e especialmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem relativiza-se a soberania e promove-se o respeito universal aos direitos humanos [...] Esse processo é também responsável pela construção de um sistema paralelo, indireto, de proteção dos direitos humanos por meio da repressão penal que toma forma a partir da identificação de princípios específicos como a máxima *aut detere aut judicare*, as regras gerais de cooperação e a assistência legal entre países, o reconhecimento de sentenças estrangeiras etc. Nesse sentido, existiria um construído internacional que obrigaria – na medida dos limites possíveis – a cooperação internacional para a universalização da repressão penal em nome da proteção dos direitos humanos¹⁶⁶.

Tem-se com esta constatação que o poder punitivo global é também resultado de uma ampliação da compreensão acerca da necessidade de conferir efetividade às possibilidades de exercício dos direitos humanos. Haveria, nesse sentido, uma obrigação ambivalente, no que toca os Estados, em relação aos direitos humanos. Ao mesmo tempo em que estão obrigados a promovê-los por meio de ações positivas, como a criação de instrumentos aptos a permitir o livre desenvolvimento de cada

dependência entre a paz internacional e a necessidade de respeito internacional harmônico aos direitos humanos.

¹⁶⁴ Tentando superar os problemas oriundos do debate entre universalismo e culturalismo, a Declaração de Viena, adotada em 25 de junho de 1993, estabeleceu, em seu § 5º: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

¹⁶⁵ Segundo Kai Ambos a legitimidade do poder punitivo internacional advém justamente da proteção desses direitos humanos fundamentais. São palavras do jurista alemão: “Esta linha de argumentação se baseia no entendimento da comunidade internacional unida por valores comuns e pela existência de ordem constitucional internacional fundada nos mesmos valores [...] Em outras palavras, a legitimidade do exercício do poder do Estado é fundada no respeito aos direitos humanos fundamentais [...] Um *ius puniendi* supranacional pode ser inferido de uma combinação de estágios incipientes de supranacionalidade de uma ordem mundial baseada em valores e do conceito de uma sociedade mundial composta por cidadãos mundiais, cujo direito – o ‘direito do cidadão mundial’ – é derivado de direitos humanos universais” (AMBOS, Kai. **Pena sem soberano? *Ius puniendi* e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional.** Trad. Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró, Julia Magalhães Jeuken. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 80, 81 e 88).

¹⁶⁶ DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal:** uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 96.

cidadão, surge o dever de proteção suficiente destes direitos por meio de mecanismos de repressão (investigação e punição) e prevenção de agressões atentatórias aos mesmos¹⁶⁷. Este dever internacional de prevenção e punição, se não for devidamente atendido, pode gerar aos Estados uma série de constrangimentos e sanções¹⁶⁸, como por exemplo, ter sua atuação suplantada pela ação do Tribunal Penal Internacional¹⁶⁹.

Para alguns autores, esta nova forma de estruturar o sistema global de proteção de direitos humanos opera, inclusive, uma transformação em relação às funções da pena e, como consequência, do direito penal no âmbito internacional. É que para esses autores a colocação dos *direitos humanos como objeto de tutela do poder punitivo*, que deverá concretizar meios de prevenção e repressão em relação às ofensas a estes direitos, transmuta a *noção de bem jurídico* como *limite* para atuação do poder punitivo para se tornar seu *fundamento*¹⁷⁰. Nessa linha, André de Carvalho Ramos vai falar de uma “mudança de paradigma” para o poder punitivo, argumentando que “o direito penal não é só conformado e limitado pela Constituição e seu rol de direitos, mas, em algumas situações é invocado como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. É uma nova faceta, agora amistosa, na

¹⁶⁷ “... é chegado o tempo de precisar o alcance das obrigações legislativas e judiciais dos Estados Partes em tratados de direitos humanos, de modo a combater com mais eficácia a impunidade. Há, ademais, que impulsionar os atuais esforços, no seio das Nações Unidas, tendentes ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional de caráter permanente” (CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Dilemas e desafios da proteção internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 1, 1997, p. 167-177). Recorde-se que Trindade escreve estas palavras às vésperas da criação do Tribunal Penal Internacional Permanente por meio do Estatuto de Roma de 1998.

¹⁶⁸ O Brasil já foi alvo de uma série de condenações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mormente pelo próprio estado em que se encontra o seu sistema prisional. O caso emblemático da Casa de Detenção José Maria Alves (Presídio Urso Branco), alvo de denúncia e condenação pela Corte no ano de 2002, é apenas um marco na ampla história de violações de direitos humanos por parte do Estado brasileiro.

¹⁶⁹ Trata-se do princípio da complementariedade do Tribunal Penal Internacional, conforme deduzido da leitura do preâmbulo e do art. 17 do Estatuto de Roma, internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

¹⁷⁰ Celso Luiz Ludwig, em texto reflexivo acerca da fundamentação dos direitos humanos, traz um importante lembrete sobre os perigos da passagem da fundamentação ao fundamentalismo, risco que, no final das contas, está presente em toda tentativa de universalização ético-valorativa e não apenas nas manifestações religiosas. Afirma o autor: “A atitude fundamentalista se apresenta em qualquer sistema na medida em que alguém ou uma ação se arvora a condição de portador exclusivo da verdade e da solução única para os problemas. Nesse caso, estamos diante de atitudes fundamentalistas. Pois, em geral, podemos dizer que o fundamentalismo não é uma doutrina, mas a forma de conceber uma doutrina, a forma de compreendê-la, de interpretá-la e principalmente a forma de vive-la, como verdade única, absoluta, fechada e imutável” (LUDWIG, Celso. *Direitos humanos: fundamentação transmoderna*. In: SILVA, Eduardo Farai; GEDIEL, José Antonio Peres; TRAUZYNSKI, Sílvia Cristina [orgs.]. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 16).

relação entre os direitos humanos e do direito penal”¹⁷¹. Ganha corpo a ideia de que os Estados não podem se subtrair à tarefa de dar aos direitos humanos “proteção suficiente”¹⁷².

Essa configuração não se restringe a aspectos teóricos e também não se concretiza *apenas* em termos de mandados de criminalização fundados em documentos internacionais, embora este último seja um relevante aspecto de sua manifestação¹⁷³. Ela opera *efeitos práticos* ainda mais diretos, como o constrangimento, por parte de cortes internacionais, para que os Estados cumpram

¹⁷¹ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 14, n. 62, São Paulo, set.-out. 2006. p. 9-55.

¹⁷² O princípio da proteção suficiente, conforme elucida Raquel Lima Scalcon, possui sua origem mais remota na Alemanha, quando da decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão em 25/02/1975, que decretou que “o § 281, introduzido no Código Penal Alemão pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal de 1974, o qual criava uma dirimente especial no aborto, sempre que realizado por um médico, com concordância da grávida e desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção”, excluindo-se a ilicitude da conduta dos agentes, era inconstitucional, calcando esta decisão no argumento de que “em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder alcançada de outra maneira, o legislador ordinário é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal”. Elucida ainda Scalcon que, no Brasil, esta teoria foi defendida primeiro Ingo Wolfgang Sarlet e depois por Douglas Fischer, Luciano Feldens e Lênio Luiz Streck, sendo posteriormente utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir voto vista no RE n. 418.376/MS, que tratava da possibilidade de “equiparação da união estável ao casamento para fins de incidência da hipótese de extinção de punibilidade nos tipos penais dos ‘crimes contra os costumes’, consubstanciada no art. 107, VII do CP”, em que “aduziu que, no caso, o reconhecimento de união estável e, por conseguinte, da incidência da hipótese normativa do Código Penal que ensejaria a extinção de punibilidade do agente, permitiria blindar, através da norma penal benéfica, uma situação de fato repugnada pela sociedade, ‘caracterizando-se na típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico’”. De modo bastante sucinto, define, por fim, a autora, que o referido princípio traz a “ideia baseada na distinção das funções dos direitos fundamentais com direitos de defesa e imperativos de tutela contra terceiros (também denominados deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado). Quando do cumprimento de tais deveres, realizar-se-ia um controle de constitucionalidade a partir do que se denominou “proibição da insuficiência” (*Untermassverbot*). Esse controle afirmaria o descumprimento ao imperativo de tutela “sempre que detectado um déficit constitucionalmente ilegítimo de proteção de um dos direitos fundamentais na relação jurídica em causa” (SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão? **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**, v. 1, n. 1, Porto Alegre, jul. 2009. p. 167-184). Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e da insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 47, ano 12, mar.-abr. 2014. p. 92-93; FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó [Org.]. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 311-331. Nesse último: “Nesses termos, um tal dever de proteção do direito pressupõe a adoção de medidas estatais de diversos signos (legislativas, inclusive) diante de ameaças provenientes de terceiros... Trata-se de uma orientação que vem se consolidando de forma cada vez mais explícita na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que já declararam que em situações determinadas, para fazer efetiva a tutela de direitos, o Estado deve sancionar penalmente aqueles que cometem agressões contra bens protegidos pelas respectivas Constituições intimidade, honra, vida privada etc.”.

¹⁷³ Sobre os mandados de criminalização fundados em documentos internacionais, ver tópico 2.1.2 *infra*.

com o dever de investigação e punição que lhes cabe como parte de sua responsabilidade, decorrente da aderência ao sistema regional de proteção de direitos humanos em que estão inseridos. A análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁷⁴ demonstra claramente este ponto, pelo que merece receber menção específica.

Segundo a jurisprudência da CIDH, os Estados possuem um dever de punição oriundo do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷⁵. Já em sua primeira sentença de mérito, a Corte estabeleceu seu entendimento neste respeito, afirmando:

166. A segunda obrigação dos Estados Partes é a de "garantir" o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como *consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos*¹⁷⁶.

Este posicionamento, reforçado por diversas decisões subsequentes, vai revelar a percepção da CIDH segundo a qual os Estados estão obrigados a *prevenir*

¹⁷⁴ O Brasil se submeteu à competência da CIDH por meio do Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002.

¹⁷⁵ A CADH foi promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Seu art. 1.1 rege: "Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".

¹⁷⁶ CIDH, **Caso Velásquez Rodrigues versus Honduras**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018 – grifos acrescentados. Na mesma decisão, assentou ainda que a responsabilidade internacional do Estado decorre não apenas em virtude de condutas imputáveis a alguns de seus agentes ou a decisões circunscritas à razão de governo, mas também em resultado da *negligência em atuar para prevenir e/ou punir violações* de direitos humanos praticadas por particulares sob sua jurisdição: "172. É então claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção".

razoavelmente as violações, *punir* de modo cabível estas e assegurar a *reparação* adequada. Esta concepção de um *dever* quase absoluto de castigar¹⁷⁷ inaugura uma significativa mudança na lógica do direito internacional público, em especial em sua relação do com o direito penal¹⁷⁸. Por um lado, enfraquece ou relativiza o poder que os Estados possuem, determinando, em certa medida, a matéria de proibição e o modo de gerenciamento das sanções em diversas situações tidas como violadoras de direitos humanos. Fragilizam, desse modo, uma das clássicas e viscerais características da soberania: a autonomia no exercício do poder de punir. Por outro

¹⁷⁷ Veja-se adicionalmente parte da decisão no caso “Niños de la Calle”: “228. Al confrontar los hechos de este caso con lo expuesto anteriormente, se puede constatar que Guatemala ha realizado diversas actuaciones judiciales sobre aquellos. Sin embargo, es evidente que los responsables de tales hechos se encuentran en la impunidad, porque **no han sido identificados ni sancionados** mediante actos judiciales que hayan sido ejecutados. **Esta sola consideración basta para concluir que el Estado ha violado el artículo 1.1 de la Convención**, pues **no ha castigado** a los autores de los correspondientes delitos. Al respecto, no viene al caso discutir si las personas acusadas en los procesos internos debieron o no ser absueltas. Lo importantes es que, con independencia de si fueron o no ellas las responsables de los ilícitos, el Estado ha debido identificar y castigar a quienes en realidad lo fueron, y no lo hizo” (CIDH, **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018 – grifos acrescentados).

¹⁷⁸ Exemplo nítido desta mudança são as decisões da CIDH acerca da Anistia. No caso *Barrios Altos versus Peru*, de 2001, a Corte avaliou a aprovação de duas leis de anistia, assinadas em 1995, impedindo a responsabilização de membros do Exército, da polícia e de civis por violações de direitos humanos cometidas entre 1980 e 1995, que terminaram deixando impunes os envolvidos nas ações de extermínio ocorrida em *Barrios Altos*, como a invasão de uma festa e o conseqüente assassinato de 15 pessoas, em 3 de novembro de 1991, parte do projeto de “estabilização” de Alberto Fujimori por meio de aniquilação de pessoas consideradas “subversivas”. Em sua decisão, a Corte firmou sua compreensão de que “considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrarias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (CIDH, **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018). Trazendo o debate para o cenário brasileiro, é preciso mencionar que a Corte declarou a Lei de Anistia Nacional (Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979) incompatível com a Convenção Americana, reforçando sua posição no sentido de que, mesmo que formalmente leis como a brasileira tenham sido promulgadas de forma válida, *qualquer obstáculo ao dever de investigar e punir será tido como inaceitável*. Ainda que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tenha entendido, no julgamento da ADPF n. 153, que a Lei de Anistia não feriu preceito fundamental, a Corte conclui que o STF, ao assim decidir, desconsiderou “as obrigações internacionais” a que o Brasil se encontrava vinculado, declarando ainda que a lei “carece de efeitos jurídicos” (CIDH, **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, §§ 177 e 180. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018). Para uma discussão doutrinária sobre o cabimento de anistias e as possibilidades de compatibilização com as Convenções de Direitos Humanos, tratando ainda de outras formas de concretizar o que ficou conhecido como “justiça de transição”, incluindo a formação de Comissões da Verdade, ver: ZOLO, Danilo. Peace through Criminal Law? **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, n. 3, 1 set. 2004. p. 727-734. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jicj/2.3.727>>. Acesso em: 4 jan. 2019; DISSENHA, Rui. Anistias como prática do direito internacional criminal e a complementaridade do Tribunal Penal Internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 1, n. 1, Curitiba, jan.-jun. 2005.

lado, esse mesmo processo reforça e amplia o poder punitivo, ao liberá-lo de suas amarras fronteiriças e permitir que concretize novas formas e novas regras de persecução penal, fundadas na cooperação internacional e na assunção de obrigações punitivas transnacionais¹⁷⁹.

Parece necessário enfatizar mais uma vez essa ideia de um *dever de punir* que constrange os Estados. Não se trata de um mero jogo de palavras. Castigar, privar cidadãos de alguns de seus direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção, por muito tempo foi entendido como um *poder* inerente ao Estado-nação (soberania), em substituição à vingança pessoal ou ao arbítrio do monarca¹⁸⁰. A concepção de um *dever* de punir era estranha ao desenho do direito penal antes desta faceta de sua internacionalização¹⁸¹, principalmente levando em conta um dever imposto por instituições supranacionais. Essa mudança é assinalada por Lafer ao analisar a criação do conceito de *genocídio* a partir dos tribunais internacionais de Nuremberg e Tóquio. Conforme destaca o autor, o *jus in bello*, do modo como desenhado pelo Direito de Haia e pelo Direito de Genebra¹⁸², não chegou a produzir efeitos sobre o

¹⁷⁹ Analisando os julgados da CIDH, Raquel da Cruz Lima conclui: “Acompanhando o desenvolvimento da jurisprudência, é possível verificar que, na análise do caso concreto, a Corte atribuiu aos Estados diversos compromissos específicos, derivados do dever geral de investigar e punir as violações a direitos protegidos na CADH. Geralmente identificadas na interpretação das garantias do devido processo, mas também tratadas entre as medidas de reparação, essas obrigações têm tanto uma dimensão negativa, ligada à vedação de barreiras para o funcionamento da justiça penal, quanto positiva, como é o caso do dever de tipificar condutas e de promover a cooperação jurídica internacional” (LIMA, Raquel da Cruz. **O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014).

¹⁸⁰ Como bem aponta Aury Lopes Jr., o processo penal não trata de um “direito” de punir (nem mesmo em ações privadas, muito menos em ações públicas ou condicionadas à representação, sob pena de se admitir uma absurda antropomorfização do Estado como ente coletivo que em si carrega os “interesses jurídicos” de todos), mas de uma *pretensão acusatória*. “Não se trata de uma pretensão que nasce de um conflito de interesses, mas, sim, do direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penar (Estado-juiz), tudo isso em decorrência do princípio da necessidade inerente à falta de realidade concreta do Direito Penal.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135)

¹⁸¹ Naturalmente não se deve confundir o princípio da obrigatoriedade, extraído da leitura do art. 24 do Código de Processo Penal brasileiro, com um dever de punir. O que este princípio evoca é o dever do Ministério Público de, nos casos de ação pública, presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, oferecer a denúncia. Em sua ausência, pode solicitar diligências complementares ou pedir o arquivamento, que deverá ser determinado pelo juízo. O que está em jogo, neste caso, é, no máximo, um dever de denunciar na presença dos requisitos legais, mas reforce-se que ele constrange o MP (que não faz parte do Poder Judiciário) e não se confunde, de maneira alguma, com um suposto dever de punir.

¹⁸² “Direito de Haia” e “Direito de Genebra” designam as convenções internacionais elaboradas no final do século XIX, posteriormente revisadas/ampliadas no início do século XX, contendo delimitações para o uso do poder bélico e proteção dos civis em tempos de conflito armado. Como Lafer destaca, essas convenções não chegaram a configurar os atos contrários às suas disposições, “antes de

direito penal. Foi com a concepção de *crimes de genocídio* e, ainda mais enfaticamente, dada à sua novidade, de *crimes contra humanidade*, delineados no Estatuto do Tribunal de Nuremberg¹⁸³, que se iniciou a configuração de um direito penal internacional¹⁸⁴, fundado na possibilidade de responsabilização criminal individual por violações de direitos humanos cometidas por aparatos organizados de poder e no dever dos Estados de prevenir, investigar e punir de modo diligente e eficaz tais violações.

Algo capaz de demonstrar claramente esta transição no modo de pensar a responsabilidade e a sanção por violações de direitos humanos é a decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Barcelona Traction*, de 1970. Sintetizando o cerne da discussão, tem-se que a Bélgica demandava a Espanha por prejuízos causados a acionistas (nacionais da Bélgica) de uma empresa canadense operando na Espanha, fundando seu argumento na ideia de que, quando um país aceita que uma empresa de outro país se instale em seu território, esse país se submete a leis internacionais e não somente ao que é acordado em tratados bilaterais ou estabelecido pelo “direito diplomático”. Como parte da discussão, foi trazido à tona o tema concernente à obrigação geral de proteção internacional a certo conjunto de direitos tidos como fundamentais, inclusive pela repressão penal. A CIJ afirmou em sua decisão:

Uma distinção essencial deve em particular ser estabelecida entre as obrigações dos Estados perante a comunidade internacional em seu conjunto e aquelas que nascem perante um outro Estado no âmbito da proteção diplomática. Por sua própria natureza elas dizem respeito a todos os Estados. Tendo em vista a importância dos direitos em causa, todos os Estados podem ser considerados como possuindo interesse jurídico na proteção desses direitos; as obrigações de que se trata são obrigações *erga omnes*. Essas *obrigações decorrem, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, de se considerarem ilícitos* os atos de agressão e de genocídio assim como de princípios e regras relativos aos

Nuremberg, como ilícitos penais” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 233).

¹⁸³ Na Convenção para Prevenção e Repressão de Crime de Genocídio, de 1948 (Promulgada no Brasil sob o Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952), foram definidas as condutas que se enquadram no conceito de genocídio (art. II). Já no caso dos crimes contra humanidade, sua autonomia foi suscitada nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, mas sua definição mais elaborada só foi construída no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional permanente. Vale ressaltar que sua configuração deve muito à jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* instaurados pelo Conselho de Segurança da ONU.

¹⁸⁴ Lafer se utiliza da expressão “direito internacional penal”. Sobre as diferentes perspectivas e a opção pelo uso de *direito penal internacional*, com a qual este trabalho se alinha, ver: DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 36 ss.

direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos correspondentes direitos de proteção passaram a integrar o corpo da lei internacional geral (Reservas à Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Opinião Consultiva, I.C.J. Relatórios de 1951, p. 23), outros são conferidos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal¹⁸⁵.

Note-se que a CIJ constrói o entendimento de que, devido à relevância destes direitos (universais ou quase universais na linguagem utilizada), surge uma obrigação automática, *erga omnes*, para que os Estados atuem de forma a proteger efetivamente esses direitos, inclusive pela tipificação penal das condutas que resultem ou possam resultar em sua agressão.

As consequências, os desafios e os riscos que esse novo entendimento trazem não podem ser ignorados¹⁸⁶. Vale a pena, desde já, ressaltar um aspecto importante no que toca a tipificação do genocídio. A Convenção para Prevenção e Repressão de

¹⁸⁵ Tradução livre de: “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951. p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character” (Barcelona Traction (Belg. v. Spain), 1970 I.C.J. 3 (Judgment of Feb. 5), §§ 33 e 34). Disponível em: <http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1970.02.05_barcelona_traction.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018 – grifos acrescentados.

¹⁸⁶ Além de dificuldades dogmáticas (normativas) e políticas, a proteção de direitos humanos por meio da gestão punitiva toma como resolvida a questão de fundamentação dos direitos humanos, o que além de incorreto é perigoso, uma vez que legitima a seletividade de sua atuação e emudece a discussão em torno das agressões *estruturais* a direitos humanos. Sobre este tópico, Celso Ludwig adverte de forma lúcida: “vivemos uma violação massiva e radical da condição humana. Enfim, vivemos uma violação dos direitos humanos, seja na ordem nacional, regional ou na ordem internacional nunca antes vista, e essa violação está atualmente na esfera da não satisfação das necessidades básicas da maior parte da população mundial [...] Primeiro, é importante dizer que estamos diante de uma crise de realidade. Não se trata de um problema que se coloca na ordem da eficácia ou ineficácia de determinado campo de atuação, seja ele político ou normativo. Para exemplificar, a dramaticidade do problema não diz respeito apenas, nem sequer em seu cerne, a eventuais ou reais deficiências de políticas públicas relacionadas a proteção de direitos humanos [...] o que ocorre é que a civilização moderna é que produz em sua lógica e em sua práxis relações sociais e sistêmicas de massiva violação dos direitos humanos. [...] Nessa ótica, o modelo dos direitos humanos na concepção da civilização ocidental, ou seja, como núcleo de legitimidade do ideal prático da civilização do capital, agora globalizado, tem elementos de falsidade que deslocam a problematidade dos direitos humanos apenas para dimensão de sua proteção” (LUDWIG, Celso. Direitos humanos: fundamentação transmoderna. In: SILVA, Eduardo Farai; GEDIEL, José Antonio Peres; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina [orgs.]. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 28; 30; 34).

Crime de Genocídio, de 1948, em seu texto original, no art. III, que trata das formas que a conduta individual pode tomar e ser enquadrada como genocídio, inclui na alínea e a modalidade *conspiracy*, típica da cultura jurídica do *common law* (com destaque para seu uso no direito norte-americano). Ao ser traduzido o texto da Convenção para o português (Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952), o legislador nacional se viu obrigado a “substituir” esta categoria por aquilo que entendeu ser o mais próximo em nosso vernáculo jurídico – “coautoria”. Ocorre, porém, que uma rápida passada pelos livros de doutrina penal brasileiros e pela jurisprudência criminal norte-americana revelarão significativas diferenças nos critérios usados para delinear cada uma destas formas de conduta. Não se trata de “mero” problema de linguagem. Trata-se de limites de imputabilidade enraizados em cada uma das distintas culturas jurídicas em que essas categorias são utilizadas. Uniformizá-las parecia, e ainda hoje parece, não factível, sem que ocorra, na realidade, uma sobreposição de uma pela outra. Foi o que acabou ocorrendo: a coautoria acabou sendo dada como equivalente à *conspiracy*, cujos contornos, ou liames, em termos da formação da prova inclusive, não correspondem com exatidão à coautoria conforme regradada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Daí, para que o efeito desta “tradução” se estenda, desconfigurando um elemento da tradição jurídica em que a lei, a doutrina e a jurisprudência brasileira foram forjados, passa a ser apenas uma questão de tempo. Mesmo sem desejar valorar essa fusão de elementos não fungíveis no momento, faz-se notar os riscos que ela traz.

O fato central para este tópico, porém, é de que a criação do conceito de genocídio (assim como de crimes contra humanidade) parece figurar como pedra angular, verdadeiro paradigma, para o direito penal internacional que emerge do segundo pós-guerra¹⁸⁷. De certo modo, é permitido comparar o movimento pelo qual o Estado-nação recebeu a exclusividade na abordagem punitiva dos conflitos internos ao exercício de sua soberania, a partir da renúncia à vingança pessoal ou familiar e

¹⁸⁷ Celso Lafer, em sua leitura da obra de Hannah Arendt, afirma que, no caso do genocídio praticado pelo regime nazista, trata-se de perceber um *novo* tipo de delito, a exigir uma *nova abordagem transnacional*. “Um crime burocrático insólito, engendrado pelo ineditismo da dominação totalitária que assume o ser humano como supérfluo e que tem, no campo de concentração, a instituição constitutiva do cerne do poder organizacional do regime. O genocídio, em outras palavras, não é uma discriminação... não é um assassinato em massa, não é um crime de guerra nem um crime contra paz. O genocídio é algo novo: um crime burocrático sem precedentes, cometido por pessoas ‘aterradoramente normais’ ... o genocídio representa um ‘ataque à diversidade humana como tal’... por isso, apenas um tribunal internacional, representativo da humanidade daria o devido realce...” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.p. 248-250)

da transferência ao poder punitivo estatal da prerrogativa inalienável sobre a segurança pública, ao movimento que leva a (incipiente) “comunidade internacional” a transferir a um poder punitivo internacional (ainda não claramente corporificado em todos os casos) o dever de agir para proteger o extrato relativamente consensual de direitos humanos (quase) universalmente reconhecidos.

Há, porém, uma outra face da relação entre direitos humanos e internacionalização do poder punitivo que precisa ser reconhecida, de cunho eminentemente processual. Ela se materializa no sentido da percepção de um extrato mínimo de garantias do acusado, galgadas agora ao patamar de direitos humanos. Esta materialização exige dos estados a compatibilização de seu sistema de justiça criminal com este extrato básico de direitos do indiciado ou acusado. Exemplo neste sentido pode ser extraído das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da CIDH acerca do direito de ser julgado num prazo razoável¹⁸⁸.

Outra amostra significativa, tomando em conta os efeitos do processo de internacionalização sobre a jurisdição nacional, no caso do Brasil, pode ser analisado estudando o direito ao duplo grau de jurisdição. Isso porque não há previsão *expressa* na Constituição Federal de 1988 acerca de um direito subjetivo a obter um reexame de todas as decisões condenatórias. Contudo, documentos internacionais que versam sobre direitos humanos estabeleceram este reexame como uma garantia mínima, passível de ser exigida dos Estados, ainda que não tenham previsto este direito em seu ordenamento positivo. Gustavo Badaró cita a previsão do art. 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (internalizado em nosso ordenamento por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992), em que se determina que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”. Também aponta para o que versa o art. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, promulgado no âmbito nacional a partir do Decreto n. 678,

¹⁸⁸ Aury Lopes Junior cita como paradigmáticas, tomando em conta a jurisprudência da CIDH, as decisões dos casos “Gimenez contra Argentina”, “Bronstein e outros contra Argentina”, “Garcés Valladares contra Equador” e, do ponto de vista do ordenamento jurídico pátrio, os casos “Damião Ximenes Lopes”, em que o Brasil foi condenado, pela Corte Interamericana, em 4 de julho de 2006, pela excessiva demora no processamento em caso de homicídio ocorrido em 1999 e o caso “Marcos Mariano da Silva”, que ficou preso por 13 anos sem sentença e cuja situação foi considerada, conforme ata de julgamento do REsp n. 802.435 (STJ), “o mais grave atentado à violação humana já visto na sociedade brasileira”. Embora este último caso não tenha sido julgado por uma corte internacional, o julgado faz referência ao consenso obtido com a jurisprudência da CIDH acerca de um direito humano à razoável duração do processo (LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 209-213).

de 6 de novembro de 1992) quando estabelece o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”¹⁸⁹.

No caso do duplo grau de jurisdição, a jurisprudência da CIDH estabeleceu que deve ser garantido “antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada” e, a partir dos casos *Mohamed versus Argentina* (julgado em 23/11/2012) e *Barreto Leiva versus Venezuela* (julgado em 17/11/2009), firmou o entendimento de que para afirmação do respeito ao direito humano ao duplo grau de jurisdição o recurso deve oferecer a possibilidade de reexame total da decisão recorrida, deve ser acessível, sem complexidades exacerbadas para sua admissibilidade, deve possibilitar a análise de questões fáticas (além de questões de direito) e deve respeitar outras garantias processuais mínimas. Ficou ainda estabelecido nestes julgados, entre outros, que o foro por prerrogativa de função não fere, *per si*, as garantias processuais galgadas ao patamar de direitos humanos mínimos, mas que mesmo nestes casos deve ser assegurado o acesso a um recurso nos termos apontados, manifestando-se a Corte no sentido de que a exigência é satisfeita quando existe previsão de recurso a uma outra turma do mesmo tribunal ou ao pleno, desde que aqueles que participaram do primeiro julgamento não estejam presentes na apreciação do recurso (conforme fica claro no caso *Liakat Ali Alibux versus Suriname*, julgado em 30/02/2014).

O que fica claro, com estes exemplos, para os fins da pesquisa aqui conduzida, é que os efeitos do processo de internacionalização do direito penal a partir da proteção de direitos humanos, alguns dos quais reforçam ou ampliam garantias ao acusado, não pode mais ser tratado como tema meramente excepcional, passando a integrar, de forma substancial, o sistema de justiça penal dos Estados. Cresce a percepção, inclusive, com a qual se conclui a discussão deste tópico, de que “adaptar a legislação e interpretação internas ao contexto internacional é [...] um sinal indicativo da evolução do modelo jurídico...”¹⁹⁰.

Compreendidas as forças que impactam de modo mais direto, mais próximo, a formação daquilo que se procura identificar como o processo de internacionalização do direito penal, é possível passar ao exame das vias fáticas de manifestação deste fenômeno, procurando analisá-las com vistas à experiência brasileira.

¹⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 52-55.

¹⁹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do CPP e a cooperação jurídica internacional. In: PAGLIARINI, Alexandre Couto; CHOUKR, Fauzi Hassan [coord.]. **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61.

2 AS VIAS DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: UM RETRATO LEVANDO EM CONTA A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A descrição do processo de internacionalização do direito penal pode ser feita desde uma série de critérios e a classificação resultante será, em grande parte, determinada pelo ângulo a partir do qual o fenômeno é estudado. Assim como não se pode esperar que todos os que visitam o Coliseu em Roma forneçam dele uma mesmíssima descrição, não se deve ignorar o fato de que a análise acerca das vias de manifestação da internacionalização do direito penal varia em decorrência do aspecto que se pretende apontar como capaz de dar ao fenômeno seu caráter distintivo.

Não raro opta-se, na literatura que trata do tema, por se diferenciar as formas de concretização deste processo por meio das categorias de *harmonização*, *unificação* e *uniformização* dos sistemas jurídicos envolvidos. Assim, unificação consiste na tentativa de “substituir direitos formalmente distintos (emanados ou não de distintas soberanias) ou corpos de regras de direitos distintas por um direito único ou um corpo único de disposições”. Seu exemplo prático mais arrojado em tempos recentes seria a tentativa de elaboração da Constituição Europeia¹⁹¹. De outro lado, uniformização consiste em “inserir nos direitos nacionais regras idênticas, mas não únicas, uma vez que são incorporadas a cada um dos direitos nacionais”. Seria o caso das diretivas (superada com o Tratado de Lisboa) no ambiente europeu e, em certo grau, a pretensão dos tratados que versam sobre violações de direitos humanos e o dever de criminalização segundo moldes determinados, quando não deixam margem para os países para que determinem além ou aquém desses moldes. Por fim, harmonização é “definida como a realização, pautada no respeito à pluralidade dos direitos estatais, de uma equivalência de regras nacionais, ou, mais precisamente, de uma equivalência de custos e benefícios socioeconômicos ou de situações jurídicas resultantes de sua aplicação”. Esta última opção é visualizada hoje na forma de organização da União Europeia e tende a ser a via mais utilizada por mecanismos de

¹⁹¹ A proposta final do tratado que estabelece uma Constituição para a Europa foi publicada em 2003 e assinada, após alterações, em 29 de outubro de 2004, em Roma. A enorme dificuldade em obter as ratificações, como demonstra o caso emblemático da recusa francesa e dos Países Baixos, culminou na substituição desta tentativa pela adoção do Tratado de Lisboa (com proposta significativamente mais modesta), de 2007, demonstrando que a via da unificação ainda encontra sérios obstáculos para produção de efeitos reais.

cooperação penal internacional, assim como por meio de instrumentos de *soft law*¹⁹², como recomendações e outros¹⁹³.

Ainda que esta classificação possua méritos inegáveis e permita uma categorização útil das vias de manifestação do fenômeno de internacionalização do direito penal, opta-se, na sequência deste trabalho, por uma classificação diferente, que se pretende capaz de abarcar de forma mais elucidativa os exemplos que serão analisados. Assim, o resultado da análise empírica dos efeitos da internacionalização do direito penal será dividido em três categorias: a via normativo-institucional; a via político-crimal e a via dogmático-instrumental.

2.1 A via normativo-institucional

Busca-se encampar com esta categoria as tentativas de criação de corpos normativos em matéria penal dotados de capacidade vinculativa supranacional, quer sejam tratados, convenções e demais documentos internacionais que contenham mandados de criminalização, quer se configurem como produto da atribuição de competência normativa penal outorgada para um órgão supranacional, como o Parlamento Europeu. Também corresponde a esta categoria a criação de instituições com competência para o processamento e julgamento de delitos internacionais,

¹⁹² O termo *soft law* aparece no direito internacional público no início da década de 1970. É extremamente difícil definir seu significado porque para cada critério eleito como traço característico parecem surgir, com o tempo, exceções que desconfiguram seu sentido. Quatro critérios “clássicos” de sua delimitação são: não pretender ser vinculante; possuir legitimidade internacional; figurar como elemento de compromisso; a conduta que respeite o instrumento *soft law* não pode ser considerada inválida. Ainda que coerentes, estes critérios não sobrevivem a um exame mais rigoroso e não esclarecem a competência para sua criação e a forma de sua elaboração e aplicação. Da mesma maneira, afirmar que são instrumentos que não pertencem às fontes formais do direito apenas permite a exclusão de alguns documentos, mas não auxilia na identificação clara dos que serão classificados como *soft law* e muito menos esclarece sua forma de elaboração e produção de efeitos. Com isso, não se pode ignorar o fato de que instrumentos que se colocam nos limites entre o político e o jurídico, sem pretender um efeito vinculante “tradicional”, mas que se revestem de forma jurídica, demandam execução de atos decisórios e servem de base para resolução de conflitos continuam a ser produzidos e operar efeitos significativos, precisando ser considerados como parte importante do fenômeno de internacionalização do direito penal. Parece correto afirmar que traduzem em si a característica típica já aventada neste trabalho, a partir das lições de Martti Koskeniemi, de que o direito internacional se encontra justamente na clivagem mais profunda entre concretude e normatividade, ou seja, entre as esferas do político e do jurídico. Exemplo típico desses instrumentos são as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e seu impacto nas legislações dos países que buscam se adequar a estas, no que diz respeito a persecução criminal do branqueamento de capitais (MACHADO, Maira Rocha. *Op. cit.*, p. 46-51).

¹⁹³ MACHADO, Maira Rocha. *Op. cit.*, p. 25-29.

notadamente os Tribunais Penais Internacionais, entre os quais se sobressai o Tribunal Penal Internacional permanente, criado por meio do Estatuto de Roma de 1998 e que entrou em vigor em 2002.

No exame a seguir exposto, receberá atenção inicial a experiência europeia, já que a “Europa é um laboratório de integração privilegiado, tanto em análise [...] quanto em tese”¹⁹⁴, no sentido de que o estágio avançado do projeto de integração normativa em que se encontra permite uma percepção interessante acerca dos efeitos, riscos e perspectivas dessa modalidade de internacionalização do direito penal¹⁹⁵. Indo adiante, serão trazidos comentários sobre o Mercosul e se examinará o impacto dos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos na gênese e modificação de normas incriminadoras no Brasil, tomando em conta o período que segue a promulgação da Constituição Federal vigente até os nossos dias. Por fim, ainda neste tópico, o tema da criação dos Tribunais Penais Internacionais será abordado.

2.1.1 Integração europeia e direito penal

As condições de possibilidade para um direito penal supranacional só se tornaram factíveis recentemente. Por uma série de razões que estão implícitas na discussão trazida no Capítulo 1 e que não necessitam ser aqui repisadas, a mera ideia de um corpo normativo em matéria penal criado por um órgão superior aos estados era crivada de obstáculos no mundo anterior à queda do muro de Berlim¹⁹⁶. Porém, ao longo do final do século XX e início do século XXI, essas condições de possibilidade foram se materializando. O palco privilegiado para isso foi a União Europeia, motivo pelo qual é apropriado iniciar as investigações deste tópico descrevendo como se

¹⁹⁴ VENYURA, Deisy *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Integração regional e direito penal**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 211.

¹⁹⁵ Neste mesmo sentido: “o modelo europeu constitui-se em última análise na experiência mais avançada de cooperação e harmonização internacionais, particularizando-se por reunir um espaço institucional comum, a União Europeia, e introduzir inovadores instrumentos para sua efetivação, como as figuras das decisões-quadro ou das diretivas uniformizadoras, o reconhecimento de sentenças estrangeiras (reconhecimento mútuo), o mandado de segurança europeu ou a dispensa de dupla tipicidade” (CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Op. cit.*, p. 81).

¹⁹⁶ Houve a tentativa, em 1952, de criar, no ambiente político-jurídico europeu em construção, um órgão supranacional com competência em matéria penal – a Comunidade Europeia de Defesa. O projeto nunca deixou o mundo das ideias para materializar efeitos reais.

construiu (sem que o projeto esteja completamente finalizado) uma competência normativa em matéria penal dentro do âmbito europeu.

De início a União Europeia foi formada por uma série de comunidades voltadas a superar barreiras nacionais com fins eminentemente econômicos. Assim, em 1951, foi assinado o Tratado constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, fundada em interesses comuns de integração econômica, visando uma futura união política. Em 1956, o *Informe Spaak* recomendava a integração econômica de forma ainda mais amplificada, resultando nos Tratados Constitutivos da Comunidade Econômica Europeia (TCEE) e da Comunidade Europeia de Energia Atômica (TCEEA). Anos mais tarde, em 1986, a Ata Única Europeia atribuía ao Parlamento Europeu tarefas relacionadas à cooperação normativa e ao Conselho Europeu competência em matéria orçamentária. Poucos anos depois, em 1992, o Tratado da União Europeia foi assinado em Maastricht, instituindo a Comunidade Europeia e a União Europeia (esta última formada por três comunidades – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Comunidade Europeia e Comunidade Europeia da Energia Atômica). Fundava-se a estrutura que regularia a União Europeia a partir de três pilares: as três comunidades, a política exterior e de segurança comum e a cooperação policial e judicial em matéria penal. Com o Tratado de Amsterdã, de 1997, a União Europeia¹⁹⁷ adquire seu contorno mais definido, ficando a Comunidade Europeia apenas como um de seus braços¹⁹⁸.

Durante muito tempo a competência da União Europeia (doravante UE) em matéria penal foi contestada. Para entender as razões disso, é preciso compreender a forma como se estruturam, num primeiro momento, as diferentes funções atribuídas aos órgãos da UE. Esta estrutura foi dividida em três pilares: da Comunidade Europeia, da Política Externa e de Segurança Comum e o de Justiça e Assuntos Internos. O primeiro pilar, de caráter supranacional, cuidava de questões atinentes ao mercado comum, união monetária, desenvolvimento harmônico, questões relacionadas ao emprego e proteção social, qualidade do ambiente e outros. Em geral, não se fala de competência atribuída ao âmbito do primeiro pilar, mas em objetivos a serem alcançados. O segundo pilar teve suas funções atribuídas pelo art. 11 do

¹⁹⁷ A União Europeia é formada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia, a Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o Tribunal de Contas Europeu.

¹⁹⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 32-33.

Tratado da União Europeia (TUE) e se estende a todos os temas relacionados à política externa e de segurança, notadamente a questão relacionada à paz e à segurança dos países membros, ao fomento à cooperação internacional e ao respeito às liberdades e garantias fundamentais. Os meios jurídicos por meio dos quais estes objetivos deveriam ser alcançados exigiam, segundo o TUE, decisão unânime do Conselho. O terceiro pilar, por sua vez, abrangia a cooperação policial e judicial em matéria penal. Assim como a matéria abrigada pelo segundo pilar (não comunitário) seus mecanismos não são, nos termos do TUE, de competência da Comunidade Europeia, mas emanam de mecanismos de cooperação entre os Estados. O Tratado de Amsterdã atribuiu a matéria acerca da livre circulação de pessoas ao primeiro pilar, objetivando criar um “espaço de liberdade, segurança e justiça” (art. 29 do TUE). Conforme resume Heloisa Estellita, a organização política da UE nos termos até aqui analisados dividem-se em mecanismos de integração supranacional (primeiro pilar) e cooperação (segundo e terceiro pilares)¹⁹⁹.

O direito que emanava do primeiro pilar, conhecido como direito comunitário, era formado pelos Tratados e Convenções com valor normativo superior ao direito interno, dependendo de sua vigência da ratificação de cada Estado (direito comunitário originário) e pelas instituições comunitárias (regulamentos, diretivas, recomendações e pareceres – direito comunitário secundário). Entre esses, as diretivas, que prescindiam de transposição normativa para aplicação no direito interno (harmonização), foram tomadas como base precursora para a criação de um verdadeiro direito penal comunitário europeu. Seus efeitos diretos estavam subordinados, além de requisitos específicos para sua confecção, à adoção pelos estados de medidas efetivas para harmonizar suas legislações internas com estas diretivas, ou a passagem do lapso temporal concedido para transposição. Como as normas comunitárias gozam de primazia, surgia um efetivo mecanismo de constrição do direito nacional a padrões supranacionais (comunitários). Este cenário dava vazão a três teses distintas acerca da competência em matéria penal da Comunidade Europeia (no primeiro pilar): negação total; negação à possibilidade de criação direta de normas penais, entendendo possível, porém, os mandados de criminalização incidentes sobre bens jurídicos propriamente comunitários ou que influenciam o funcionamento da comunidade; reconhecimento de plena competência em matéria

¹⁹⁹ Ibidem, p. 38-41.

penal. A tese dominante era a primeira, fundamentada, primordialmente, na ausência de legitimidade democrática (déficit democrático) das instituições europeias. Tal argumento, explica Estellita, perdeu força com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã (1999), que concedeu ao Parlamento Europeu “papel decisivo na produção normativa comunitária”, porém o próprio Parlamento acabou reconhecendo expressamente que a Comunidade não detinha competência em matéria penal quando aprovou a Resolução PE-T5-0368/2003, delegando a discussão sobre a criação de normas penais comunitárias à Conferência Intergovernamental. Com isso, ficava sepultada a discussão acerca da possibilidade de criação direta de normas penais pela Comunidade Europeia²⁰⁰.

A outra questão, acerca da possibilidade de harmonização do tratamento penal dos Estados membros com base em diretivas, já possui resposta diametralmente oposta. Parece não haver margem para dúvida sobre a efetiva possibilidade de que diretivas estabelecessem o dever de impor sanções penais a determinadas condutas, embora muitas apenas determinassem de modo genérico a necessidade de combate a determinadas práticas lesivas, sem a absoluta obrigatoriedade de que isso fosse levado a cabo por meio do direito penal. Ainda assim, é interessante notar a forma como o uso das diretivas já possuía o condão de alterar a aplicação do direito penal interno dos Estados membros, o que faz com que, para os termos do estudo do processo de internacionalização, este momento já pudesse ser considerado como de extrema relevância, ainda que a competência para a criação direta de normas penais ainda restasse, conforme se viu, afastada²⁰¹.

²⁰⁰ Ibidem, p. 64-68.

²⁰¹ Estellita cita um exemplo de decisão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia que elucida muito bem este efeito, razão pela qual se justifica a longa citação: “... Acórdão da Sexta Seção do TJCE, acerca dos limites de transposição da diretiva para o direito belga. O caso chegou ao TJCE por via de questões prejudiciais suscitadas pelo órgão judicial belga, no âmbito de ações penais contra alguns cidadãos acusados da prática dos crimes previstos nos artigos 181 a 183 e 189 da Lei de 4 de Dezembro de 1990, relativa às operações financeiras e aos mercados financeiros, e que definem o crime de abuso de informação privilegiada. A lei em tela foi a responsável pela transposição da Diretiva 89/592/CEE para o direito nacional belga. Segundo o acórdão, nas reuniões de 22 de agosto e 10 de outubro de 1995, o Conselho de Administração da empresa *Ter Beke NV* examinou a viabilidade de aquisição do *Chilled Food Business*, um departamento da *Unilever Belgium*. Em 14 de setembro do mesmo ano, foi apresentada uma oferta indicativa e, em 19 de dezembro, o Conselho de Administração da *Ter Beke NV* aprovou proposta de aquisição daquele departamento. Em 5 de março do ano seguinte, foi assinada declaração de intenções entre esta empresa e a *Unilever Belgium* que foi tornada pública no mesmo dia. Após o anúncio, a cotação de ações da *Ter Beke* teve aumento de 15,3%, no período entre 5 e 18 de março de 1996, passando de 2800BEF a 3230BEF. Em 14 de maio, foi assinado o contrato de aquisição da *Chilled Food Business*. Os acusados tinham assento no Conselho de Administração da *Ter Beke*, sendo um deles, ainda, membro do comitê de direção da empresa. Entre 6 e 8 de fevereiro de 1996, os acusados deram ordens para a aquisição de ações da *Ter Beke* no valor de 2590BEF. Por essa

Com a edição de novos documentos internacionais que regularam o funcionamento da União Europeia (assim como a jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁰²), a competência em matéria penal passou a possuir contornos mais

razão, o Ministério Público intentou ações penais sob fundamento de que, ao adquirirem as ações antes de se tornar pública a declaração de intenções entre as duas empresas, fizeram uso ilegal de informação privilegiada, em violação ao disposto nos artigos 181 a 183 e 189 da Lei de 1990. Os acusados alegaram, na defesa, que essa lei seria incompatível com a Diretiva 89/592, à medida que, ao definir o crime de abuso de informação privilegiada, o fez de forma mais rigorosa do que a referida diretiva e afirmaram ainda que as informações de que dispõem as sociedades gestoras de carteiras de título não constituem informações privilegiadas suscetíveis de serem alcançadas pela previsão legal do delito, restando violado, assim, o disposto no artigo 6 da Diretiva, que somente autoriza os Estados-Membros a fixar disposições mais rigorosas do que aquelas previstas na diretiva *quando tais disposições tiverem alcance geral*. De fato, o governo belga, ao transpor a Diretiva para ordenamento nacional, estabeleceu disposição mais rigorosa. Enquanto a Diretiva exigia que a exploração da informação privilegiada se fizesse ‘com conhecimento de causa’, a Lei belga de 1990, em seu artigo 182, n. 1, não exigiu o conhecimento de causa, satisfazendo-se com a ciência, ou com a não razoabilidade da ignorância, de que a informação é privilegiada e de que pode causar influência na cotação dos valores mobiliários. Quanto a este ponto, decidiu o TJCE pela legitimidade de tal disposição, desde que genérica, isto é, de aplicação na forma do previsto no artigo 6 da Diretiva. Por outro lado, em mais um ponto a lei belga distanciou-se da disciplina comunitária: ao introduzir, na definição de informação privilegiada, precisões suplementares àquelas contidas no artigo 1 da Diretiva, e excluir dessa categoria as informações de que dispõe as sociedades gestoras de carteiras de títulos. Ou seja, a legislação belga previu tratamento mais rigoroso para o crime de abuso de informação privilegiada e, ao mesmo tempo, concedeu benefício a determinada categoria, ou seja, às sociedades gestoras de carteiras de títulos, em exceção específica à definição mais rigorosa. Por isso, o órgão judicial belga questionou o TJCE acerca da interpretação a ser dada ao artigo 6 da Diretiva e dos seus efeitos no que tange à aplicabilidade da legislação nacional. A tal questionamento respondeu o Tribunal que *o juiz nacional deveria deixar de aplicar as disposições mais rigorosas relativamente a todas as pessoas que a ela estariam sujeitas*” (ibidem, p. 70-72).

²⁰² As decisões do Tribunal de Justiça foram fundamentais em assentar a capacidade do direito comunitário de derrogar a aplicação do direito penal nacional, mesmo quando a norma interna podia ser subsumida de forma clara a conduta em juízo e quando as razões de política criminal divergiam substancialmente, se comparadas à posição adotada pelo direito comunitário. O primeiro e, provavelmente mais citado caso, é o Acórdão *Sail*, de 1972, que versava sobre a inaplicabilidade, frente ao direito comunitário, da norma interna que atribuía exclusividade de venda e distribuição de leite para consumo em regiões da Itália (a decisão poder ser lida em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61971CJ0082&from=EM>>. Acesso em: 29 out. 2018). Outro exemplo: no caso *Hammarsten versus Suécia*, discutiu-se a possibilidade de cultivo da *cannabis* para fins industriais e a obtenção de auxílio monetário estatal. As razões apresentadas pelo governo sueco para proibição do cultivo foram completamente alicerçadas em termos de saúde pública, enquanto o argumento do Sr. H. fundamentava-se unicamente na autorização em termos de política agrícola comunitária. É claro que as questões que envolvem o uso da *cannabis* como estupefaciente foram abordadas no julgamento e o critério objetivo de concentração de THC (0,3%) tiveram impacto importante na decisão, mas é de se notar que o acórdão, favorável a compreensão de que a norma de direito interno sueca não poderia contradizer a autorização da regra comunitária, foi basicamente tomada levando em conta a superioridade normativa da norma comunitária e a adequação da conduta a esta. Neste sentido, *cabere reconhecere que o uso da norma comunitária, em mais de um caso, teve um efeito descriminalizante que não pode ser ignorado pela presente pesquisa* (conteúdo da decisão no caso *Hammarsten* pode ser lido em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0462&from=ES>>. Acesso em: 29 out. 2018). Outro caso emblemático neste sentido é o do Senhor *Aver*, austríaco de origem e naturalizado francês, que obteve licença para praticar a profissão de veterinário em Parma. Negada a sua inscrição no Colégio de Veterinários, começou a exercer seu ofício em Mulhouse (França), sendo processado várias vezes pelo delito de exercício irregular de profissão regulamentada. Diante de duas Diretivas da Comunidade Europeia, datadas de 1978, que versavam sobre reconhecimento recíproco do título de veterinário e sobre a coordenação das normas

definidos, permitindo a Pedro Caeiro afirmar que “hoje é inequívoco que a UE é titular de uma jurisdição penal autónoma”²⁰³. Esta afirmação é calcada no que dispõem os arts. 1º, 2º e 83º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia²⁰⁴. Ainda assim,

nacionais sobre o exercício da profissão, o Sr. Aver alegou que normativa comunitária deveria ser aplicada para outorgar-lhe a possibilidade de exercer o ofício na França. Em julgamento datado de 8 de março de 1984, o Senhor Aver foi absolvido das acusações que pesavam sobre si neste tópico sob o argumento de violação do direito comunitário. Ainda que a norma incriminadora do exercício irregular de profissão não tenha sofrido nenhuma modificação, seu espectro de incidência foi limitado claramente pela aplicação do direito comunitário (princípio da primazia) (ESTELLITA, *Op. cit.*, p. 142-143). Por fim, mas não menos importante, cite-se o caso *Bordessa*, que versou sobre a lei interna espanhola que criminalizava a remessa de numerário acima de determinada quantia sem prévia autorização, confrontada com a diretiva que impunha aos Estados o dever de suprimir as restrições sobre a circulação de capital e cuja decisão pelo Tribunal de Justiça assentou a possibilidade de que as normas de direito comunitário sejam invocadas perante os tribunais nacionais com o fito de que estes reconheçam um direito subjetivo oriundo daquelas normas e se refreiem de aplicar o direito interno (a decisão pode ser lida em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994CC0163&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2018) Tanto Heloísa Estellita (*Op. cit.*, 146-147) quanto Jesús-María Silva Sanchez (**A expansão do direito penal: aspectos da política criminal sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 103) aludem ao caso ao tratar dos efeitos da integração regional sobre a feição do direito penal internacionalizado.

²⁰³ CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos [Orgs.]. **Estudos em homenagem do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Portugal: Coimbra, 2012. V. III – Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo. p. 180.

²⁰⁴ “1. O presente Tratado organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências. 2. O presente Tratado e o Tratado da União Europeia constituem os Tratados em que se funda a União. Estes dois Tratados, que têm o mesmo valor jurídico, são designados pelos termos ‘os Tratados’.

Artigo 2º

[...]

4. A União dispõe de competência, nos termos do Tratado da União Europeia, para definir e executar uma política externa e de segurança comum, inclusive para definir gradualmente uma política comum de defesa.

Artigo 83º

1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.

São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. O Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

2. Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa. Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medidas de harmonização em causa. Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para adoção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76º.”

embora alguma doutrina enxergue hoje uma “base sólida para adoção, através de regulamentos, de normas penais em sentido próprio, com incriminações e sanções diretamente aplicáveis... que legitimaria um direito penal verdadeiramente supranacional da UE”, Pedro Caeiro sustenta que não é necessariamente assim e entende que os conflitos de jurisdição (positivos e negativos) só podem ser resolvidos tomando a competência da UE como metajurisdição, ou seja, como competente para impor deveres relacionados à edição de normas primárias e regras de aplicabilidade, ou seja, o “poder de determinar, sob certas condições, os poderes (estatais) que determinam os sistemas jurídico-penais internos”²⁰⁵.

Sendo esta a situação atual, o direito penal europeu assenta-se sobre o reconhecimento mútuo²⁰⁶ e sobre a harmonização. Acerca do reconhecimento mútuo, este depende de uma decisão com caráter constitutivo por parte do Estado reconhecente. Isso significa que, diferentemente do que se operava no direito comunitário (primeiro pilar), em que diretivas ou decisões-quadro eram adotadas tomando como âmbito de aplicação todo o espaço europeu, o reconhecimento mútuo volta-se para mecanismos de cooperação bilateral, muito similar aos moldes da cooperação clássica²⁰⁷. Situação diferente ocorre quando considerado o reconhecimento mútuo a partir da regra do *ne bis in idem*, consagrada no art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais. Nestes casos, o reconhecimento, obrigatório para o todo o território da UE, pode significar a alvorada de uma verdadeira justiça penal comum, quando em pauta os “crimes europeus”, assim definidos no art. 83 do Tratado

²⁰⁵ CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORRÊIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos [Orgs.]. **Estudos em homenagem do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Portugal: Coimbra, 2012. V. III – Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo. p. 182-183.

²⁰⁶ O princípio de reconhecimento mútuo, na dicção de Pedro Caeiro, tem a seguinte conceituação: “uma decisão de uma autoridade nacional que tenha legítimos efeitos extraterritoriais e que convoque o direito europeu deve ser automaticamente aceita e implementada nos restantes Estados-membros” (CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão. **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia**. Braga: Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos, Universidade do Minho, dez. 2017. p. 35). Maria Fernanda Palma afirma que o reconhecimento mútuo de sentenças se baseia na seguinte ideia: “apesar de outro Estado poder não tratar uma certa matéria da mesma forma ou até de forma semelhante, os resultados devem ser tais que possam ser aceites como equivalentes à decisão de um certo Estado” (PALMA, Maria Fernanda. O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa [coord.]; RAMOS Vânia Costa [colab.]. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: conferências. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 11).

²⁰⁷ Podendo ser classificada meramente como “cooperação mais intensa” (PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, p. 38).

sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), ou ainda na prevalência do direito supranacional sobre o poder punitivo do Estado que pretende a segunda persecução penal. O que enfraquece, porém, o *ne bis in idem* de funcionar de forma plenamente efetiva, na visão de Caeiro, é a falta de critérios (pressupostos) para definição do “melhor foro possível” para processamento dos casos em que há conflito positivo.

No que toca à harmonização no direito penal europeu contemporâneo, ganha prestígio a ideia de adoção de “regras mínimas”, ou seja, “um mínimo de conteúdo para as incriminações e de mínimos de pena para os crimes indicados no artigo 83 do TFUE”²⁰⁸. Assim, por exemplo, a Diretiva 2014/62/EU, além de afirmar que é “essencial assegurar que, em todos os Estados-Membros, sejam adotadas medidas de direito penal eficazes e eficientes para proteger adequadamente o euro ou qualquer outra moeda cuja circulação esteja legalmente autorizada” (Ponto 3), determina que “a produção de notas e moedas contrafeitas e a respetiva distribuição deverão constituir infrações penais. Os atos preparatórios importantes dessas infrações, por exemplo, a produção de instrumentos e componentes para a contrafação, deverão ser punidos de forma independente” (Ponto 10). A diretiva vai além, definindo como delito outras condutas e estabelecendo que a “intenção deverá fazer parte de todos os elementos constitutivos das infrações penais previstas na presente diretiva” (Ponto 14). Por fim, ainda determina que “o nível mínimo do limite máximo da pena de prisão prevista na presente diretiva para as infrações penais nela enunciadas deverá ser aplicado, pelo menos, às formas mais graves desses tipos de infrações”²⁰⁹.

²⁰⁸ Ibidem, p. 40.

²⁰⁹ Entre os artigos da diretiva merecem destaque os seguintes:

“Artigo 3º – infrações penais

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os seguintes atos sejam puníveis como infrações penais, quando cometidos intencionalmente:

O fabrico ou alteração fraudulentos de moeda, independentemente dos meios utilizados;

b) A colocação fraudulenta em circulação de moeda contrafeita;

c) A importação, a exportação, o transporte, a recepção ou a obtenção de moeda contrafeita a fim de a pôr em circulação com conhecimento de que a mesma é contrafeita;

d) O fabrico, a recepção, a obtenção ou a posse fraudulentos de:

i) instrumentos, objetos, programas e dados informáticos, bem como de quaisquer outros meios que se prestem, pela sua natureza, à contrafação ou alteração de moeda, ou

ii) elementos de segurança, como hologramas, marcas de água ou outros elementos da moeda que sirvam de proteção contra a contrafação.

[...]

Artigo 5º – sanções aplicáveis às pessoas singulares

1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os atos referidos nos artigos 3º e 4º sejam puníveis com sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

2. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas no artigo 3º, n. 1, alínea d), as infrações referidas no artigo 3º, n. 2, e as infrações referidas no artigo 3º, n. 3, que estejam relacionadas com os atos referidos no artigo 3º, n. 1, alínea d), sejam

Situação mais delicada, no que diz respeito a esta harmonização como estabelecimento de “regras mínimas”, tem que ver com a compatibilização de direitos fundamentais previstos nas Constituições dos Estados membros quando o seu conteúdo interfere, ou poderia interferir, na aplicação do instrumento europeu. O caso paradigmático neste sentido é a decisão do Tribunal de Justiça (TJ) acerca da entrega de *Stefano Melloni* à Itália, após sua detenção na Espanha. Melloni havia sido condenado à revelia e opôs-se à sua entrega em virtude de o sistema italiano não prever meio de impugnação da sentença transitada em julgado, alegando que a efetivação de sua entrega violaria o direito a um processo justo e equitativo, previsto na Constituição espanhola no art. 24. A decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu²¹⁰ determinava a necessidade de entrega. O TJ foi chamado a responder, principalmente, sobre a possibilidade de aplicar a norma constitucional espanhola, recusando a entrega, de maneira a tornar efetivo um nível de proteção mais elevado do que o previsto na Carta dos Direitos Fundamentais europeia. O TJ se manifestou em sentido negativo, afirmando que o artigo 53º da referida Carta²¹¹

puníveis com uma sanção máxima que implique a prisão.

3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas no artigo 3º, n. 1, alínea a), e no artigo 3º, n. 3, que estejam relacionadas com os atos referidos no artigo 3º, n. 1, alínea a), sejam puníveis com uma pena de prisão cujo limite máximo seja de, pelo menos, oito anos.

4. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infrações referidas no artigo 3º, n. 1, alíneas b) e c), e no artigo 3º, n. 3, que estejam relacionadas com os atos referidos no artigo 3º, n. 1, alíneas b) e c), sejam puníveis com uma pena de prisão cujo limite máximo seja de, pelo menos, cinco anos.

5. No que respeita à infração referida no artigo 3º, n. 1, alínea b), os Estados-Membros podem prever sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas diferentes da referida no n. 4 do presente artigo, incluindo multas e penas de prisão, se as notas ou moedas contrafeitas tiverem sido recebidas sem conhecimento de que são contrafeitas, mas passadas com conhecimento da contrafeição.”

²¹⁰ O mandado de detenção europeu (MDE) é um processo de entrega judiciária entre Estados Membros simplificado, com o objetivo de julgar ou executar uma pena de prisão ou uma ordem de detenção. Um mandado emitido pela autoridade judiciária de um país da UE é válido em todo o território da UE. O mandado de detenção europeu tem estado em funcionamento desde 1º de janeiro de 2004. Este processo substituiu os processos de extradição entre países da UE. Consiste no pedido de uma autoridade judicial de um país da UE no sentido de deter uma pessoa em outro Estado Membro e entregá-la para efeitos de instauração de ação penal ou de execução de pena (ou medida de segurança) privativa de liberdade decretada pelo solicitante. O mecanismo, claramente alicerçado no princípio do reconhecimento mútuo, está disponível em todos os países da UE.

²¹¹ “Artigo 53º – nível de proteção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”

não dá abrigo à possibilidade de um Estado negar a entrega sob fundamento de uma maior proteção de direitos fundamentais do que a prevista pela própria Carta²¹². Neste sentido, estabeleceu esta última “como parâmetro máximo de proteção dos direitos fundamentais”²¹³.

Cabe, então, após esse breve exame da experiência europeia na estruturação de um direito penal comunitário (ou regional, como se queira), uma avaliação prévia dos riscos e perspectivas que esta criação traz e poderá trazer no futuro. Dos muitos aspectos que podem ser trazidos à baila, dois serão aqui destacados: a possibilidade de incoerência e o corte de direitos fundamentais “por baixo” (redução de garantias). Isso sem esquecer, naturalmente, o que já se destacou quanto ao efeito descriminalizante que o uso do direito comunitário inegavelmente alcançou em determinadas áreas²¹⁴.

Tratando da incoerência entre o sistema de gestão criminal ordenado pelos documentos europeus e o direito interno, Pedro Caeiro destaca que, diferente de contradições internas, que em certa medida são “naturais” nos sistemas jurídicos e podem ser remediados por uma série de medidas, a contradição capaz de ser produzida pelo confronto entre o direito comunitário e o direito interno em matéria penal é diferente. Nesta, “os titulares dos sistemas penais nacionais (os Estados-membros) não gozam de autonomia e autarquia para avaliar e substituir, ou eliminar, o corpo estranho que produz uma resposta incoerente”. São vários os exemplos de possíveis incoerências, variando em grau de gravidade. A incoerência mais grave ocorre quando o “elemento europeu não se coaduna com certos aspectos fundamentais do ordenamento nacional – nomeadamente, embora não exclusivamente, com os princípios constitucionais em matéria penal”. Já se avaliou um exemplo prático quando citado o caso da entrega do Sr. Stefano Melloni. Em muitos casos, a norma que transpõe a injunção europeia para o direito interno cria respostas diferentes para situações análogas, colocando em xeque a isonomia, um dos princípios basilares do Estado de Direito. Pedro Caeiro cita como exemplo

²¹² Decisão disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0399&from=IT>>. Acesso em: 20 out. 2018.

²¹³ CAEIRO, Pedro. A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu. **O espaço de liberdade, segurança e justiça UE: desenvolvimentos recentes**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013. p. 248-250.

²¹⁴ Haveria ainda a expectativa de que o direito comunitário pudesse operar o definitivo abandono de penas “medievais”, como a pena capital e a prisão perpétua, mas esse efeito (ainda) não se mostra visível num horizonte próximo.

(levando em conta o direito português) plausível a normativa europeia que impusesse, como efeito automático e necessário da condenação por certo tipo de fraude, a proibição de participar em concursos públicos, tomando em conta que a norma constitucional prevista no ordenamento penal de Portugal veda tal aplicação de penalidade automática e obrigatória. Estas incoerências só podem ser remediadas antes da aprovação dos instrumentos europeus (ou de sua ratificação pelo Estado membro)²¹⁵.

Tratando do outro risco aventado, Jesús-María Silva Sanchez fez, já há alguns anos, um prognóstico preciso acerca do que se poderia esperar de um direito penal emoldurado pelos processos de globalização e integração regional. Em sua visão, estar-se-ia diante de um direito significativamente menos garantista e crescentemente unificado. A necessidade de responder à delinquência característica da globalização (delinquência dos poderosos, delinquência econômica, delinquência organizada) traria a lume a concepção de um direito significativamente “punitivista”, sequioso de eliminar quaisquer lacunas de punibilidade (ainda que hipotéticas ou retóricas). Conforme afirma o jurista espanhol “é bem provável que o Direito Penal global resulte em um conjunto mais repressivo do que qualquer que seja dentre os sistemas que haja contribuído com sua gênese”²¹⁶. A homogeneização de regras da Parte Geral²¹⁷, com a “contribuição” de teorias do *common law* e a “necessária” relativização de princípios e garantias do direito (e processo) penal de matriz iluminista ou liberal seriam consequências inarredáveis da necessidade de harmonização que a demanda por um direito penal integrado, comunitário, criariam, segundo sua visão. A descoberta de novos bens jurídicos (como o orçamento europeu) e a obrigatoriedade do uso crescente de técnicas de remissão, capazes de sincronizar o direito interno com o direito comunitário, geram um tensionamento cada vez mais grave com o princípio da reserva legal e criam um quadro de poder punitivo supranacional de feição bastante preocupante em termos de garantias fundamentais.

²¹⁵ CAEIRO, Pedro. A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu. **O espaço de liberdade, segurança e justiça UE: desenvolvimentos recentes**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013. p. 251-253.

²¹⁶ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

²¹⁷ Vale lembrar, como amostra da (escassa) experiência latino-americana em termos de integração (harmonização regional) em matéria penal, que na década de 1960 intentou-se a criação de um Código Penal Tipo para América Latina, que de fato foi materializado em 1967, mas que por fim foi abandonado.

Não bastasse, a tendência de amplificação se verifica também na aceitação crescente da responsabilidade penal da pessoa jurídica, do uso ampliado da responsabilidade penal na modalidade omissiva imprópria (deveres de vigilância), na proliferação dos crimes de perigo²¹⁸, na redução do espectro de risco permitido, na relativização do princípio da culpabilidade e no manejo retórico da proporcionalidade na aplicação das penas. Regra geral, tem-se com o direito penal de integração uma baixa densidade de garantias, em contraposição a uma elevada densidade de busca pela eficácia e eficiência na persecução penal.

2.1.2 A incipiente experiência de integração penal latino-americana e os efeitos dos mandados de criminalização internacionais no processo legiferante penal brasileiro

A fim de trazer a discussão proposta por este tópico para a análise da experiência brasileira, objetivo precípuo deste trabalho, será necessário avaliar se o Brasil se vê inserido num sistema político-jurídico ao menos similar ao que estão inseridos os Estados membros da União Europeia e então se perguntar sobre o desenho desse, em comparação com aquele. Naturalmente se pensa, nesse sentido, no Mercosul (Mercado Comum do Sul), criado em 1991. Ocorre que, de pronto, é preciso afirmar que o desenvolvimento deste, em especial no que diz respeito à possibilidade de harmonização de normas aptas a criar um “espaço de liberdade, segurança e justiça” comum entre os Estados membros está muito longe de ser concretizado, motivo pelo qual essa análise acaba sendo bastante prejudicada. Isso não significa, porém, que se deva fechar os olhos para experiência europeia e que não se possa almejar (ou prever) algo similar.

O que se quer afirmar é que qualquer análise neste sentido será muito mais em termos do que poderá vir a ser e não do que, de fato, é o sistema regional latino-americano. Isso porque o Mercosul possui duas características que limitam quaisquer possibilidades de debate acerca de competência penal. A primeira delas é a ausência de autonomia normativa. A segunda é a feição intergovernamental típica de sua estrutura, em contraposição com a natureza supranacional com que a União Europeia

²¹⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 221.

se viu configurada. Por fim, cabe ainda afirmar que o Mercosul está restrito, substancialmente, à cooperação em termos *econômicos* (inclusos interesses mercadológicos e aduaneiros), com algumas poucas manifestações de harmonização em matéria ambiental (mais ainda norteadas pela necessidade de debate em termos de “desenvolvimento sustentável”, que pressupõe um relevante influxo na análise de termos econômicos). Assim, no que toca à matéria penal, “a via principal de interferência no trato da criminalidade transfronteiriça dá-se no âmbito da cooperação administrativa, policial e judicial em matéria penal”²¹⁹, fazendo com que o debate sobre sua feição deva ser tratada, neste trabalho, no tópico 2.2 (a via político-criminal).

Isso não significa que o processo de internacionalização do direito penal não tenha efeitos diretos sobre a formação da norma incriminadora ou, de modo mais geral, sobre o processo legiferante em matéria penal e processual penal no Brasil. Isso porque uma outra via de manifestação deste processo, ainda passível de ser categorizada como *normativa*, diz respeito aos mandados de criminalização contidos em documentos internacionais, destacadamente aqueles que versam sobre direitos humanos, assim como a obrigatoriedade de compatibilização do ordenamento jurídico brasileiro a padrões normativos internacionais em matéria processual penal²²⁰.

Durante as três últimas décadas, o Brasil assumiu uma série de compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, consubstanciados em tratados, convenções e acordos ratificados e internalizados conforme os ditames constitucionais. Diversos destes documentos incluem a assunção de obrigações positivas, ou seja, constrangimentos ao legislador penal nacional para que impulse a gênese de normas incriminadoras ou voltadas ao agravamento da pena de determinados delitos. A análise desses compromissos internacionais firmados pelo Brasil, com conteúdo penal, revela a existência de dois grandes grupos de tratados,

²¹⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 206.

²²⁰ Conforme aponta Fauzi H. Choukr, ao analisar o art. 1º do que pretende ser o novo Código de Processo Penal brasileiro (hoje PL n. 8.045/2010 e apensados): “uma primeira conclusão a partir da nova norma em gestação desdobrada nos seguintes tópicos: (i) a existência da subordinação formal e material no plano legislativo às normas de processo penal aos primados constitucionais e aqueles oriundos de tratados ou convenções; (ii) a subordinação material, no plano interpretativo – judicial e doutrinário – do processo penal a esses mesmos enunciados. No primeiro caso, tem-se que a produção da norma processual penal, além de obedecer ao processo legislativo apropriado à sua edição, está condicionada aos textos produzidos internacionalmente que se projetam para o campo do processo penal; no segundo caso, essas normas internacionais devem ser empregadas pelo intérprete (focando-se aqui o intérprete judicial) na construção do direito vivido. São, assim, vetores da racionalidade da decisão judicial no caso concreto” (CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do CPP e a cooperação jurídica internacional. In: PAGLIARINI, Alexandre Couto; CHOUKR, Fauzi Hassan [coord.]. **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 56-57).

convenções e acordos: em um grupo, podem ser alistados os tratados de direitos humanos que afirmam a necessidade de criminalização de certas condutas para a proteção destes direitos e, em outro, os tratados de cooperação internacional em matéria penal, inclusive aqueles que versam sobre extradição. Para os objetivos deste tópico, serão analisados os documentos pertencentes ao primeiro grupo²²¹.

Foram classificados como tratados sobre direitos humanos, para o exame aqui proposto, aqueles cuja própria existência está *diretamente* ligada com o objetivo de oferecer efetividade, proteção ou reconhecimento de determinados direitos universalmente reconhecidos. São exemplos os tratados que *possuem em sua nomenclatura* estes objetivos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1965), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), entre outros.

Pertencem também a essa categoria os documentos que tratam de determinadas *agressões aos direitos humanos*, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994), a Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2003) e tantos outros exemplos de pactos, acordos, tratados e convenções que se originam da tentativa

²²¹ Frise-se que, em razão do objetivo proposto e do espaço disponível para discussão, não se levaram em conta os julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em relação à atuação da jurisdição nacional em diversos aspectos, mas unicamente os compromissos assumidos pela ratificação de documentos internacionais. Naturalmente, é de suma relevância complementar o exame aqui realizado a partir desses julgados, em especial para que se compreenda a “margem nacional de apreciação” dada a cada Estado no que diz respeito ao grau de harmonização de seus sistemas jurídicos com os padrões forjados internacionalmente. Entre os muitos textos que abordam o tema da margem nacional de apreciação e a jurisprudência da CIDH: LOPES SALADANHA, Jânia Maria; MORAIS BRUM, Márcio. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XV, 2015, p. 195-238; SCHÄFER; Gilberto; PREVIDELLI, José E. A.; SILVEIRA GOMES, Jesus Tupã. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 2. 2018; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Sobre seu uso pelo Superior Tribunal de Justiça em caso recente: GUERRA, Gustavo R.; BEZERRA MARCOS, Henrique J. O dribble continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo superior tribunal de justiça. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. v. 63, n. 2, Curitiba, maio-ago. 2018. p. 169-189.

transnacional de combate a delitos tidos como especialmente ofensivos aos direitos humanos.

Os documentos do primeiro grupo, ou seja, os que trazem em sua nomenclatura o reconhecimento de determinados direitos humanos, contêm de modo substancial deveres ao Estado, no sentido de *efetivar garantias*, possuindo, portanto, *enunciados oponíveis de forma direta ao Estado*. Significa dizer que detêm, como característica principal, a descrição dos direitos dos indivíduos que devem ser respeitados pelo Estado, muitas vezes por meio de uma *prestação negativa* (obrigação de abstenção), típica do modelo de Estado de Direito liberal.

Já no caso dos documentos que tratam de *formas específicas de agressão* a direitos humanos essa lógica se inverte. Seu teor apresenta de modo mais enfático *deveres de proteção estatal*, demandando uma *ação positiva de prevenção e/ou repressão* dessas agressões. Naturalmente, então, esses documentos possuem de modo mais nítido (expresso) mandados de criminalização universal.

Como demonstração do que foi dito, note-se que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em 16 de dezembro de 1966 e promulgado em nosso ordenamento por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, traz em seu art. 2º, inciso 3, alínea a, a determinação segundo a qual os Estados se comprometem a “garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possua de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais”. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada com o Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, igualmente, estabelece, no art. 2º, um dever para os Estados de “adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, *as medidas legislativas* ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (grifo acrescentado).

Parece evidente que os referidos tratados, que apresentam um texto muito comum em outros documentos de mesma espécie, determinam obrigações abertas aos Estados. Como consequência, os Estados parte podem escolher como realizar essas determinações dentro de suas políticas públicas e uma das opções viáveis é justamente o uso do poder punitivo – que tem um apelo simbólico interessante e, embora não haja comprovação empírica confiável de que produza efeitos concretos e

eficientes²²², é comumente uma opção adotada pelos Estados, dados os efeitos políticos que produz.

No que tange ao segundo grupo mencionado, de documentos internacionais que tratam de determinadas agressões aos direitos humanos, proliferam nestes exemplos de enunciados deônticos de criminalização. Assim, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, internalizada em nosso ordenamento por meio do Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, estabelece (art. 4º) o dever para os Estados de “assegurar que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo sua legislação penal”, incluindo a obrigação de determinar que a tentativa e a participação (até mesmo a cumplicidade) sejam também abarcadas pela lei incriminadora. Indo além, declara que cada Estado punirá estes crimes com penas que “levem em conta a sua gravidade”. O Tratado ainda estabelece mecanismos de cooperação quando o “suspeito” se encontrar fora do território em que os atos ocorreram, com a autorização de apreensão preventiva e investigação.

De forma semelhante, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada no Brasil mediante o Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, determina que os Estados se comprometem a “declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça...”.

As determinações de que tais condutas sejam criminalizadas nacionalmente são claras. Dessa forma, há pouco espaço para o Estado que queira cumprir com a obrigação assumida não tipifique as condutas internamente e nos moldes indicados pelo tratado ratificado. Impera lembrar que a ratificação do tratado ou mesmo a sua publicação em território nacional, ao menos em países com tradição no *civil law*, como o Brasil, não implica a criminalização automática ou direta das condutas na esfera interna, por conta da materialização do princípio da reserva legal que exige

²²² Sobre as dificuldades à eficiência da *deterrence*, ver: BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, v. I. p. 327-345, esp. p. 335; GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004, esp. p. 27; VON HIRSCH, Andrew; BOTTOMS, Anthony E.; BURNEY, Elizabeth; WIKSTRÖM, P.-O. **Criminal deterrence and sentence severity: an analysis of recent research**. Oxford: Hart Publishing, 1999, esp. p. 45-49.

instrumento normativo específico²²³ para a tipificação de condutas. Por conta dessa condição, não é incomum que o Brasil se obrigue internacionalmente ao cumprimento de tratados internacionais e, conseqüentemente, à criminalização de condutas, mas falhe em realmente tipificar esses delitos. O exemplo claro é aquele do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional. Embora ele seja obrigatório ao Brasil desde o ano de 2002, ainda se aguarda pela elaboração de uma legislação de adaptação do tratado ao plano interno.

Ao colacionar os exemplos acima, das Convenções sobre a Tortura e sobre a Discriminação, poderia criar a impressão de que os mandados de criminalização presentes em documentos internacionais se restringem a delitos contra vida, liberdade sexual ou integridade física. Não é o caso. Tanto na Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2016, quanto na Convenção Interamericana contra Corrupção, promulgada em nosso ordenamento por meio do Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002, são feitas recomendações para criminalização dos atos de corrupção descritos nestas Convenções. Por exemplo, na Convenção Interamericana estabelece-se, no art. V.1, que cada Estado “adotará as medidas que forem necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os delitos que tiver tipificado nos termos desta Convenção”. A Convenção da ONU traz também recomendações incisivas para criação da possibilidade de mecanismos de cooperação do acusado (como a delação)²²⁴. Não é preciso muito esforço para perceber o impacto destes documentos na legislação penal

²²³ No caso do Brasil, lei federal, por força do que dispõe o art. 22, I, da Constituição Federal de 1988.

²²⁴ “Artigo 37- Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.
5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.”

nacional e nos recentes processos midiáticos de “combate a corrupção” em nosso país²²⁵.

Também é notório o impacto de documentos internacionais na tipificação e processamento do delito de lavagem de capitais²²⁶. A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), internalizada por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, estipula de forma explícita o dever para que os Estados criem ou modifiquem sua legislação a fim de contemplar as várias formas de concretização de dissimulação da origem de ativos, como característica intrínseca ao delito de lavagem de capitais²²⁷. Da mesma maneira, a Convenção das

²²⁵ Na justificativa para aprovação da MP n. 703, que incluiu a possibilidade de acordos de leniência no escopo da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), o Deputado Raul Jungmann assim afirmou: “Os Ministros justificam, ainda, que o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esclarecem que, com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Para justificar a modelagem inovadora, de responsabilização objetiva da pessoa jurídica na esfera cível, alega-se ter escolhido tal via porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção”.

²²⁶ Conforme declara Maíra Rocha Machado, o impulso pela implementação de estratégias transnacionais de combate à lavagem de capitais pode “assumir formas fortemente despóticas [...] tratados e convenções internacionais, memorando de entendimento (MOUs), instrumentos *soft law*, sanções e contramedidas combinam-se para garantir que todos os países que possuem centros financeiros adotem o mesmo modelo de atuação estatal em face da lavagem de dinheiro... sustentando, portanto, que lavagem de dinheiro é a criminalização do capital que não pode atestar uma origem lícita” (MACHADO, Maíra Rocha. Op. cit., p. 120-144).

²²⁷ “Art. 6 – Criminalização da lavagem do produto do crime

1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;

Nações Unidas contra Corrupção, já citada (promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – Convenção de Mérida) estabelece, em seu art. 23, que os Estados adotarão as “medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito” as mesmas práticas. Além disso, o sistema internacional antilavagem conta com uma série de mecanismos regulatórios, concretizados por meio de recomendações, que atuam com notória capacidade de constrangimento nacional²²⁸. Esses mecanismos influenciam, obviamente, modificações legislativas e alteração de políticas públicas²²⁹.

É interessante ainda destacar a possibilidade de se reconhecer propostas de cunho incriminador em documentos internacionais que tratam, em seu bojo principal, de temas não diretamente relacionados aos direitos humanos ou à cooperação em matéria penal. As Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) gozam de peso significativo como forma de orientação ao legislador e como oferecimento de

b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados;

c) Para efeitos da alínea b), as infrações principais incluirão as infrações cometidas tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte interessado. No entanto, as infrações cometidas fora da jurisdição de um Estado Parte só constituirão infração principal quando o ato correspondente constitua infração penal à luz do direito interno do Estado em que tenha sido praticado e constitua infração penal à luz do direito interno do Estado Parte que aplique o presente Artigo se o crime aí tivesse sido cometido;

d) Cada Estado Parte fornecerá ao Secretário Geral das Nações Unidas uma cópia ou descrição das suas leis destinadas a dar aplicação ao presente Artigo e de qualquer alteração posterior;

e) Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal;

f) O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas.”

²²⁸ O Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (Gafi), órgão criado pelos chefes de Estado do G-7 e pelo presidente da Comissão das Comunidades Europeias, em 1989, desenvolveu um programa de adequação calcado em 40 recomendações, publicadas em fevereiro de 1990. Em fevereiro de 2000, o Gafi lançou um “programa de difusão mundial do sistema antilavagem de dinheiro” pautado na ampliação de países membros e implementação massiva de suas diretrizes. “Para o cumprimento destas tarefas, a atividade do Gafi centra-se basicamente em dois planos. Em primeiro lugar, dedica-se a verificar a adequação os países ao conjunto de padrões por ele formulado. Para os países membros, essa avaliação realiza-se com base nas ‘Quarenta recomendações’ e mediante um procedimento de avaliação mútua que focaliza a ‘pressão dos pares’ (*peerpressure*) como elemento fundamental e suficiente para garantir a implementação das recomendações elaboradas pelo Gafi.” (MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 128-131). O Brasil alcançou a “plena adequação” às recomendações do Gafi, segundo o relatório emitido pelo próprio órgão, em 2000.

²²⁹ Na Exposição de Motivos para criação da Lei n. 9.613/98 (Lei Antilavagem) consigna-se, após a citação de diversos documentos internacionais assinados pelo Brasil: “8. Portanto, o presente projeto se constitui na execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a começar pela Convenção de Viena de 1988” (BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos n. 692/MJ, de 18/12/1996, da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998).

critérios para decisões judiciais. A Convenção n. 182, assinada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000, por exemplo, traz em suas recomendações o seguinte: “12. Os Membros deveriam adotar dispositivos com o fim de considerar atos delituosos as piores formas de trabalho infantil que são indicadas a seguir...”. Ainda mais, ao justificar o PL n. 53/2016, que pretende acrescentar o art. 244-C à Lei n. 8.069/90 (ECA), para tipificar o crime de exploração de trabalho infantil, o Senador Marcelo Crivella afirmou:

Com essas providências, pretendemos cumprir um compromisso internacional firmado na “Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação” (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14 de dezembro de 1999), no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê, em seu art. 7º, item 1, que todo Estado-Membro deverá adotar medidas necessárias para aplicação e cumprimento da referida convenção, “inclusive a instituição e aplicação de sanções penais”²³⁰.

Percebe-se que o processo de internacionalização do direito penal está conectado com a tendência de uso da sanção penal de forma expansiva, como ferramenta de controle a ser sacada, não mais como *ultima ratio*, mas como primeira ou, em alguns casos, única forma de ação estatal voltada a sanar sérios problemas sociais estruturais. O fato é que o aumento da densidade normativa do direito internacional, tanto no plano dos tratados internacionais de direitos humanos quanto no plano dos tratados internacionais de cooperação penal, implicou também o aumento do poder punitivo nacional e internacional. Esse adensamento normativo é responsável pela especialização de condutas criminais, pela constituição de novas formas de investigação, pela criação de novos tipos penais e acima de tudo, pelo *frenesi* de padronização transnacional como solução quase mágica para uma série de graves problemas globais²³¹.

²³⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, n. 53, de 2016. Autor: Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=572680&disposition=inline>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²³¹ Sobre este último aspecto, José Faria Costa tece um comentário de irreparável valia: “De um lado temos um caudal cada vez mais intenso de determinações comunitárias que fazem com que as legislações dos países comunitários entrem no frenesi de alterações constantes, criando uma instabilidade para lá do razoável, dando uma tônica de Babel, mas, por outro lado, tudo isso é feito em nome de uma certa uniformização, em nome de uma determinada homogeneização, em nome de um ‘esperanto universal’”. Destacando os riscos desse processo, em conclusão que serve como luva ao que se pretende apontar na análise proposta nesta sede, o autor acrescenta: “O Estado tradicional, o Estado-nação, entrou em crise profunda. E com a crise desse modelo de Estado entrou também em crise uma certa ideia liberal de direito penal. Por todos os cantos se ouvem vozes a reclamar mais direito penal, sobretudo através de neocriminalizações [...] Ora, se se podem encontrar invariáveis na descrição de certas condutas penalmente relevantes [...] é indubitável que a idiosincrasia de cada povo ou comunidade nacional importará variações, não só na definição dos

Embora não se discorde da assunção de que essa tendência é inevitável e permite uma melhor lida para com a questão do crime²³², especialmente aquele de natureza transnacional ou universal, parece indubitoso que o que se presencia é um reforço de poder punitivo nacional e internacional constituído a partir de um processo de baixa densidade democrática e altíssimo conteúdo político.

2.1.3 Tribunais Penais Internacionais: avanços e desafios para criação de uma jurisdição penal universal

A segunda metade do século XX assistiu à consolidação, formal ao menos, de um projeto que entusiasma juristas há muitos séculos: a tentativa de construção de uma jurisdição penal universal. Esse processo, frustrado nas pretensões do art. 227 do Tratado de Versalhes²³³, mas coroado na experiência do Tribunal Penal

comportamentos que levam àquelas ações, agora sumariamente descritas, mas também e sobretudo naquilo que se refere à multiplicidade de condutas outras ligadas àqueles tipos matriciais. Exemplifiquemo-nos. Todos os códigos penais consideram crime a conduta daquele que dolosamente provoca a morte de outrem. Por certo. Mas há já uma infinidade de diferenças quando olhamos para os homicídios privilegiados ou para os homicídios qualificados. Como é evidente, a narrativa sancionatória é o mais colorida e variegada possível [...] é precisamente neste aspecto das coisas que a introdução de um “esperanto universal” se mostraria nefasta” (COSTA, José Faria de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal? In: D’ÁVILA, Fabio Roberto [Org.]. **Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências.** Congresso Internacional em Direito Penal, 8º Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 15-24).

²³² Também não se desconhece o fato de que a harmonização com padrões internacionais pode trazer progresso na consolidação de direitos fundamentais e criação de coerência valorativa (tomada a partir da norma), notadamente no âmbito de garantias processuais. Neste sentido a manifestação de Fauzi H. Choukr: “adaptar a legislação e interpretação ao contexto internacional é, na esteira da construção Bobbiana, um sinal indicativo da evolução do modelo jurídico que não indica um fim primordial e abstrato a ser atingido, mas sim o fim ou fins concretos que se inserem no dever-ser do Direito correspondente a um dado complexo de regras objetivadas ou formalizadas segundo os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para cada modalidade de fonte do direito... Pontue-se, ao final, que enaltecer a harmonização na forma mencionada neste texto não significa a apologia do internacional sobre o local, tampouco a inabalável qualidade dos cânones interpretativos das Cortes supranacionais acima das locais” (CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma do CPP e a cooperação jurídica internacional. In: PAGLIARINI, Alexandre Couto; CHOUKR, Fauzi Hassan [coord.]. **Cooperação jurídica internacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61-63).

²³³ Em parte, o art. 227 do Tratado de Versalhes determinava que seria criado um tribunal especial, designado a julgar Guilherme II de Hohenzollern, ex-imperador da Alemanha, por “ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados”. Bazelaire e Cretin afirmam que, embora nunca tenha sido aplicado, o inciso “lançou a primeira pedra” na busca por uma jurisdição penal universal, dando força propulsora a estudos, como o de Donnedieu de Vabres, que procuraram construir as bases de legitimidade da universalidade do direito de punir e da noção de “comunidade internacional em direito penal” (BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia.** Barueri: Manole, 2004. p. 15-19). Para alguns autores, o Tratado de Versalhes pode ser considerado também o marco inicial do sistema de cooperação internacional que será tratado adiante como via de manifestação do

Internacional²³⁴, deu ímpeto ao ideário de harmonização de sistemas jurídico-penais e elaboração de uma estrutura supranacional de justiça criminal, designada a fazer frente aos piores delitos internacionais²³⁵ agora não só no plano da jurisdicionalização internacional, mas também na perspectiva cooperativa.

processo de internacionalização. Assim: “O sistema de Versalhes traz os pontos de partida do sistema presente; [...] Pode esse tratado ser marco de inauguração de nova fase do direito e das relações internacionais, porquanto, a partir deste se começa a fase de direito internacional de cooperação, que sucederia aos séculos precedentes de direito internacional de mera coexistência e mútua abstenção” (ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112).

²³⁴ Sobre esta coroação: “En segundo lugar, desde la perspectiva política, se trata del primer paso serio a nivel mundial, para mostrar a los dictadores que procedan ilícitamente o a cualquier otro titular de una alta función pública que proceda delictivamente, que no son inmunes a la responsabilidad penal. Tercero, desde una perspectiva jurídico-penal, este acontecimiento no debe subestimarse, porque con la creación de un Estatuto que supera las fronteras de las naciones y aplicable a distintas culturas jurídicas, los teóricos del Derecho penal y los prácticos del Derecho tienen que sentirse orillados a desarrollar principios y normas que sean aplicables para una comunidad mundial” (ESER, Albin. **Hacia un derecho penal mundial**. Colección Estudios de derecho penal y criminología. Granada: Comares, 2009. p. 36-37).

²³⁵ O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Permanente, assenta em seus considerados a preocupação com “atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade” e que “constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”. Portanto, constitui-se como meio para “pôr fim a impunidade” e “assegurar a repressão e prevenção” de tais atos por meio da cooperação internacional e da construção de um tribunal com “jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto”.

Este processo, ainda longe de sua versão definitiva, esboça o que muitos consideram o desenho de uma nova ordem global, ordem essa a ser regulada por um sistema jurídico universal²³⁶, do qual o direito penal internacional seria um ramo²³⁷.

A breve história dos tribunais penais internacionais tem início com o Tribunal de Nuremberg²³⁸. É preciso reconhecer que a criação de um tribunal para julgar os

²³⁶ Entre os referenciais teóricos que tentam abordar as condições de possibilidade e as formas de estruturação de um projeto tão ousado, complexo e árduo, como a criação de uma ordem jurídica global, um que merece destaque é o ideário de “pluralismo ordenado” da jurista Delmas-Marty. Seria fútil a pretensão de expor em apenas uma pequena nota o denso pensamento da autora. Ainda assim, colaciona-se a bela síntese encontrada na tese de Laura Souza Lima e Brito: “Entre a utopia da grande unidade jurídica do mundo e a ilusão da autonomia perfeita, está a hipótese de um pluralismo ordenado: manter uma separação, sem impor a fusão, mas construir um tipo de ordem ou um espaço ordenado – esta é a resposta para a complexidade jurídica do mundo. A autora aponta três possíveis processos de interação dos diversos conjuntos normativos: a coordenação por trocas, a harmonização por aproximação e a unificação por hibridação, todos relevantes, em nível regional e mundial. Ela explica que entre interações puramente horizontais e aquelas puramente verticais, intercalam-se inúmeras formas intermediárias, de modo que a harmonização deve vir a ser o processo predominante e, provavelmente, o emblema do pluralismo ordenado. Por fim Delmas-Marty salienta que cada parte da interação tem seu tempo para o processo. Diante disso, é necessária uma concordância de tempos jurídicos, uma sincronização, no sentido de dar compatibilidade, harmonia aos ritmos que são, sem dúvida, ao menos parcialmente, diferentes” (BRITO, Laura Souza Lima e. **O conceito de direitos humanos: um diálogo com Mireille Delmas-Marty**. 2015. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 19). Para entrar em contato direito com o pensamento de Delmas-Marty: DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004; DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESSE, Antonio [org.]. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004; DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005; DELMAS-MARTY, Mireille. **Direito penal do inumano**. Trad. Renata Reverendo Vidal Kawano Nagamine. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

²³⁷ Günther Jakobs defende que a pena pressupõe uma ordem normativa existente. Não existindo tal ordem, ou sendo ela apenas um ideal ainda não concretizado (como seria o caso para o direito penal internacional), as ações delitivas não podem ser consideradas como lesivas desta ordem, portanto não se enquadram no conceito de “crime”, para o que não se pode responder com uma “pena” em sentido técnico-jurídico. Kai Ambos discorda desse argumento, que segundo ele remonta às teorias de Hobbes, Kant e, em certa medida, Kelsen, e aponta para o papel desempenhado pela ONU (em especial pelo Conselho de Segurança) e para o fato de que o argumento de Jakobs só vale para aqueles que sustentam uma visão positivista exacerbada, fundada na validade da norma enquanto produto de um Estado soberano. Para Ambos, a validade da norma pode ser afirmada com base no fundamento material de sua pretensão de obrigatoriedade, sendo legítima porquanto tenha por base de valor algo digno de ser defendido pelo direito penal, o que o autor enxerga na pauta de direitos humanos fundados em torno do conceito de dignidade humana (AMBOS, Kai. **Pena sem soberano? *ius puniendi* e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional**. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró, Julia Magalhães Jeuken. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 58-73).

²³⁸ Não se descuida do fato de que haja quem afirme que esta constatação está incorreta, apontando para movimentos já do século XIX em prol de algo como uma jurisdição penal internacional, em especial em reação às crueldades perpetradas na guerra franco-germânica. Ainda assim, parece seguro afirmar que a especificidade e o grau de sucesso do projeto que teve suas bases lançadas com o Tribunal de Nuremberg permite a colocação deste marco inicial para o que se pretende compreender como o processo de internacionalização do direito penal nos moldes apontados por este tópico.

responsáveis pelo holocausto não foi de imediato aceita e somente após longos debates chegou-se à conclusão de que um julgamento traria os melhores resultados a longo prazo²³⁹. Após as conferências de Moscou e Teerã, de 1943, e de Yalta e Postdam de 1945, finalmente as três grandes potências aliadas, que se consagram vitoriosas na Segunda Guerra (Estados Unidos, URSS e Grã-Bretanha), acordaram pelo julgamento e punição dos responsáveis por meio de um tribunal militar internacional²⁴⁰.

A Carta de Londres, de 1945, delinea, em termos sumários (já com o apoio da França), a estrutura e regras do que ficará conhecido como primeiro grande tribunal penal internacional *ad hoc* da nossa era (Código de Nuremberg). Na Carta, estabelece-se competência material para o tribunal sobre crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra humanidade, os quais são conceituados no Estatuto do tribunal²⁴¹. O tribunal conta com quatro juízes e os idiomas utilizados durante o

²³⁹ Vale notar que a Grã-Bretanha se manifestou claramente pela execução sem processo. De outro lado, nos Estados Unidos havia vozes destoantes: o Secretário do Tesouro Hans Morgenthau se aliava aos ingleses na ideia de execução sumária, ao passo que o presidente Truman e o Ministro de Defesa Stimson eram contrários a este plano. Stalin, de certa forma surpreendendo a todos, manifestou-se pelo julgamento, mas unicamente para verificação dos graus de responsabilidade e determinação da pena aplicável, sem produção de provas e debates. Ainda assim, Truman foi capaz de persuadir a todos das vantagens de um julgamento dotado de garantias processuais mínimas. Mesmo que houvesse o risco de o julgamento ser usado pelos acusados para propagar suas ideologias e questionar a responsabilidade dos Aliados por crueldades similares às pelas quais estavam sendo criminalmente processados, pesaram a favor da existência de um julgamento os argumentos de que um processo traria legitimidade para aplicação das penas e consolidaria o comprometimento dos Aliados com os primados da democracia e do mínimo de civilidade que passavam a fazer parte da gramática dos direitos humanos em ascensão. Porém o argumento que atingiu o maior grau de apoio consensual foi acerca do caráter “pedagógico” que um julgamento teria, tornando possível um esclarecimento público importante acerca das atrocidades perpetradas pelas potências do Eixo. Não resta dúvida de que, do ponto de vista dos Estados Unidos, esta função era relevante para a tentativa de justificar a decisão de uso do arsenal nuclear bélico em Hiroshima e Nagasaki, além de outras condutas dos Aliados, como o bombardeio de Dresden pelos britânicos, a ação soviética na Polônia (Katijn) e as violações em massa de mulheres alemãs por soldados do Exército Vermelho (ZAPPALA, Salvatore. **¿Qué es la justicia penal internacional?** Espanha: Proteus, 2010. p. 80-83).

²⁴⁰ Além dos pontos ressaltados na nota anterior, é importante destacar o discurso de Robert Jackson (*Justice* da Suprema Corte Americana e enviado do Presidente Truman para servir como *Chief of Counsel* dos Estados Unidos no julgamento de Nuremberg) acerca da absoluta necessidade de acabar com um histórico de “impunidade”, que, segundo ele, teria sido um dos grandes motores que permitiram a decisão pelo engajamento militar na Segunda Guerra, a despeito do que recentemente tinha ocorrido na Primeira. Assim, não permitir que os horrores da guerra caíssem no esquecimento e eliminar o sentimento de impunidade foram amalgamados num único discurso em prol da tribunalização do conflito. O discurso de abertura de Jackson em Nuremberg pode ser conhecido em: [<https://www.roberthjackson.org/nuremberg-event/justice-robert-h-jacksons-opening-statement/>](https://www.roberthjackson.org/nuremberg-event/justice-robert-h-jacksons-opening-statement/). Acesso em: 30 out. 2018.

²⁴¹ “Art. 6. O Tribunal instituído pelo Acordo a que se refere o artigo 1º, para julgamento e condenação dos principais criminosos de guerra do Eixo Europeu, tem competência para julgar e condenar as pessoas que, agindo em defesa dos interesses dos países do Eixo Europeu, cometeram os crimes listados abaixo, individualmente ou como membros de organizações:

juízo também são quatro. Cada nação aliada fornece um procurador com igualdade de direitos.

Outro ponto de destaque no Estatuto é o que estabelecem os arts. 7º e 8º, quando determinam claramente que não será possível alegar a assunção de uma responsabilidade (como Chefe de Estado ou outra posição em nível governamental) ou a mera execução de ordens superiores com o fim de se exonerar da responsabilidade penal. Apenas seria possível, no segundo caso, valer-se deste argumento com o fim de atenuar a penalidade a ser aplicada.

Mais ainda, o Estatuto permitia aos juízes, a partir na análise das provas, declarar uma organização como criminosa (art. 9º), assim como o julgamento à revelia (resultado da influência anglo-americana). O art. 19 desvincula o tribunal de normas técnicas na valoração da prova e admite, com o fim de tornar o julgamento “mais rápido e o menos técnico possível”, qualquer elemento que “pareça ter valor de prova”²⁴².

Não foi prevista a possibilidade de recurso. Vinte e quatro réus foram julgados, num processo que teve 218 dias de audiência, ouvindo aproximadamente 360 testemunhas e tomando em consideração 200 mil atestados escritos. Todos os réus declararam-se inocentes. Houve 12 condenações à pena de morte, nove à prisão perpétua ou temporária e três absolvições (ou cujas acusações não foram levadas adiante). Os veredictos foram dados em 30 de setembro e 1º de outubro de 1946. Em 16 de outubro do mesmo ano, os condenados à morte foram enforcados no ginásio

Qualquer um dos atos listados abaixo são crimes que se enquadram na jurisdição do Tribunal, em relação aos quais haverá responsabilidade pessoal:

- a) CRIMES CONTRA A PAZ: Ou seja, planejar, preparar, iniciar guerras de agressão, uma guerra que constitua violação de tratados, acordos ou convenções internacionais, participe de planos comuns ou em conspiração para alcançar os objetivos previamente indicados;
- b) CRIMES DE GUERRA: Nomeadamente, violações das leis ou costumes da guerra. Tais violações incluem assassinatos, maus-tratos ou deportação para realizar trabalhos forçados ou para outros propósitos em relação à população civil de um território ocupado ou naquele território, o assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas em alto mar, o assassinato de reféns, o roubo de propriedade pública ou privada, a destruição sem sentido de cidades ou vilarejos, ou a devastação não justificada por necessidade militar, sem se limitar a esses crimes;
- c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: A saber, assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra civis antes ou durante a guerra; a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos na execução dos crimes que são da competência do Tribunal ou em relação a eles, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados.

Aqueles que lideram, organizam, incitem a formulação de um plano comum ou conspiração para a execução dos crimes, assim como os cúmplices que participam de uma tal formulação ou execução, serão responsáveis por todos os atos praticados pelas pessoas que participaram na execução do referido plano.”

²⁴² BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 23.

da prisão de Nuremberg e tiveram seus corpos incinerados em Munique, após o que as cinzas foram lançadas às águas do rio Isar. Os condenados à prisão foram transferidos, a partir de 18 de julho de 1947, para a prisão dos Aliados em Berlim-Spandu²⁴³.

Ladeando o Tribunal de Nuremberg nesta primeira fase de construção de uma jurisdição penal internacional, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (doravante Tribunal de Tóquio) precisa ser considerado. Iniciando seus trabalhos apenas seis meses após à abertura dos trabalhos em Nuremberg (3 de maio de 1946), o Tribunal de Tóquio julgou 20 acusados de cometer crimes de guerra e crimes contra humanidade no âmbito da iniciativa japonesa durante a Segunda Guerra Mundial. O tribunal foi resultado de uma recomendação da Comissão de Crimes das Nações Unidas, logo após a rendição dos japoneses em 2 de setembro de 1945. O tribunal foi composto de juízes provenientes de 11 nações aliadas. Os procuradores são apenas os assistentes do procurador principal Joseph Keenan, dos Estados Unidos (ex-conselheiro do presidente Roosevelt)²⁴⁴.

O Estatuto do Tribunal de Tóquio é mais sucinto que o de Nuremberg, mas sua essência é bastante semelhante. Em relação à competência material, o tribunal se restringe aos crimes contra paz e violações das leis de guerra (crimes de guerra). Não se fez nenhuma previsão quanto à possibilidade de serem julgadas organizações criminosas, como ocorreu em Nuremberg. Os julgamentos duraram dois anos e meio e tiveram como réus 28 pessoas, sendo nove civis e 19 militares de carreira. O objeto principal do julgamento ficou conhecido como “massacre de Nanquim” (invasão, pelos japoneses, da então capital chinesa), ocorrido em 1937 e que teve como saldo algo em torno de 300 mil mortos, com cerca de 20 mil mulheres estupradas coletivamente, além de inúmeros atos de violência, tortura e humilhação. Também foram alvo de análise cuidadosa do tribunal as experiências médicas (contaminações voluntárias, inoculação de germes e bactérias, como a peste bubônica e cólera, entre outras) feitas em prisioneiros chineses, russos e norte-americanos na “Unidade 731”, situada em Pingfan. Dos 28 acusados, dois morreram durante o processo e um foi liberado após apresentar problemas mentais severos. Os outros 25 foram condenados, ou seja, não houve absolvições. Apenas um dos civis foi condenado à morte. No total, 16 acusados

²⁴³ Ibidem, p. 27.

²⁴⁴ Provenientes de Austrália, Canadá, China, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Índia, Países Baixos, Nova Zelândia, Filipinas e União Soviética.

foram condenados à prisão perpétua, sete, à pena de morte e dois, a penas de prisão, de 7 e 20 anos respectivamente²⁴⁵.

Os debates dos juízes e os votos emanados no Tribunal de Tóquio, dada a diversidade cultural e formação jurídica dos juízes, fornece um interessante material de pesquisa. Ainda que o tribunal tenha sido gerenciado a mão de ferro pelo general MacArthur, dos Estados Unidos, os juízes tiveram oportunidade de manifestar suas distintas visões de mundo, incluindo uma análise interessante acerca dos limites a serem observados no que toca o princípio da legalidade (que seria, para os juristas do *civil law*, necessariamente circunscrito por um juízo de tipicidade estrita), sobre as funções e limites da pena e até sobre a necessidade e pertinência da pena de morte. Além disso, o juiz Sir William Webb se manifestou sobre a impossibilidade de aplicação no direito internacional do conceito de conspiração, de matriz no *common law*. Para o juiz, algumas sanções foram excessivas (desproporcionais). De outro lado, o juiz das Filipinas (fortemente afetada pela investida japonesa) considerou as sanções muito leves. O juiz francês teceu duras críticas sobre o processo e a desproporcionalidade de algumas sanções. Contudo, as manifestações mais contundentes foram a do juiz Radhabinod Pal, da Índia, que se manifestou pela absolvição dos acusados, tendo levantado um sério e interessante debate acerca da possibilidade de aplicação do conceito de guerra de agressão em face da abstenção do Estatuto em delinear sua conceituação de modo claro e sua aplicabilidade específica aos casos sob julgamento (regra geral se considerou que deveria ser levado em conta, por analogia, o que determinava o Estatuto do Tribunal de Nuremberg).

As críticas aos Tribunais de Nuremberg e Tóquio são bem conhecidas e giram em torno do fato de que sua estrutura representou, antes de mais nada, a manifestação de uma “justiça dos vitoriosos”²⁴⁶ que, se pode ser classificada como “revolucionária” em relação ao desfecho de outros conflitos armados em termos do tratamento dado aos líderes e combatentes vencidos, não deixa de ser uma resposta

²⁴⁵ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 27-37.

²⁴⁶ Para uma análise substancial das questões envolvidas: ZOLO, Danilo. **Victor's Justice: from Nuremberg to Baghdad**. London: Verso, 2006. Relativizado essa conclusão, afirma Bazelaire: “Para concluir sobre os dois tribunais militares de Nuremberg e de Tóquio, as primeiras etapas efetivas da justiça penal internacional, aparecem, por um lado, exemplos de justiça de vencedor; mais ainda, se evocarmos apenas o caso de Tóquio. Entretanto, esse julgamento deve ser atenuado no que diz respeito a Nuremberg: ninguém pode contestar de que se trata de justiça penal, visto que três absolvições foram pronunciadas. Uma pura justiça de vencedor não teria certamente chegado a isso” (BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 39).

ainda conectada ao modelo “nacionalista” (no máximo um modelo de coalisão). Rui Dissenha vai afirmar que “não parece certo reconhecer-se que as punições de Nuremberg e Tóquio, ainda que feitas através de tribunais internacionais, caracterizam-se como uma manifestação universalizada de poder punitivo”²⁴⁷.

Ainda assim, é inegável o fato de que Nuremberg estabeleceu o alicerce do que viria a ser a construção de uma jurisdição penal internacional, deixando alguns legados que não se podem desprezar. Em primeiro lugar, seu Estatuto assentou de forma clara a responsabilidade penal individual no plano internacional em relação a crimes cometidos, regra geral, por aparatos de poder organizados de forma a tornar a impessoalidade um marco característico. Também se reconheceu, em Nuremberg e Tóquio, a “natureza costumeira”, destinada a permitir uma construção dos tipos penais no âmbito do direito penal internacional que não estivesse atrelada de forma tão dura ao princípio da legalidade, como ocorre em países com tradição jurídica no *civil law*. A partir desses e de outros consensos obtidos, em especial, com os julgamentos de Nuremberg, fundaram-se os “Princípios de Nuremberg”²⁴⁸, em 1950,

²⁴⁷ DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 120. E, ainda, na p. 121: “De fato, essa manifestação de poder punitivo internacional precisa ser entendida como o que realmente foi: um exercício de poder que se lançou a partir dos vencedores sobre os vencidos e, portanto, tem as limitações naturais de um exercício como esse”.

²⁴⁸ Princípios do Direito Internacional Reconhecidos na Carta do Tribunal de Nürnberg e no Julgamento do Tribunal:

“Princípio I – Qualquer pessoa que cometa um ato que constitua um crime sob a lei internacional é responsável e passível de punição.

Princípio II – O facto de o direito interno não impor uma sanção por um acto que constitui um crime ao abrigo do direito internacional não exime a pessoa que cometeu o acto de responsabilidade ao abrigo do direito internacional.

Princípio III – O facto de uma pessoa que cometeu um acto que constitui um crime ao abrigo do direito internacional agir como Chefe de Estado ou funcionário responsável do Governo não o isenta de responsabilidade ao abrigo do direito internacional.

Princípio IV – O fato de uma pessoa agir de acordo com a ordem de seu governo ou de um superior não o isenta de responsabilidade sob o direito internacional, desde que uma escolha moral seja de fato possível para ele.

Princípio V – Qualquer pessoa acusada de um crime de direito internacional tem direito a um julgamento justo sobre os fatos e a lei.

Princípio VI – Os crimes adiante indicados são puníveis como crimes de direito internacional:

(a) Crimes contra a paz:

(i) planejamento, preparação, iniciação ou realização de uma guerra de agressão ou guerra em violação de tratados, acordos ou garantias internacionais;

(ii) Participação em plano comum ou conspiração para a realização de qualquer dos atos mencionados em (i).

b) Crimes de guerra:

Violações das leis ou costumes de guerra que incluem, mas não se limitam a, homicídio, maus-tratos ou deportação para trabalho escravo ou para qualquer outro fim da população civil de ou em território ocupado, homicídio ou maus-tratos de prisioneiros de guerra, de pessoas no mar, matança

que viriam a ser uma pedra angular da “nova ordem jurídica internacional”²⁴⁹. Como ponto focal sobre estes, reforçando o que já foi apontado: ficou alicerçada a ideia de *responsabilidade individual para além da responsabilidade estatal*; definiu-se a *possibilidade de declarar organizações como criminosas*, levantando a tormentosa questão de *responsabilização criminal por pertencimento e por cumplicidade* (até hoje amplamente debatida na dogmática penal); a determinação de que a *ocupação de um cargo de elevada responsabilidade não servirá nem como exculpante*; a determinação pela qual a *execução de ações delitivas mediante a ordem de um superior hierárquico não poderá ser utilizada como argumento para excluir a responsabilidade penal*, podendo apenas ser utilizada como causa de diminuição de pena. Ficaram ainda delineados os *conceitos de crimes contra paz, crimes de guerra e crimes contra humanidade*, que seriam aproveitados e alargados pelas experiências posteriores.

Após as experiências de Nuremberg e Tóquio, foi necessário aguardar quase meio século para um novo desabrochar de jurisdição penal internacional concreto, ainda que o direito penal internacional em outras vertentes tenha se desenvolvido. A razão deste lapso temporal está no fato de que a Guerra Fria estabeleceu condições políticas desfavoráveis para um consenso acerca de pautas punitivas com pretensões universalizantes²⁵⁰.

Enquanto as condições mundiais não permitiam a efetiva criação de novos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* e muito menos a estruturação de uma Corte

de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar.

c) Crimes contra a humanidade:

Assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos feitos contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos são feitos ou tais perseguições são realizadas em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra.

Princípio VII – A cumplicidade no cometimento de um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, conforme estabelecido no Princípio VI, é um crime de acordo com o direito internacional”.

²⁴⁹ Estes princípios foram claramente reconhecidos no Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional permanente.

²⁵⁰ Rui Dissenha explica: “Ora, com o mundo dividido em dois grandes blocos não era possível exercer a punição internacional contra acusados de graves crimes, pois os conflitos onde os crimes eram cometidos durante o período estavam invariavelmente sob a guarda e área de interesse de uma das duas superpotências envolvidas, que, por óbvio, não admitiam a ideia de um Tribunal que pudesse julgá-los e a seus nacionais por crimes de genocídio ou similares. Mesmo porque as duas superpotências evitavam choques a qualquer custo e ‘trabalhavam com base na suposição de que a coexistência pacífica entre ambas era possível a longo prazo” (DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 128).

Penal Internacional, a dogmática cuidou em lapidar o que resultara dos dois tribunais militares do segundo pós-guerra. Questões como os fundamentos de autoria e participação, a conceituação do genocídio, a elevação de garantias processuais ao *status* de direitos humanos inalienáveis e até mesmo a forte limitação à aplicação da pena de morte foram discutidas e atingiram no decorrer da segunda metade do século XX elevado grau de compreensão harmonizada. Por fim, “a derrocada do bloco soviético vai obrigar a comunidade internacional a lidar com uma nova distribuição das relações de poder e com esse novo quadro político que se instaura durante os anos oitenta e noventa”²⁵¹. Neste cenário, a ONU vai adquirir um papel forte e fundamental e será em seu meio que serão engendradas as bases dos primeiros tribunais penais com apoio quase universal. Por decisão do Conselho de Segurança, serão criados dois Tribunais Penais Internacionais: o Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia (TPII) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)²⁵².

O TPII foi criado pela Resolução n. 827 do Conselho de Segurança, de 25 de maio de 1993. Sua criação origina-se da reação a dois anos de massacres, expulsões, deslocamentos forçados e “purificação” étnica que vinham ocorrendo no território da ex-Iugoslávia. O intento dos nacionalistas sérvios de varrer do território as outras etnias foi classificado, num relatório elaborado pelo polonês Tadeusz Mazowiecki, relator da Comissão de Direitos Humanos da ONU, como uma “limpeza étnica com objetivo de guerra”. Mais tarde, em 1994, Bossiouni conclui um outro relatório, com cinco volumes, declarando que o que estava ocorrendo correspondia a uma limpeza étnica com características sistemáticas, planejamento, coordenação e apoio das mais altas autoridades, que enxergavam na “limpeza” um ato patriótico. Os números totais do conflito dão conta de 800 mil mortes e três milhões de deslocamentos forçados. A morte de cerca de 200 pessoas retiradas do hospital municipal da cidade croata de Vokovar causou especial revolta internacional. Em Sarajevo, bombas e a ação de

²⁵¹ Ibidem, p. 130.

²⁵² Além da concentração de poder pela ONU, Rui Dissenha aponta para outra razão pela qual se tornou possível a criação de um tribunal internacional a partir dos conflitos na antiga Iugoslávia – a globalização da informação. O fato de os combates serem televisionados e transmitidos aos quatro “cantos do globo” criou a pressão popular (e global) que operaria como importante fator estruturante das condições de possibilidade dos referidos tribunais. Além disso, a proximidade do conflito com a Europa também deve ser vista como outro motivo pelo qual o “interesse” num julgamento internacional veio a existência com a Guerra da Iugoslávia (DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 133).

franco-atiradores sobre civis se tornam parte das notícias internacionais por longo tempo²⁵³.

Em decorrência destes fatos, em 1993, determina-se a criação do TPII, tendo “por função acusar as pessoas responsáveis por violações graves de leis humanitárias internacionais cometidas no território da ex-Iugoslávia entre 01 de janeiro de 1991 e uma data a ser determinada pelo Conselho de Segurança...”²⁵⁴.

O TPII, com sede em Haia (Holanda), era um tribunal *ad hoc*. Sua competência foi limitada materialmente aos crimes (costumes) de guerra, o genocídio e os crimes contra humanidade. Como já se viu, a competência foi limitada temporalmente com um termo de início, sem conteúdo, receber um marco temporal final. Além de dezenas de juízes (no período de maior atividade em número de 25), centenas (mais de 700) de funcionários atuaram no tribunal. O orçamento utilizado pelo tribunal superou, só até o final de década de 1990, a cifra de US\$ 500 mil. O tribunal possuía seu próprio estatuto, com 34 artigos e um conjunto de normas procedimentais (Regras de Procedimento e Prova). Não se admitia a pena de morte, mas admitia-se a pena perpétua. As penas privativas de liberdade são executadas por Estados que travaram acordo com a ONU para tanto. As atividades foram encerradas pelo Conselho de Segurança da ONU somente em 31 de dezembro de 2017. Foram mais de dez mil dias de julgamento, com a oitiva de cerca de cinco mil pessoas²⁵⁵.

A “apoteose” do TPII foi o julgamento de Slobodan Milosevic e de quatro de seus próximos em plena guerra do Kosovo²⁵⁶. Comentários acerca desses julgamentos chegaram a afirmar que o “sucesso” do TPII seria exatamente a medida do seu fracasso, em virtude do uso do julgamento por Milosevic e outros para reafirmar e propagar suas próprias “razões de Estado”. Não só. Como Danilo Zolo bem argumenta, um sério problema relacionado à jurisdição penal internacional, que se assevera em tribunais *ad hoc* como o TPII, cuja legitimidade fica atrelada, no final das contas, à discussão acerca da formação das decisões políticas do Conselho de

²⁵³ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 51-52.

²⁵⁴ Art. 2º da Resolução 827 do Conselho de Segurança de 25 de maio de 1993. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁵⁵ Mais dados podem ser obtidos no *site* oficial da ONU – em português. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

²⁵⁶ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 53.

Segurança da ONU²⁵⁷, tem que ver com a profunda indeterminação acerca do que realmente se busca com a aplicação da pena no cenário da jurisdição internacional, amplificando um problema que a teoria da pena já sofre em contornar no ambiente interno, mas que parece ser muito mais severo no plano internacional²⁵⁸. Diante das opções retoricamente apresentadas para justificar a implantação desses tribunais, fica-se, no final das contas, diante da necessidade de se aceitar a legitimidade deste exercício de poder punitivo unicamente com base em sua suposta capacidade de assentar historicamente os fatos ocorridos com base em um ritual compartilhado (função de não esquecimento), para o que seria facilmente defensável alternativas não atreladas aos custos sociais, financeiros e políticos do uso de um sistema judicial punitivo de proporções globais. Fora isso, o que se tem é o velho argumento pela *retribuição exemplar*, que retoma o que a filosofia da pena tem de mais medieval²⁵⁹.

Indo adiante, a breve história da institucionalização da justiça penal internacional nos remete ao TPIR, criado pela Resolução n. 955, de 8 de novembro de 1994, do Conselho de Segurança da ONU. A razão de ser do TPIR está ligada ao violento genocídio ocorrido entre os meses de abril e julho de 1994 em Ruanda, cujo número de mortos oscila entre 500 mil e um milhão, fruto das severas hostilidades entre membros das tribos *hutu* e *tutsi*, que remontam ao passado longínquo.

Em 6 de abril de 1994, o avião que transportava os presidentes de Ruanda e do Burundi é abatido sobre Kigali. Os *hutus* acusam os *tutsis* pelo “atentado” e dão início a uma sangrenta onda de ataques aos *tutsis*, liderada pelas milícias *interahamwe*. Finalmente, em 30 de junho, após diversos massacres terem sido

²⁵⁷ Não há como negar que os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* deram vazão a uma seletividade para além do já “esperado” em termos de justiça criminal. Tomando em conta mesmo Nuremberg e Tóquio, mas também o TPII e o TPIR, percebe-se que a escolha da competência temporal, do tipo de delito (exclusão dos crimes contra paz e fechamento de olhos para o uso de armamento proibido por legislações internacionais) e mesmo, em alguns casos, dos acusados em si, retira qualquer possibilidade de aceitação do discurso de “combate à impunidade” que tanto animou Robert Jackson e posteriores defensores intransigentes da jurisdição penal internacional.

²⁵⁸ Também Rui Dissenha aborda esse aspecto, ao perceber a inclusão de “novas” finalidades para a pena no âmbito da justiça criminal internacional, como a “busca pela verdade”, a “personalização da criminalidade” ou “permitir a restauração” da paz, concluindo, com apoio na doutrina de Massimo Pavarini, que: “Para além da inefetividade e seletividade das jurisdições penais internacionais [...] o que acaba punindo, portanto, não é tanto a conduta delituosa, mas, sim, a inabilidade em praticá-la. [...] se a pretensão dos tribunais penais internacionais era a de evitar crimes universais e massacres dessa espécie pelo exemplo da punição ou pelo reforço da crença nos direitos humanos, então há evidências de que falharam miseravelmente em seu intento” (DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 233-241).

²⁵⁹ ZOLO, Danilo. Peace through criminal law? **Journal of International Criminal Justice**, n. 2, 3. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 727-734.

noticiados, a Comissão de Direitos Humanos da ONU publica um relatório afirmando o caráter programado e sistemático dos ataques, o que caracteriza o genocídio. Em novembro, como se viu, o TPIR é criado, tendo por função julgar quaisquer pessoas consideradas responsáveis por atos de genocídio e outras graves violações do direito internacional humanitário cometidos no território de Ruanda, e os cidadãos ruandeses considerados responsáveis pelos mesmos atos e violações cometidos nos territórios vizinhos, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994²⁶⁰. “O TPIR é ainda mais *ad hoc* que o TPII”²⁶¹.

A competência material do tribunal estabelece-se sobre crimes de genocídio, crimes contra humanidade e violações das Convenções de Genebra e seu Protocolo adicional (conceituação restritiva dos crimes de guerra). No mais, o Estatuto se mostra bastante semelhante ao do TPII. O TPIR iniciou suas atividades em novembro de 1995 e, ao todo, 93 pessoas foram indiciadas (das quais 80 foram formalmente acusadas). Como resultado, 62 sentenças foram pronunciadas, com 14 absolvições²⁶². Foi a *primeira vez que um tribunal penal internacional proferiu condenações pelo crime de genocídio*. Também foi o primeiro tribunal a estabelecer o estupro dentro do âmbito do direito penal internacional e tomá-lo entre as formas de perpetração do crime de genocídio. Mais ainda, o TPIR inovou em termos de imputação ao *atribuir responsabilidade penal a membros da mídia por instigação* ao genocídio. Suas atividades foram finalizadas em dezembro de 2015, após o proferimento do 45º julgamento definitivo (*Appeals Chamber*) pelo tribunal (o último *trial case* tendo sido julgado em 20 de dezembro de 2012 – caso *Ngirabatware*)²⁶³. Situações residuais do TPII e TPIR estão sendo cuidadas por um órgão especial dentro do Conselho de Segurança da ONU, conhecido como *Mechanism for International Criminal Tribunals*.

²⁶⁰ Conforme o art. 1º da Resolução n. 955 do Conselho de Segurança da ONU: “... to establish an international tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994 and to this end to adopt the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda annexed hereto”.

²⁶¹ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 58.

²⁶² Alguns outros números do julgamento: 31 condenados à prisão transferidos para um Estado para cumprir sua sentença (22 dos quais já cumpriram), seis morreram ao cumprir sua sentença, um morreu antes de ser transferido para cumprir sua sentença, três morreram antes do julgamento, 14 foram absolvidos e duas acusações foram retiradas. Disponível em: <<http://unictr.irmct.org/en/cases/key-figures-cases>>. Acesso em: 31 out. 2018.

²⁶³ Sobre o encerramento, disponível em: <<http://unictr.irmct.org/en/news/ictr-host-closing-events-december-2015>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

Levando adiante a reflexão sobre os desafios dogmáticos enfrentados pelos tribunais penais internacionais, nos julgamentos do TPII e do TPIR, questão bastante tormentosa teve que ver com a *responsabilização penal por autoria mediata*, em especial por *superiores hierárquicos* ou líderes de organizações não governamentais, militares ou paramilitares, no âmbito da competência material daqueles tribunais. Foi utilizada, por exemplo, a doutrina das *Joint Criminal Enterprise*²⁶⁴, cunhadas na

²⁶⁴ A doutrina das Joint Criminal Enterprise (JCE) se divide em três modalidades. A primeira delas (JCE1) se baseia no conceito de *plano comum*, exigindo a presença de um elemento subjetivo coletivamente compartilhado. A segunda (JCE2), conhecida como sistemática, baseada na avaliação de condutas relacionadas com o funcionamento dos campos de concentração, foi trabalhada pelo TPII nos casos *Tadic* e *Krajisnik*. Fundamenta-se na participação ativa e conjunta (*joint action* – “*acting jointly and in reciprocal coordination*”) para execução de um sistema de repressão, podendo ser valorada a partir da posição de autoridade e das funções específicas desempenhadas pelo acusado no funcionamento dos campos. Não é condição necessária que o acusado possua uma posição de autoridade, mas sim que *participe ativamente* no desenvolvimento das formas de tratamento dispensadas às vítimas. Também não se exige um plano ou acordo *expresso*. A intenção de participação e apoio é presumida a partir do conhecimento das atividades criminosas, bastando a contribuição consciente, substancial ou decisiva (*manifestly decisive* – “*has made a significant contribution to the crimes’s comission*”) do agente. A terceira modalidade de JCE (JCE3), denominada “estendida”, se relaciona com condutas delitivas que não estavam previstas no plano comum original, mas que de todo modo poderiam ser *naturalmente previstas como consequência provável* da concretização dos propósitos ilícitos originais do grupo. A responsabilidade estaria calcada na *participação voluntária* do agente em relação ao *plano comum original* aliada à *previsibilidade razoável dos desdobramentos* delitivos consequenciais, ainda que não previstos de modo concreto ou mesmo não desejados pelo acusado. Todas as três modalidades sofrem inúmeras críticas. Ponto importante é que, embora se possa traçar as origens das JCE na jurisprudência de países com tradição no *common law*, o que por si só gera significativos desafios para sua implantação em um sistema de justiça criminal que se pretenda respeitador dos princípios da legalidade e da culpabilidade individual, sua configuração mais precisa provém das próprias decisões dos Tribunais Penais Internacionais, o que permite a categorização das JCE como forma especial de responsabilização penal individual voltada aos crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra humanidade. Sobre o tema: AMBOS, Kai. **A Parte Geral do direito penal internacional**: Bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: RT, 2008; AMBOS, Kai. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. **Journal of International Criminal Justice**, v. 5, n. 1, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 159-183; AMBOS, Kai. Superior Responsibility. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of the International Criminal Court**: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. 1, p. 805-854 (versão eletrônica utilizada), p. 823-872; BIGI, Giulia. Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Senior Political and Military Leaders: The Krajišnik Case. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 14, 2010. p. 51-83; BOGDAN, Attila. Individual Criminal Responsibility in the Execution of a “Joint Criminal Enterprise” in the Jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the Former Yugoslavia. **International Criminal Law Review**, n. 6, 2006, p. 63-120. STEER, Cassandra. **Translating Guilt**: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes. Springer International Publishing AG: Asser Press, 2017; WILT, Harmen van der. Joint Criminal Enterprise: possibilities and limitations. **Journal of International Criminal Justice**, n. 5. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 91-108; ZIMMERMANN, Frank. **Comparing the Criminal Liability of Political Decision-Makers**: a Comparative Perspective. Springer International Publishing AG, 2017. No Brasil: MAIA, Vitor Bastos. **A autoria mediata na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Público). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. ZEN, Cassio Eduardo. **As companhias militares privadas e o direito internacional criminal: o reconhecimento da responsabilidade criminal e da personalidade jurídica dos dirigentes corporativos segundo o Estatuto de Roma**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

experiência jurisprudencial de países do *common law*, cuja elaboração mais detalhada pertence à tradição jurídica norte-americana. Como dito, sua utilização está intimamente ligada com a possibilidade de incriminação por autoria mediata, quer na modalidade *conspiração*, quer como *responsabilidade por ocupação de uma posição de comando, na forma omissiva inclusive*. Embora ambos os estatutos não previssem a possibilidade de aplicação da referida doutrina²⁶⁵ e, segundo alguns autores, contivessem elementos em clara contrariedade aos pressupostos de imputação que são trazidos por estas doutrinas, os tribunais se basearam nelas em sua fundamentação, de modo um tanto confuso, é verdade, ao tratar da responsabilidade penal de diversos réus considerados “chave” nos processos levados perante ambas as Cortes.

Não tardaram as críticas ao seu uso. A dificuldade em encontrar um paradigma dogmático seguro, coerente e estável é ainda mais significativa quando se toma em conta que, posteriormente, o Tribunal Penal Internacional permanente rechaçou a utilização das JCE justamente por entendê-las em desacordo com um consenso

²⁶⁵ Sobre esse ponto, a *Appeals Chamber* do TPII se manifestou no seguinte sentido:
 “The Tribunal’s jurisdiction *ratione personae* – Joint criminal enterprise and the Tribunal’s Statute – The nature of joint criminal enterprise – Joint criminal enterprise and conspiracy – Joint criminal enterprise and membership in a criminal organization.
 The Tribunal’s jurisdiction *ratione personae*: in order to fall within the Tribunal’s jurisdiction *ratione personae*, any form of liability must satisfy four pre-conditions: (i) it must be provided for in the Statute, explicitly or implicitly; (ii) it must have existed under customary international law at the relevant time; (iii) the law providing for that form of liability must have been sufficiently foreseeable at the relevant time to anyone who acted in such a way; and (iv) such person must have been able to foresee that he could be held criminally liable for his actions if apprehended.
 Joint criminal enterprise and the Tribunal’s Statute: the reference to that crime or to that form of liability does not need to be explicit to come within the purview of the Tribunal’s jurisdiction. The Statute of the ICTY is not and does not purport to be a meticulously detailed code providing for every possible scenario and every solution thereto. It sets out in somewhat general terms the jurisdictional framework within which the Tribunal has been mandated to operate. The list in Article 7(1) appears to be non-exhaustive in nature as the use of the phrase ‘or otherwise aided and abetted’ suggests.
 The nature of joint criminal enterprise: insofar as a participant shares the purpose of the joint criminal enterprise (as he or she must do) as opposed to merely knowing about it, he or she cannot be regarded as a mere aider and abettor to the crime which is contemplated. Joint criminal enterprise is a form of ‘commission’ pursuant to Article 7(1) of the Statute.
 Joint criminal enterprise and conspiracy: joint criminal enterprise and “conspiracy” are two different forms of liability. While mere agreement is sufficient in the case of conspiracy, the liability of a member of a joint criminal enterprise will depend on the commission of criminal acts in furtherance of that enterprise.
 Joint criminal enterprise and membership in a criminal organization: criminal liability pursuant to joint criminal enterprise is not a liability for mere membership or for conspiring to commit crimes but a form of liability concerned with the participation in the commission of a crime as part of a joint criminal enterprise, a different matter” (The Prosecutor v. Milutinovic et al. – Case n. IT-99-37-AR72. Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise. 21 de Maio de 2013. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp41-e/milutinovic-a.htm>. Acesso em: 30 out. 2018).

internacional mínimo (nem mesmo na qualidade de “costume internacional”) acerca dos limites de reponsabilidade penal mediata ou coletiva²⁶⁶.

Feito este último comentário acerca da complexa demanda criada pelos tribunais internacionais em prol de um arcabouço teórico em matéria de teoria do delito que tenha bases internacionais comuns, chega-se à discussão acerca daquela que é, sem dúvida, a manifestação mais significativa em termos de jurisdição penal com pretensões universais – a criação do Tribunal Penal Internacional permanente (TPI), com sede em Haia, Holanda²⁶⁷.

A criação do TPI é a concretização de um projeto que, em termos fáticos, teve sua propulsão inicial com a Resolução n. 260, de 9 de dezembro de 1948. No texto da Resolução, adotava-se o delito de genocídio como crime contra o direito internacional e o submetia à jurisdição de uma “corte criminal internacional” a ser criada. A Comissão de Direito Internacional manifestou-se a favor da criação da Corte e então iniciou a elaboração daquilo que um viria a ser o Estatuto de Roma²⁶⁸, assinado em 17 de julho de 1998, criando, formalmente, o TPI. Grandes potências se manifestaram contra o projeto e muitas até hoje são fortemente refratárias a ideia do TPI²⁶⁹.

²⁶⁶ Sobre a opção pela aplicação da teoria do domínio do fato na avaliação da autoria mediata (coparticipação), ver: AMBOS, Kai. **Article 25: Individual Criminal Responsibility** (December 14, 2011). Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court, second edition, p. 743-770, O. Triffterer, ed., München, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1972186>>. Acesso em: 7 nov. 2018; AMBOS, Kai. The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of Legal Issues. **International Criminal Law Review**, v. 12, 2012, p. 115 *et seq.*; JOHNSON, Larry D. The *Lubanga* Case and Cooperation between the UN and the ICC: Disclosure Obligation v. Confidentiality Obligation. **Journal of International Criminal Justice**, v. 10, n. 4, 1 set. 2012, p. 887-903. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqs048>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

²⁶⁷ Não se ignora a experiência dos tribunais penais “híbridos” ou “mistos”, como os Painéis Especiais para Crimes Graves no Timor Leste, o Programa de Juízes e Promotores Internacionais no Kosovo, a Câmara de Crimes de Guerra na Bósnia-Herzegovina, a Corte Especial para Serra Leoa, as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja, o Tribunal Especial para o Líbano e as Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário Senegalês. Porém, diante do escopo de análise deste trabalho, optou-se por não os tratar individualmente, em especial porque seu desenvolvimento não altera substancialmente as conclusões que se pode retirar, para compreensão do processo de internacionalização do direito penal, do exame dos tribunais examinados em espécie. Para uma análise mais profunda e específica destes tribunais híbridos: ANNONI, Danille; MENDONÇA, Dabrowski de Araujo. Tribunais mistos: uma análise do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35.1, jan.-jun. 2015, p. 101-133; LIMA, Renata Montovani de. **Tribunais híbridos e justiça internacional penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

²⁶⁸ O projeto foi interrompido em 1957, sendo retomado em 1990.

²⁶⁹ Particularmente os Estados Unidos, mas também a China e a Rússia, que nunca ratificaram o TPI, embora tivessem assinado o texto-base, ato que foi desfeito por Vladimir Putin em 16/11/2016. Sobre a posição dos Estados Unidos, é interessante destacar recente (25/09/2018) manifestação do Conselheiro de Segurança Nacional, John Bolton, afirmando a “ilegitimidade” da Corte e ameaçando proibir a entrada no país de juízes e promotores a serviço do TPI. A manifestação esteve relacionada com a possibilidade de investigação em relação às ações dos Estados Unidos no Afeganistão.

A competência material do TPI é definida no art. 5º do Estatuto, que estipula que o tribunal processará e julgará os crimes de genocídio, crimes contra humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão. A tentativa de definir o crime de agressão não logrou êxito nas discussões que deram vida ao Estatuto²⁷⁰. No mais, a conceituação dos demais delitos sob competência do TPI receberam, em seu Estatuto, tratamento mais detalhado do que nas anteriores experiências de jurisdição penal internacional, o que não significa dizer que a sua competência é mais extensa que dos tribunais de Nuremberg, Tóquio ou dos tribunais *ad hoc* instaurados pelas Resoluções do Conselho de Segurança da ONU. Não se trata tanto de uma distensão da competência (intentada nos trabalhos preparatórios do Estatuto, tendo em vista os crimes de terrorismo e o tráfico internacional de entorpecentes, por exemplo), mas de

Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/juiz-lamenta-ameaca-infeliz-dos-eua-a-tribunal-internacional/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁷⁰ Posteriormente, passados mais de dez anos, em 2010, a tipificação foi construída no “Acordo de Kampala”, em que ficou definido, no art. 8 *bis*: “For the purpose of this Statute, ‘crime of aggression’ means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations”. A atribuição de competência ao TPI para processamento dos crimes contra paz sofreu forte pressão política, inclusive por se colocar em meio ao debate em relação à independência do TPI frente ao Conselho de Segurança da ONU (levando em conta, inclusive, o que prevê o art. 24 da Carta da ONU). A entrada em vigor do referido artigo dependia do que estabelece o art. 121, 5, do Estatuto de Roma, que versa sobre as possíveis emendas referentes a jurisdição material: “5. Qualquer alteração ao artigo 5º, 6º, 7º e 8º do presente Estatuto entrará em vigor, para todos os Estados Partes que a tenham aceitado, um ano após o depósito dos seus instrumentos de ratificação ou de aceitação. O Tribunal não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado Parte que não tenha aceitado a alteração, ou no território desse Estado Parte”. Além disso, o § 2º, comum aos arts. 15 *bis* e 15 *ter* do Acordo, estabelece que a jurisdição só poderá ser exercida um ano após o 30º instrumento de ratificação ou aceitação pelos Estados Partes. Esta condição foi atingida em 26 de junho de 2016, quando a Palestina ratificou o Acordo (o Brasil, embora instado a fazê-lo, não adotou tal medida). O § 3º dos arts. 15 *bis* e 15 *ter* ainda exigia que a Assembleia dos Estados Partes decidisse pelo exercício da jurisdição do TPI sobre os crimes de agressão e determinava que tal decisão só poderia ser tomada a partir de 1º de janeiro de 2017. Na 16ª Assembleia dos Estados Partes, que teve lugar entre os dias 4 e 15 de dezembro de 2017, tomou-se a referida decisão. Por fim, cabe ressaltar que a Resolução RC/Res. 6, de novembro de 2010, foi adotada nos termos do art. 121, 5, demandando o consentimento do Estado cujo nacional é acusado de agressão para o exercício da jurisdição do TPI, consentimento a ser obtido com a adesão ao Acordo. Resumindo, o TPI poderá exercer sua jurisdição sobre crimes de agressão cometidos a partir de julho de 2018, desde que ambos os Estados (do(s) agressor(es) e da(s) vítima(s)) tenham ratificado as emendas do Acordo de Kampala. Esse consentimento não é, contudo, necessário quando o acionamento da jurisdição do TPI se dá com base em resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Isso porque, como reconheceu o próprio TPI, em decisão de julho de 2017 acerca da não cooperação com o tribunal por parte da África do Sul, uma resolução do Conselho de Segurança adotada sob o capítulo VII da Carta tem o condão de criar obrigações análogas às dos Estados Partes, até mesmo para estados que não tenham manifestado consentimento em vincular-se pelo Estatuto de Roma.

uma maior clarificação do conteúdo das categorias já anteriormente previstas nos Estatutos dos tribunais anteriores.

Por outro lado, a competência territorial do TPI, embora se pretenda universal, fica restrita, num primeiro momento, aos crimes praticados em territórios dos países que assinaram e ratificaram a convenção que decreta a criação do Estatuto. No que tange à competência temporal, o TPI difere dos seus antecessores por não possuir um marco final para o exercício de sua jurisdição, senão um marco inicial – crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto²⁷¹. Vale lembrar que o TPI passou a vigorar em 1º de julho de 2002, decorrido o prazo, exigido pelo art. 126 do Estatuto, após a 60ª ratificação deste²⁷².

Outras duas diferenças relevantes, ainda em termos de competência, têm que ver com a limitação ao processamento e julgamento de maiores de 18 anos (art. 26), não prevista em outros Estatutos, assim como o afastamento da possibilidade de julgamento de pessoas jurídicas ou declaração de organizações como criminosas e passíveis de sanção pelo TPI (art. 25, 1).

²⁷¹ Na opinião de Bazelaire, ocorre, com a previsão da competência temporal demarcada pela entrada em vigor “uma incoerência. Por um lado, os crimes da alçada da Corte são imprescritíveis (art. 29) e, por outro lado, as disposições do Estatuto criam um parêntese temporal. Os criminosos de guerra ou contra humanidade que terão ou tiverem tido a sorte, até a mesmo a perspicácia, de cometer seus delitos em local território diferente do território de competências dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* e antes da entrada em vigor do CPI [TPI] estão definitivamente a salvo das acusações. Mas ao mesmo tempo em que é uma incoerência, é uma injustiça, pois abandonamos dessa forma todas as vítimas das grandes ideologias do século XX: o Goulag, os ditadores sul-americanos, o massacre de populações cambojanas pelo regime de Pol Pot, a Revolução Cultural Chinesa e tantas outras [...] A questão da competência temporal evidencia cruamente as ambiguidades dos Estados signatários sobre a justiça internacional” (BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 89-90). Ainda que se admire a defesa intransigente do autor quanto à persecução de graves violações de direitos humanos pela jurisdição penal internacional, o mesmo não explica como poderia ser diferente a estipulação de competência temporal sem, com isso, aceitar-se o rompimento de princípios de justiça que são reconhecidos pela maior parte dos países que ratificaram a Convenção. Explica-se: o Estatuto do TPI não apenas funciona como documento constitutivo do órgão judicante em matéria de direito penal internacional, mas também como criador dos tipos penais que estarão sob sua égide. Com isso, como se conciliarão os princípios da legalidade, que exige lei *prévia* e mesmo o direito a um *juiz natural e competente*, sem que se estabelecesse o marco temporal inicial de vigência do TPI? Mesmo que se tentasse manobrar esta exigência por atribuir a tarefa de conceituação dos tipos penais a um documento internacional confeccionado anteriormente, aproveitando, quem sabe, as definições trazidas pelos Estatutos dos tribunais que antecederam o TPI (o que, de qualquer forma, não foi caso, mas se argumenta aqui por amor ao debate), a efetiva possibilidade de atribuição de pena a uma conduta não especificada claramente no Estatuto soaria aos Estados com tradição romano-germânica um rompimento de tal magnitude com as bases do sistema penal em que estão fundados que a própria legitimidade (e, com isso, as possibilidades de ratificação da Convenção) ficariam insanavelmente fragilizadas.

²⁷² “Artigo 126 – entrada em vigor

1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.”

A responsabilização penal pela omissão de um superior hierárquico foi alargada com o Estatuto do TPI, mesmo quando comparado com o TPII e o TPIR. O art. 7º.3 do Estatuto do TPII previa deveres de vigilância para o superior hierárquico, atribuindo a ele responsabilidade penal por atos de seus subordinados “se sabia ou tinha motivos para saber” que este se preparava para cometer ou já tinha cometido os crimes previstos no Estatuto e não tomou as medidas “necessárias e razoáveis” para impedir ou punir estas condutas. O art. 6º.3 do Estatuto do TPIR é praticamente idêntico. Já no Estatuto do TPI, o artigo que trata da responsabilização por omissão do superior hierárquico vai além, não apenas admitindo a responsabilidade penal em decorrência da *possibilidade* de conhecimento de condutas típicas previstas no Estatuto por parte de seu subordinado, mas instituindo um *dever* de controle, por meio do qual se poderia exigir o conhecimento destas práticas. A mudança não é superficial. Ao estabelecer este dever de controle, o TPI inverte o ônus probatório em termos de imputação. Não mais sendo necessário provar que o superior “tinha motivos para saber”, mas tomando de sua posição de comando esse conhecimento como pressuposto (como o “motivo” definitivo, normatizando um elemento do tipo omissivo que até então poderia ser tido como “empírico”, suscetível de prova em contrário) para possibilidade de sua responsabilização penal, reduz-se significativamente a margem de análise da culpabilidade deste agente²⁷³. Esta situação é atenuada pela exigência

²⁷³ O dever de controle é assim definido no art. 28 (grifos acrescentados):

“Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e *controle efetivos*, conforme o caso, pelo fato de *não exercer um controle apropriado* sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, *deveria ter tido conhecimento* de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre *superiores hierárquicos* e subordinados, *não referidos na alínea a)*, o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e *controle efetivos*, pelo fato de não ter exercido um *controle apropriado* sobre esses subordinados, *quando*:

a) O superior hierárquico *teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente* que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e *controle efetivos*; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.”

de um controle “efetivo”, que figura como um elemento material (empírico, suscetível de prova em contrário) capaz, em teoria, de conformar a imputação formal a um critério que afaste a responsabilidade objetiva em matéria penal, inaceitável em sistemas de justiça criminal calcados no princípio da culpabilidade (como o são os de tradição romano-germânica).

O TPI teve, recentemente, a primeira grande oportunidade de se manifestar sobre essa forma de reponsabilidade penal, por ocasião do julgamento de recurso interposto pela defesa de Jean Pierre Bemba, que havia sido condenado em março de 2016 por uma das Salas de primeira instância do TPI pelos crimes de guerra (homicídio, violação e pilhagem) e crimes contra humanidade (homicídio e violação), cometidos por seus subordinados entre 2002 e 2003 na República Centro-Africana. Utilizou-se, para imputação, a noção de controle já mencionada. No julgamento em segunda instância, a Sala de Recurso, por sua vez, em 8 de junho de 2018, absolveu Bemba em votação apertada (três votos pela absolvição, dois pela manutenção da condenação). Além de questões probatórias e da excessiva generalização da denúncia, a absolvição teve por base a análise das contramedidas exigíveis a um superior hierárquico a fim de afastar sua responsabilidade penal de acordo com as normas estabelecidas no Estatuto. Desta forma, “o principal problema da responsabilidade de Bemba como superior foi a valoração das medidas adotadas por este” para prevenir ou punir as condutas típicas de suas tropas. A apreciação da maioria dos juízes da Sala de recurso foi no sentido de que essas foram “necessárias e razoáveis”. O aspecto essencial examinado foi aquilo que poderia ser considerado como “efetivo” controle. No caso em tela, concluiu-se que, pelo fato de Bemba se encontrar afastado do âmbito direto em que os delitos foram cometidos, incapaz de exercer vigilância direta e por não ter controle “sólido” sobre a atuação das tropas (que em parte eram estrangeiras e, de todo modo, se encontravam em território estrangeiro), não se poderia atribuir a ele uma deficiência no controle capaz de justificar sua responsabilidade penal pessoal²⁷⁴. Nos votos, ficou consignado que não

²⁷⁴ Summary of the Appeal Judgment in the case *The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo*. Read by Presiding Judge Christine Van den Wyngaert, The Hague, 8 June 2018: “25. First, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber erred by failing to properly appreciate the limitations that Mr Bemba faced in investigating and prosecuting crimes as a remote commander sending troops to a foreign country. Whilst the Trial Chamber had some regard to such difficulties, it ignored significant testimonial evidence indicating that Mr Bemba’s power to investigate crimes committed in the CAR was limited and that he faced logistical difficulties in conducting investigations. It also ignored the fact that throughout the 2002-2003 CAR Operation the MLC relied upon cooperation with the CAR

se pode exigir o impossível²⁷⁵ e que o ônus de provar o controle deficiente cabe à acusação, tendo por base um critério de “diligência razoável” por parte do superior hierárquico e o nível de “dependência direta” dos subordinados em relação àquele. Também se afirmou a necessidade de avaliação das circunstâncias do caso concreto, analisado por uma perspectiva *ex ante*. Enfim, enfatizou-se a necessidade de uma avaliação realista das possibilidades de controle efetivo em detrimento de uma visão objetivista²⁷⁶ de sua configuração²⁷⁷.

Além dessas questões relativas à competência e à tipificação dos delitos, a função desempenhada pelo procurador sofreu alteração em relação ao que se previu nos Estatutos dos tribunais anteriores ao TPI. Nestes, havia uma liberdade quase incondicionada ao procurador no que diz respeito à seleção dos casos a serem levados a julgamento. Já nos moldes estabelecidos pelo Estatuto do TPI, o procurador, embora possa iniciar, por iniciativa própria, um inquérito em relação aos crimes sob competência do tribunal (art. 15.1), a decisão de dar prosseguimento será submetida a uma decisão do Juízo de Instrução (*Pré-Trial Chamber*), conforme determina o art. 15.3. A recusa deste não impede a abertura de um novo inquérito (caso surjam novas provas), mas obsta a continuidade com base apenas nos fatos e documentos oferecidos no primeiro momento. De outra monta, caso o procurador

authorities”.

²⁷⁵ “A finding that the measures deployed by a commander were insufficient to prevent or repress an extended crime wave does not mean that these measures were also insufficient to prevent or repress the limited number of specific crimes for which the commander is ultimately convicted” (idem).

²⁷⁶ Importante, porém, destacar um ponto trazido pelo voto dissidente conjunto dos dois juízes que votaram pela manutenção da condenação, relacionado com a forma de apreciação da responsabilidade do superior hierárquico: “44. [...] The Dissenting Judges consider the Majority’s position to misconstrue the nature of criminal liability under article 28 of the Statute. In their view of this mode of responsibility, the issue is not whether Mr Bemba was responsible for any deficiencies or limitations in the measures that he took. Rather, the question is whether, also in light of the measures Mr Bemba did take, it can be said that he took all necessary and reasonable measures to prevent, repress or punish the commission of crimes. The Dissenting Judges would have found that the Trial Chamber did not error in its consideration of this issue. 47. For the Dissenting Judges, the key question, both during the trial and on appeal, is whether the measures that Mr Bemba took were commensurate with all the necessary and reasonable measures that were within his power. The enquiry in the present case was two-fold: whether Mr Bemba failed to take all necessary and reasonable measures within his power to: (i) prevent or repress the commission of crimes; and (ii) submit the matter to the competent authorities for investigation or prosecution. The Dissenting Judges consider that these questions could only be properly answered with due regard to the scale and duration of the crimes committed, Mr Bemba’s knowledge thereof and the full range of measures available to him in the circumstances, based on the extent of his control over the troops. The Dissenting Judges regret that the Majority limited its analysis to the measures that Mr Bemba took and they consider that its confined examination of this isolated aspect of the case led it to an erroneous conclusion” (idem).

²⁷⁷ AMBOS, Kai. A absolvição de Jean Pierre Bemba e a responsabilidade do superior. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 308, ano 26, jul. 2018. p. 3-4.

entenda não haver base para abertura de um inquérito, ainda que provocado por um Estado parte a fazê-lo, estará obrigado apenas a informar sua decisão a quem tiver apresentado a informação (art. 15.6)²⁷⁸.

Ademais, o TPI rege-se por uma lógica de atuação diferente dos outros tribunais, em que o espaço geográfico ou o conflito abordado foi previamente definido. Fala-se, no caso do TPI, em *complementariedade*²⁷⁹. O art. 17 fixa a regra central pela qual a subsidiariedade do TPI é desenhada, atribuindo, como requisito de admissibilidade, a involuntariedade ou incapacidade de um Estado em realizar a persecução criminal adequada e suficiente em relação aos crimes sob competência material do TPI²⁸⁰. Os critérios para aferição da involuntariedade levam em conta a negligência motivada pelo propósito de garantir a impunidade de determinadas pessoas, o prazo razoável para processamento e o grau de independência e imparcialidade com que a jurisdição nacional está sendo exercida. No caso da incapacidade, esta será determinada a partir da valoração do colapso “total ou substancial” do sistema de administração da justiça do Estado em cujas condutas

²⁷⁸ Comentando esse aspecto e vendo nisso um sério risco para permissão da seletividade penal, Rui Dissenha aponta: “A falta de uma definição do que seja uma “situação” implica o fato de que a Acusação poderá decidir quais os seus limites: podem ser geográficos e temporais, mas também, eventualmente, podem tratar de condições de nacionalidade (como ocorre no TPIR, com a sua atuação definida para os crimes cometidos por ruandeses nos Estados vizinhos), origem ou vinculação a uma ou outra parte de um conflito, o que abriria as portas para uma seletividade menos honrosa do Tribunal”. Especificamente sobre a mera necessidade de “informar” sua decisão de não abertura do inquérito: Desse modo, é possível um controle judicial da atuação da Acusação apenas “positiva”, pois somente os casos apresentados serão controlados. A não apresentação de um caso será controlada apenas quando o argumento para tanto for o ‘interesse da justiça’ – nos demais casos, bastará o arquivamento pela Procuradoria [...] Ademais, não há motivo para se confiar *mais* na procuradoria do TPI do que nos tribunais da ONU, especialmente quando se verifica como se dá a própria atuação política dentro dos tribunais e diante das críticas que são direcionadas à própria pessoa que ocupou o cargo de Procurador do TPI. Nesse sentido, se o Procurador do TPI agir de forma tão honesta e honrada quanto agiram os demais Procuradores dos tribunais da ONU que o precederam, não há por que se esperar que o quadro da politização da justiça penal internacional mude de alguma forma, o que não é, certamente, um bom sinal” (DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 188-189).

²⁷⁹ Já no art. 1º do Estatuto estabelece-se que o TPI será “complementar às jurisdições penais nacionais”.

²⁸⁰ Na visão de Bazelaire, isso representa “uma incoerência fundamental entre sua universalidade declarada e o controle da situação pelos Estados”, afirmando ainda que a norma internacional deve erguer-se acima dos “interesses estreitos” das nações, esforçando-se para punir “os inimigos de toda a humanidade” (BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 98). Sobre esse último aspecto, é perspicaz a conexão feita entre a aplicação da jurisdição penal internacional e a “teoria” do direito penal do inimigo feita por Rui Dissenha (DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 241-257).

estão supostamente sendo (ou foram) perpetradas.

O Estatuto do TPI cria, adicionalmente, uma nova forma de submissão de nacionais a uma jurisdição penal estrangeira (supranacional), distinta da tradicional medida de extradição. Trata-se da “entrega”, prevista nos arts. 89 e 102.

Ponto que merece pesquisa cuidadosa é o *standard* de garantias processuais que as regras que regem o TPI estabelecem, uma vez que elas podem permitir uma visão conjunta do que seria o quase consenso²⁸¹ acerca de elementos processuais em matéria penal que galgaram o *status* de direitos fundamentais, previstos até mesmo para os submetidos a juízo por delitos, como crimes contra humanidade²⁸². De forma esquemática, pode-se colacionar as seguintes garantias, previstas no regramento do TPI: ser informado de sua acusação de forma clara e detalhada; poder exprimir-se em língua que lhe seja familiar, garantindo-se acesso a um intérprete; dispor de tempo hábil para preparar sua defesa e de audiências privadas com seu defensor; ser julgado em um prazo razoável; ser assistido por um defensor de sua escolha ou por um atribuído a si sem custos, para acompanhamento em todos os atos do processo; paridade de armas, inclusive com respeito a interrogação de testemunhas; estar presente em seu julgamento; direito ao silêncio e a não ser obrigado a se confessar culpado; presunção de inocência (incluindo o direito a não ser detido arbitrariamente, exigindo-se decisão judicial fundamentada para qualquer detenção, assim como a impossibilidade de inversão do ônus da prova e a necessidade de superação da dúvida razoável para condenação); direito a um recurso

²⁸¹ É válido notar que, enquanto Bazelaire afirma que o procedimento previsto para os julgamentos no TPI “é essencialmente de tipo acusatório” (BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *Op. cit.*, p. 108), Kai Ambos assevera que “en el plano de los procedimientos penales internacionales, la tradicional división entre derecho de tradición civil y *Common Law* ha sido superada... en el marco de un sistema de justicia penal internacional que se dirige hacia una convergencia armónica de ambos sistemas” (AMBOS, Kai. **Derecho y proceso penal internacional**: ensayos críticos. México: Distribuciones Fontamara, 2008. p. 223). Isso no que toca às questões processuais, porque em outros aspectos, notadamente nos atinentes à teoria do delito, Kai Ambos é categórico ao afirmar que o sistema do *common law* “tem determinado decisivamente, quase que de maneira exclusiva, a evolução da jurisprudência e das codificações de direito penal internacional. [...] até agora a dogmática e a ciência jurídico-penal de língua alemã não tiveram nenhuma influência prática na configuração de uma Parte Geral de direito penal internacional” (AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50; 59-60). Importante ressaltar, apenas, que essas manifestações do professor alemão foram feitas antes do julgamento de Thomas Lubanga Dylo, quando o TPI adotou, como instrumento de avaliação da autoria mediata, a teoria do domínio do fato, conforme desenvolvida por Claus Roxin, professor da Universidade de Munique.

²⁸² Enquanto os tratados, declarações e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos estabelecem um rol de garantias processuais do acusado em termos abstratos, as regras e os julgados do TPI podem permitir uma apreciação *fática* mais precisa daquilo que realmente se considera o extrato de direitos inalienáveis daquele que se vê processado criminalmente.

das decisões de primeira instância (duplo grau de jurisdição) e a revisão criminal, desde que cumpridas as exigências de admissibilidade; direito a uma audiência imediata após sua prisão²⁸³.

Não menos importante é destacar que o Estatuto elencou princípios basilares, que pretendem ser a base do desenvolvimento de uma verdadeira Parte Geral do direito penal internacional. Além do *no bis in idem*, menciona-se expressamente, em capítulo próprio (Capítulo III), os princípios do *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*²⁸⁴, não retroatividade *ratione personae*, culpabilidade (responsabilidade penal individual), inimputabilidade (do menor de 18 anos)²⁸⁵. Adicionalmente, em termos de elementos da teoria do delito, o Estatuto trata do liame psicológico exigível, denominado “intenção” em seu texto na tradução em português (art. 30), causas de exclusão da responsabilidade, que na tradição civilista são divididas em excludentes de ilicitude e de culpabilidade, mas no Estatuto restaram agrupadas, semelhante ao que ocorre com o conceito de *defences*, próprio dos países do *common law* (art. 31) e o tratamento do erro, dividido em erro de fato ou de direito, ignorando a elaborada distinção da dogmática do *civil law* (art. 32)²⁸⁶.

Trazendo a análise do TPI para experiência brasileira, é preciso afirmar que o

²⁸³ Essas garantias podem ser lidas nos arts. 55, 59, 66, 67, 81, 82, 83 e 84.

²⁸⁴ Michel W. Reiss entende que, embora esses enunciados consagrem, no âmbito do direito penal internacional, o princípio reitor da legalidade, “a omissão do Estatuto no tocante à definição do crime de agressão, ainda que num primeiro momento, e a abertura dada com relação à aplicação da pena ... demonstram que o princípio da legalidade não foi valorizado adequadamente” (REISS, Michel W. **Tribunal Penal Internacional**: construindo o direito internacional penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 171).

²⁸⁵ Arts. 20 e 22 a 26.

²⁸⁶ Com base nisso, Ambos afirma que o conceito de crime no direito penal internacional não é o que estão acostumados a trabalhar os penalistas de países que recebem influência do desenvolvimento dogmático de matriz alemã, em que a teoria do tipo e as posteriores acomodações de categorias terminaram por categorizar o fato punível como conduta humana típica, antijurídica e culpável, incluídos os pressupostos de imputação e punibilidade. Entende o autor que, no trato do direito penal internacional, o conceito de crime está “orientado para dicotomia anglo-americana *actus réus/mens rea* e *offence/defence*” (AMBOS, Kai. Da “Teoria do Delito” de Beling ao conceito de delito no direito penal internacional. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 3, Coimbra, ano 16, jul.-set. 2006. p. 373). Parece merecer acolhida a afirmação de Ambos. Mesmo no caso do elemento psicológico exigido, a redação do art. 30 se aproxima mais da *mens rea* do *common law* do que da estruturação do dolo e da culpa no direito continental. Assim, Luciana Boiteux: “O Estatuto não segue a tradicional teoria do delito, pois desconhece sua conceituação dogmática... mas se aproximando do sistema legal anglo-saxão nesse aspecto”. Afirma ainda a autora que, no Estatuto, inexistente a possibilidade de responsabilidade penal na modalidade culposa (BOITEUX, Luciana. Os princípios penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano [coord.]. **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 110). Seja dito, como finalização deste ponto, que a redação do art. 30, assim como do art. 28, traz em si as angústias e as dificuldades de um dos grandes debates dogmáticos da seara penal: aquele que diz respeito à porosa fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, ou entre *intent* e *recklessness* (não se afirmando aqui que *intent* corresponde de forma idêntica ao dolo eventual e a culpa consciente à noção de *recklessness*).

Brasil, ainda que tenha se mostrado, de início, bastante disposto a adotar sua jurisdição²⁸⁷, tem falhado em adotar as medidas necessárias para manter esse compromisso²⁸⁸. Isso é dito em virtude da falha em tipificar os delitos previstos no Estatuto no seu ordenamento em plena harmonia com a previsão normativa lá estabelecida e pela demora em ratificar o Acordo de Kampala²⁸⁹. Conforme explica Luciana Boiteux, “apesar de alguns crimes já serem previstos pelo direito brasileiro, como o genocídio... não estão tipificados os demais crimes contra humanidade constantes no ETPI, com exceção da prática de tortura”²⁹⁰. A autora ainda diz que, no caso dos crimes de guerra, o “descompasso é ainda maior”, uma vez que há completa ausência de previsão normativa penal em relação a estes²⁹¹.

É verdade que o Código Penal brasileiro contempla hipóteses de harmonização da normativa internacional em matéria penal com a legislação nacional, mas estas figuram insuficientes para afirmação de atendimento aos deveres impostos pelo

²⁸⁷ O Brasil assinou o Tratado em 07/02/2000 e depositou o instrumento de ratificação em 26/02/2002, internalizando o Estatuto no ordenamento interno por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Ainda antes da ratificação, foi instalado, por meio da Portaria n. 1.036, de 13 de novembro de 2001, um grupo de trabalho destinado a elaborar um anteprojeto para implementação do Estatuto de Roma.

²⁸⁸ Kai Ambos leciona que, em virtude de a sistemática continental dos sistemas de direito penal não permitir uma aplicação imediata das normas penais internacionais (em decorrência de reserva legal, prevista, no caso do Brasil, no art. 22, I, da Constituição Federal de 1988), sobram duas opções para integração da jurisdição penal internacional ao direito nacional no casos destes Estados: a adoção literal dos artigos do Estatuto que determinam a competência material (tipificação dos crimes), que foi o caso, por exemplo, da Bélgica, ou uma codificação própria, que pode ser incorporada ao Código Penal ou estabelecida por meio de lei especial (como exemplo deste último caso a própria Alemanha) (AMBOS, Kai. **Derecho y proceso penal internacional**: ensayos críticos. México: Distribuciones Fontamara, 2008. p. 99).

²⁸⁹ Segundo o portal do Ministério das Relações Exteriores, o “Brasil está comprometido com o processo de ratificação dessas emendas, que se encontra em andamento” (disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>>. Acesso em: 7 nov. 2018).

²⁹⁰ BOITEUX, Luciana. *Op. cit.*, p. 93.

²⁹¹ O Projeto de Lei n. 4.038, de 23 de setembro de 2008, “dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências”. Passados oito anos da apresentação do Projeto (portanto, em 2016), os Deputados Wewerton Rocha e Marcos Rogério entraram com requerimento de urgência. Seu requerimento é o último movimento do processo desde então, segundo informação disponível no site Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>>. Acesso em: 7 nov. 2018. Com respeito aos crimes de guerra, exceção seja feita a uma “previsão totalmente inadequada de crimes de guerra, basicamente contida no Código Penal Militar” (STEINER, Sylvia Helena de F.; BADARÓ, Gustavo H. R. I.; MOURA, Maria Thereza R de A.; JARDIM, Tarciso Dal Maso. Relatório Elaborado pelo IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel [coord.]. **Persecução penal internacional na América Latina e na Espanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 36).

Estatuto de Roma²⁹². Em primeiro lugar porque, em decorrência do princípio da legalidade, como já afirmado, não se poderá admitir, mesmo com base no art. 5º, *caput*²⁹³, o uso da lei internacional como complemento direto, a partir de um simples reenvio da lei nacional para determinação do fato punível. Ademais, as regras de extraterritorialidade previstas no art. 7º do CP brasileiro²⁹⁴ dependem de uma somatória de circunstâncias²⁹⁵ que tornam sua aplicabilidade aquém do exigido pelo *standard* de punibilidade inaugurado pelo Estatuto.

Deve-se mencionar adicionalmente as incompatibilidades entre pressupostos gerais de punibilidade previstos no ordenamento jurídico-penal brasileiro e os parâmetros estabelecidos pelo Estatuto. Exemplo interessante tem que ver com a prescrição. As exceções (crimes imprescritíveis), no caso brasileiro, estão previstas na Constituição Federal de 1988. A possibilidade de o legislador infraconstitucional poder ir além do rol previsto pelo constituinte divide a doutrina²⁹⁶. Fato é que a maioria dos crimes, no Brasil, possui prazo de prescrição regulado pelo art. 109 do Código Penal. O anteprojeto já mencionado, ao tratar dos crimes estabelecidos pelo Estatuto, procurava atender a regra deste no que diz respeito à atribuição de imprescritibilidade.

Outro ponto em relação à integração do sistema punitivo delineado pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro e o que é regulado pelo Estatuto de Roma gira em torno da previsão, neste último, da aplicação de pena perpétua. Sabe-se que no

²⁹² Segundo Kai Ambos, embora o Estatuto não preveja um dever *expresso* de confecção legislativa de normas incriminadoras compatíveis com os tipos penais descritos nos arts. 5 a 8, é simples compreender um dever *implícito* (fático) na regra de complementariedade (art. 17). Isso porque quando o referido artigo determina a incidência da jurisdição do TPI quando o Estado “não tiver capacidade” de fazê-lo, tal capacidade naturalmente “requer uma normativa adequada para poder perseguir o genocídio, os crimes de lesa-humanidade e os crimes de guerra... Por isso, se um Estado não dispõe destes crimes em sua legislação nacional... está obrigado de *fato* a adaptar sua legislação nacional ao Estatuto” (AMBOS, Kai. Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel [coord.]. **Persecução penal internacional na América Latina e na Espanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 27-28 – grifo do original)

²⁹³ “Art. 5º – Aplica-se a lei brasileira, *sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional*, ao crime cometido no território nacional.” (grifo acrescentado)

²⁹⁴ “Art. 7º – Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – os crimes:

[...]

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

[...]

II – os crimes:

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir.”

²⁹⁵ Entrar o agente em território nacional, ser o fato punível também no país em que foi praticado, estar o crime incluído entre aqueles que autorizam extradição, não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena e não ter sido, por qualquer motivo, extinta a punibilidade.

²⁹⁶ O STF, em julgamento do RE n. 460.971/RS, que teve como Relator o Min. Sepúlveda Pertence (data de julgamento: 13/02/2007), posicionou-se a favor da possibilidade de extensão do rol de crimes imprescritíveis pelo legislador ordinário.

Brasil esta possibilidade está vedada pelo disposto no art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal de 1988. O debate é importante e nada leviano, mas deve ser colocado diante de uma perspectiva razoável. Isso porque soa um tanto hipócrita a defesa ferrenha de incompatibilidade quando as penas draconianas previstas no Código Penal brasileiro e em leis penais esparsas são levadas em conta, em especial se comparada a regra de reavaliação obrigatória da pena perpétua imposta em julgamento pelo TPI, com vistas à possibilidade de concessão de liberdade condicionada (art. 110)²⁹⁷. Além disso, o STF adotou, *inicialmente*, posição favorável à extradição em casos em que o Estado requerente se utiliza da pena perpétua, alegando que o constituinte só previu a proibição tendo em mente a aplicação da norma penal no ambiente interno²⁹⁸.

Ainda tratando da questão de compatibilidade, cabe citar a discussão surgida pela hipótese de entrega de brasileiro nato à jurisdição do TPI, em decorrência de uma possível afronta à proibição de extradição contida no art. 5º, LI, da CF/88²⁹⁹. Mesmo que se possa admitir que a distinção entre entrega e extradição é meramente retórica e claramente figura como um “contorno” criado pelo Estatuto e legitimado pela doutrina (notadamente entre internacionalistas), fato é que parece ter sobrado pouco espaço hoje para qualquer argumentação em sentido contrário à franca admissão de que uma nova categoria de tratamento foi criada diante do intento de construção de uma jurisdição penal universal, capaz de fazer frente a graves violações de direitos humanos e romper com o histórico de admissão de “paraísos penais” em relação a

²⁹⁷ “Artigo 100 – Reexame pelo Tribunal da Questão de Redução de Pena
[...]

3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.”

²⁹⁸ Essa posição foi em alguma medida alterada pela Extradição n. 855, em que se decidiu: “A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, ‘b’ da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ext. n. 855. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 26 ago. 2004, *DJ* de 1º jul. 2005).

²⁹⁹ Vale mencionar a alteração feita pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que adicionou o § 4º ao art. 5º da CF/88. O texto do parágrafo ficou redigido da seguinte forma: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. A colocação topográfica (dentro do artigo que cuida de garantias fundamentais) deste texto não deve ser tratada de modo indiferente e parece oferecer um forte argumento em prol da possibilidade de compatibilização das diversas tensões surgidas com o confronto entre o Estatuto e a Lei Maior brasileira, inclusive a já mencionada questão relativa à prisão perpétua.

essas³⁰⁰.

Retratada de forma sumária à assimilação, pelo direito interno brasileiro, dos pressupostos de aplicabilidade da jurisdição do TPI, cabe, caminhando para o desfecho deste tópico, ressaltar de modo sucinto os principais eixos de dificuldade enfrentados na breve história de vigência do TPI até o momento.

O atingimento dos nobres e elevados objetivos traçados para o TPI enfrentam hoje obstáculos de cunho político, jurídico e operacional. Do ponto de vista político, por um lado, a sustentação dos seus fundamentos na proteção de direitos humanos esbarra na sempre viva discussão em torno do cunho não inclusivo deste conteúdo³⁰¹. Por outro lado, a seletividade inerente ao modo como o TPI atribui a si competência em casos concretos, a partir da regra de complementariedade, calcada em critérios difusos como “incapacidade” ou a “falta de vontade”, gera tensões constantes e coloca a efetividade de suas funções discursivas³⁰² em xeque inegável³⁰³.

³⁰⁰ Exemplificando a construção retórica em torno da distinção entre entrega e extradição, fundando a argumentação no sentido de que a entrega é fenômeno *sui generis*, em decorrência de não se ater à relação entre dois Estados, mas entre um Estado e um órgão jurisdicional supranacional: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. possibilidades e desafios de adequação do estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. [orgs.]. **Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 202-206. Ver também: CHOUKR, Fauzi; AMBOS, Kai [orgs.]. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000. p. 270; PECEGUEIRO, Carolina. Entrega ao Tribunal Penal Internacional: uma perspectiva brasileira. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa [coords.]; RAMOS Vânia Costa [colab.]. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: conferências**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 39-60).

³⁰¹ Para ficar apenas com um exemplo: o desafio de operar um órgão jurisdicional que seja capaz de incluir sistemas *normativos* não atrelados a um mínimo de estruturação democrática, como é, em análise rasteira ao menos, o direito islâmico, parece ser intransponível. Sobre o tema: CRAVELLI, Urbano. A democracia nos estados islâmicos: variáveis determinantes da compleição no liminar do século XXI. **Revista de Informação Legislativa**, n. 194, Brasília, a. 49, abr.-jun. 2012. p. 173-203. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496585/000952694.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 4 jun. 2018; NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. **Rev. Direito GV**, v. 8, n. 2, São Paulo, jul.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200014>. Acesso em: 4 jun. 2018.

³⁰² Colhe-se do preâmbulo do Estatuto do TPI, de modo expresso, o objetivo de “pôr fim à impunidade” em relação aos delitos previstos em seu bojo (função retributiva) e “garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional” (função de prevenção geral positiva) e, de modo implícito, garantir a paz e união entre os povos.

³⁰³ Burundi foi o primeiro Estado a deixar o TPI por considerá-lo “parcial e concentrado nos crimes cometidos por africanos”. África do Sul e Gâmbia também se manifestaram no sentido de que tomariam a mesma atitude, mas até o final desta pesquisa não tinham formalizado em definitivo sua saída. Desde sua criação, o TPI já deu início a 26 procedimentos, com o envolvimento de 41 acusados. Excetuando os casos da Georgia (Europa Oriental), *todos* os demais casos são provenientes de países africanos. Dos 11 casos em análise prévia pela Promotoria atualmente, três dizem respeito a situações na Ásia (Afeganistão, Filipinas e Palestina); dois, na América do Sul (Colômbia e Venezuela); dois, na Europa (Ucrânia e Reino Unido); e quatro, na África (Burundi, Gabão, Guiné e Nigéria). Dados do último relatório oficial – análise de 1º de agosto de 2017 a 31

Do ponto de vista jurídico, a experiência tem mostrado que os sistemas normativos dos Estados possuem diferenças profundas e muito mais relevantes do que sua aparente ou superficial semelhança. A forma como as penas são cominadas no Estatuto (sem a previsão para cada conduta, mas a partir de um lastro genérico previsto no art. 77) é apenas um exemplo do déficit de legalidade que incomoda àqueles que percebem a necessidade de trazer o exercício do poder punitivo internacional mais para perto da dogmática penal, uma vez que sua feição tem se mostrado mais afeta aos dogmas do direito internacional. Essa dificuldade deu vida, inclusive, ao documento conhecido “Elementos dos Crimes”, em que se tentou elucidar aspectos que haviam ficado sem clara definição no Estatuto. No Acordo de Kampala este documento foi revisado³⁰⁴. Ainda assim, não se pode olvidar que a aproximação entre sistemas jurídicos distintos e a falta de uma “Parte Geral” claramente arquitetada gerarão ainda sérios obstáculos para apreciação jurisdicional das condutas sob competência do TPI³⁰⁵.

Por fim, pensando na perspectiva operacional do TPI, é mister destacar que a execução das penas e mesmo o processo de investigação, análise de provas e demais procedimentos necessários para o correto funcionamento desta enorme máquina que foi posta em movimento em 2002 ainda enfrenta sérios obstáculos para funcionar de forma suave. Só o tempo dirá se essas dificuldades serão transpostas e se assistirá à solidificação do projeto de estruturação de uma jurisdição penal com pretensões realmente universais. De qualquer forma, não se pode negar o enorme avanço que a entrada em vigor do TPI representou. Como afirma Kai Ambos, se o “objetivo do direito internacional penal é acabar com a impunidade e submeter os

de julho de 2018. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/a_73_334/N1826367.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

³⁰⁴ O referido documento possui hierarquia inferior ao próprio Estatuto, sendo complemento deste. É o que defende Reiss, argumentando da seguinte maneira: “A conclusão de que os Elementos Constitutivos dos Crimes possuem hierarquia inferior ao Estatuto é alcançada com base no seguinte fundamento: cada Estado é soberano para decidir se firmará ou não o Estatuto, incorporando-o ou não ao seu Direito interno. Já com relação aos Elementos, bastam dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes. Portanto, é possível que o Estado seja signatário do Estatuto, discorde de determinada norma dos Elementos e ainda assim estará vinculado a ela” (REISS, Michel W. *Op. cit.*, p. 188).

³⁰⁵ O método de estudo de direito comparado, voltado para o conhecimento das ciências criminais, precisa atingir um grau de desenvolvimento ou maturidade que ainda não parece ter sido alcançado. Sobre a relevância do direito comparado na jurisdição do TPI: DELMAS-MARTY. A influência do direito comparado sobre a atividade dos Tribunais Penais Internacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESSE, Antonio [org.]. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 105-150. Sobre o atual estágio de desenvolvimento do direito penal comparado: AMBOS, Kai. Estado y futuro del derecho penal comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 140, fev. 2018. p. 139-192.

autores de graves violações de direitos humanos a persecução penal supranacional”, então o TPI figura como o primeiro “instrumento central de imposição” deste direito internacional penal com *alguma capacidade potencial* de atingir o fim proposto³⁰⁶.

2.2 A via político-criminal: cooperação internacional em matéria penal

Diante dos desafios que a criação de uma jurisdição penal universal traz e da forte demanda, já mencionada, por soluções pragmáticas em termos de enfrentamento do fenômeno criminoso internacional, o processo de internacionalização aqui discutido se desdobra em uma outra via importante de manifestação: a criação de mecanismos de cooperação internacional fundados em uma política criminal compartilhada.

Indubitavelmente, a percepção acerca de crimes transnacionais em ordem crescente, facilitados seus meios de execução pelas revoluções tecnológicas e avanços nos meios de comunicação, transporte e remessa de recursos financeiros entre Estados, fez com que a política criminal deixasse seu local de origem, como manifestação do poder soberano de cada Estado, para passar por um processo de “desnacionalização”³⁰⁷, pautado pela necessidade de harmonização na definição nos procedimentos e medidas de persecução penal³⁰⁸. Assim, a política criminal internacional funciona como pressuposto ou fundamento dos diversos tipos de cooperação que se seguirão a ela. Guardam, portanto, uma relação de interdependência. A política criminal internacional, fundada na ideia de harmonização

³⁰⁶ AMBOS, Kai. **Derecho y proceso penal internacional**: ensayos críticos. México: Distribuciones Fontamara, 2008. p. 45.

³⁰⁷ É prudente neste ponto relembrar a percepção da forte influência que determinados regimes políticos, econômicos e jurídicos possuem na definição desta nova pauta e desta nova forma de persecução penal internacionalmente coordenada. O Professor Joachim Vogel afirma que “debe considerarse que la política criminal estadounidense es la más influyente a mezcla planetaria” e cita diversos exemplos de como esta política criminal norte-americana tem se expandido e encontrado adeptos em diversos países. Isso ocorre com o neorretribucionismo (*new penology; just desert*), o uso de *sentencing guidelines* ou *sentencing schemes*, a dura valoração da reincidência (*three strikes and you are out*), a ampliação do espectro de imputabilidade baseado na idade do agente (*you do adult crime – you do adult time*), sem falar da política de *lei e ordem*, *tolerância zero* (incluindo a “fama” da *broken window theory*), das campanhas de “guerra ao terror”, “guerra às drogas” e da adoção crescente de mecanismos de justiça penal negociada, em alguma medida tomando como modelo a prática estadunidense (VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005. p. 118).

³⁰⁸ CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Op. cit.*, p. 79.

de pautas criminalizantes, dá vida e atribui legitimidade à formação de mecanismos fáticos de cooperação, que em geral envolverão não apenas a definição de normas incriminadoras, mas também normas destinadas a “regular o relacionamento entre atores estatais”. De fato, na cooperação, “trata-se de disciplinar, da investigação à execução penais, a relação ente juízes, policiais, órgãos de acusação ou autoridades administrativas de Estados distintos, personagens usualmente envolvidos em um procedimento penal transnacional”³⁰⁹.

É importante ainda notar, como forma de delimitar as zonas de contato deste tópico com o tópico anterior, que a criação de políticas criminais internacionais e os respectivos mecanismos de cooperação que delas derivam estão diretamente conectados com aquilo que se abordou no tópico 2.1.2, ou seja, os mandados de criminalização fundados em documentos internacionais. De modo mais claro: a criação de políticas criminais internacionais origina, a um só tempo, mandados de criminalização internacional e mecanismos de cooperação penal internacional. Esses dois desdobramentos se colocam ao lado da construção de normas penais supranacionais (cuja tentativa de concretização mais clara, como se viu, se dá no espaço normativo da União Europeia) e da estruturação de instituições jurisdicionais dotadas de supranacionalidade (como o TPI) como o extrato do processo de internacionalização do direito penal mais claramente perceptível³¹⁰.

Esse tratamento de pesquisa diferenciado se mostra relevante, uma vez que

³⁰⁹ Ibidem, p. 82.

³¹⁰ Encontram-se na doutrina especializada diversas tentativas de diferenciar estes fenômenos e este esforço não deve ser menosprezado, em virtude do fato de que a abordagem epistemológica do que se pretende estudar como “direito penal internacional” pode variar significativamente a partir desta diferenciação. Há, por exemplo, quem trate destes fenômenos com base na consideração da possibilidade de criação de responsabilidade penal individual (TPI) ou não (mandados de criminalização aos Estados) pelo mecanismo que se quer estudar. Outra vertente usa como critério os crimes envolvidos, afirmando ser *crimes internacionais em sentido estrito* aqueles aos quais se dá uma resposta fundada no direito internacional, como seriam os crimes previstos no Estatuto do TPI, enquanto os *crimes internacionais em sentido amplo* englobariam os conflitos cuja repressão desperta a criação de instrumentos internacionais de persecução conjunta, harmonizada, deixando, porém, o exercício efetivo do poder punitivo a cargo de cada Estado. Ainda que se possa relativizar estas divisões quando se procura aplicá-las aos problemas concretos, é importante destacar a necessidade de se trabalhar com as ferramentas adequadas para cada realidade do processo de internacionalização do direito penal, uma vez que seus fundamentos, embora próximos, diferem em aspectos não insignificantes. É bastante diferente, por exemplo, admitir competência supranacional para o processamento e julgamento do delito de genocídio, conforme hoje tipificado pelas normas do TPI, do que aceitar a submissão dos cidadãos de um Estado à mesma jurisdição quando o delito em questão é o tráfico de entorpecentes. Isso porque a relação que cada Estado guarda, em termos sociais, políticos e econômicos com o fenômeno da fabricação, comércio e consumo de muitas das substâncias alvo de políticas criminais de repressão varia significativamente. Nesses casos, a homogeneização trazida pela atribuição do conflito a uma jurisdição supranacional poderia facilmente servir a interesses nada democráticos de poder econômico e político.

os mecanismos de cooperação que exsurtem da harmonização de políticas criminais entre os Estados nacionais alcançam resultados práticos muito mais incisivos e alargados do que a própria iniciativa de construção supranacional de poder punitivo. Conforme aponta Eduardo Corrêa, denominando estes mecanismos de *direito penal transnacional*, em contraposição com o direito penal internacional, que cuidaria dos fenômenos de supranacionalidade, esse fenômeno “constitui um sistema extremamente poderoso, muito mais amplo em alcance e operacionalidade do que o chamado direito penal internacional em sentido estrito”³¹¹. Essa diferença em abrangência não só se mostra verídica quando se analisa a quantidade de delitos que abarca, em comparação com a competência material do TPI, por exemplo, mas também quando se toma em conta o reduzido grau de exigências para que concretize efeitos reais, se feita a mesma comparação, agora examinando os obstáculos enfrentados para efetivação da jurisdição penal supranacional.

Feito este delineamento importante do objeto de exame deste tópico, pode-se partir para exemplificação dos delitos que já integram hoje esse projeto de harmonização de políticas criminais em âmbito transnacional. Além dos exemplos de excelência (lavagem/branqueamento de capitais e tráfico de entorpecentes), essa lista contempla a pirataria; a escravidão e explorações análogas; a discriminação racial; a tortura; o tráfico de mulheres e crianças; a pornografia infantil; o crime organizado; a produção e comércio internacional de armamento; o terrorismo; os delitos ambientais; os crimes cibernéticos; a violência contra mulher; a corrupção, entre outros. Cada um desses fenômenos conflitivos já foi ou tem sido alvo recente de debates e confecção de documentos internacionais aptos a formar uma política criminal transnacional efetiva, materializada em mecanismos de cooperação internacional. O produto final que se busca produzir com esta iniciativa é um *regime de proibição global*³¹².

Para compreensão da formação e influência dessas pautas harmonizadas de política criminal, aptas a conformar um novo marco no processo de internacionalização do direito penal, o ideal é conhecer o modo como o combate ao tráfico de entorpecentes se misturou à luta contra a lavagem de capitais e, assim, juntos, fundaram o projeto contemporâneo de direito penal transnacional calcado em

³¹¹ CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Op. cit.*, p. 90.

³¹² Regime de proibição global: “conjunto de normas, regras e procedimentos estabelecidos para regular a criminalização, a investigação, o processo ou a execução penal de forma harmonizada nos sistemas de justiça criminal de diversos Estados” (CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Op. cit.*, p. 102-103).

mecanismos de cooperação internacional. Se é verdade que mesmo antes dos tratados internacionais versando sobre tráfico de drogas (das décadas de 1960, 1970 e 1980) outros documentos já tratavam sobre cooperação penal entre Estados, a Convenção contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, torna-se “paradigmática”, inclusive por ser a primeira que prevê a obrigação de criminalização da lavagem de dinheiro³¹³. Além disso, nesse mesmo ano, o Comitê da Basileia adota o “Prevention of Criminal Use of Banking System for the purpose of Money-Laundering”.

Os documentos que se seguem tomam a padronização de políticas criminais como forma ideal de combate aos delitos transnacionais, superando os obstáculos tradicionais da exigência de dupla incriminação, proibição de extradição de nacionais e demais formalidades que impediam a cooperação em matéria penal de forma célere e efetiva. Atinge-se um novo patamar em termos de internacionalização do poder punitivo. Caminha-se para criação de um verdadeiro “sistema”³¹⁴ de proteção global, estruturado com o fim de prevenir e punir os desvios de comportamento em relação ao *standard* harmonizado por documentos internacionais de diferentes configurações (conjugando *hard law* e *soft law*), que formam a “agenda” transnacional de criminalização³¹⁵.

O exemplo prático mais interessante em termos de compreensão do projeto de

³¹³ Não se descuida do fato de que a cooperação internacional em matéria penal deita raízes em tempos mais remotos do que a segunda metade do século XX, sendo notáveis, ainda no século XIX, o Primeiro Congresso Penitenciário, celebrado em Londres em 1872 e, já no início do século XX, em 1916, o Primeiro Congresso de Polícia Judicial, em que se assentaram as bases da futura Interpol (CERVINI, Raúl. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000).

³¹⁴ Sobre o papel das organizações internacionais na formação deste sistema, em especial das comissões formadas dentro da estrutura da ONU e da OEA para o combate transnacional aos delitos (o “global program” de combate fundado em cooperação técnica), ver a obra já citada de Eduardo Corrêa (p. 122-131). Destaque para compreensão de que a resignificação do conceito de “crime”, que passou a ser considerado “uma ameaça à segurança internacional” e não mais um problema interno, de competência dos Estados, deu margem à aceitação das ações da ONU (Conselho de Segurança) de modo muito mais incisivo, calcado agora na autorização dada por essa reinterpretação e pela inserção do tema do combate ao delito naquilo que o Capítulo VII da Carta admite como dentro do escopo de atuação do Conselho de Segurança.

³¹⁵ É interessante notar que nem sempre esses documentos se materializam como Tratados ou Convenções, os tradicionais elementos de compromisso normativo entre Estados soberanos. Por exemplo, os Estados Unidos lançaram, em 2011, o *Strategy to Combat Transnational Organized Crime*, estabelecendo *metas e resoluções* para o combate a determinados delitos, especialmente voltados a questões econômicas (em 1998, já havia sido lançado o *International Crime Control Strategy*, com fins similares). Como forma de vincular os países a essas estratégias, os Estados Unidos têm se utilizado da técnica de vedação de auxílios financeiros ou refinanciamento a países que deixam de implementar as *resoluções* adotadas (SEAL OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. **Strategy to Combat Transnational Organized Crime: addressing convergin**. EUA, 2013; CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Op. cit.*, p. 119).

estruturação de políticas criminais harmonizadas é, como já se mencionou, o “sistema antilavagem de capitais”, com seu berço na política transnacional de combate ao tráfico de drogas. Machado afirma, coerente com esse diagnóstico, que o “combate à lavagem de dinheiro constitui hoje a principal estratégia utilizada no marco da guerra contra o crime”. E ainda afirma que o “combate à lavagem de dinheiro seguirá sendo o principal foco de inovações jurídicas direcionadas ao controle e à intervenção penal sobre crimes internacionais”³¹⁶.

A estratégia de combate à lavagem de capitais adotada em termos de internacionalização assume formas de materialização diversas, mas todas fundadas no ideal de padronização do conteúdo e das formas de persecução penal³¹⁷. O principal protagonista nesta seara é o Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro (Gafi). Suas “40 recomendações”³¹⁸ representam um dos frutos mais maduros do movimento de criação de um direito penal transnacional, no sentido que está sendo utilizado neste tópico, ou seja, de uma pauta de criminalização padronizada por meio da harmonização de políticas criminais e adoção de mecanismos de cooperação para prevenção, persecução e punição de delitos abarcados em sua iniciativa. Para se tornar realidade, a política criminal antilavagem precisou harmonizar os sistemas nacionais de incriminação, estabelecendo, primeiro, a necessária separação entre a investigação dos crimes antecedentes e a persecução penal do delito de lavagem em si, que precisou ser tipificado de modo harmônico³¹⁹,

³¹⁶ MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 128.

³¹⁷ “Tratados e convenções internacionais, memorandos de entendimento (MOUs), instrumentos *soft law*, sanções e contramedidas combinam-se para garantir que todos os países que possuem centros financeiros adotem o mesmo modelo de atuação estatal em face da lavagem de dinheiro.” (Ibidem, p. 129)

³¹⁸ As 40 recomendações do Gafi foram criadas em 1990 pelos países participantes e submetidas ao G-7, momento em que estenderam a participação a todos os membros da OCDE. Se seguiram muitas outras adesões e em 2000 o Gafi lançou um programa de difusão mundial do sistema antilavagem. As recomendações fazem parte do arsenal utilizado pelo Gafi para atingir o ideal de padronização no combate à lavagem de dinheiro, tida como elementar para a prática de todos os demais sérios delitos de preocupação internacional. Para o cumprimento desta tarefa, a atividade do Gafi centra-se basicamente em dois planos. Em primeiro lugar, dedica-se a verificar a adequação dos países ao conjunto de padrões por ele formulado. Essa avaliação realiza-se com base nas “40 recomendações”. Além disso, lança mão de um procedimento de avaliação mútua que focaliza a “pressão dos pares” (*peerpressure*) como elemento fundamental para garantir a implementação das recomendações elaboradas (ibidem, p. 131).

³¹⁹ A Recomendação n. 6 do Gafi afirma que o elemento subjetivo no delito de lavagem é um “problema em potencial”, sugerindo a opção por elementos objetivos, ou seja, a atribuição de dolo sem a exigência do elemento volitivo e com ampla margem de apreciação para o elemento cognitivo do agente (“ter razões para acreditar” ou ser “razoável a suspeita”). Esse “problema em potencial” gerará um maior tensionamento para divisão nada pacífica na doutrina e na jurisprudência brasileiras sobre os limites da culpa consciente e do dolo eventual, desembocando no uso abusivo

o que significou dar ao tipo o conteúdo mais abrangente possível, orbitando as condutas de movimentação e ocultação de bens de origem ilícita³²⁰. O passo seguinte foi a atribuição padronizada de deveres de obtenção e repasse de informação (identificação, natureza da operação e montante) por operadores financeiros específicos, cuja lista foi sendo ampliada até gerar debates, ainda não resolvidos em definitivo, sobre a possibilidade de estes deveres atingirem, por exemplo, os próprios advogados. Indo além, os Estados precisaram estabelecer uma agência governamental apta a centralizar essas informações, estabelecer “critérios de suspeição” e tomar as providências seguintes para tornar a persecução eficaz. Além disso, mecanismos de cooperação internacional foram acrescidos ao escopo de recomendações do Gafi. Segundo Machado, esses mecanismos visam dois objetivos: intercâmbio de informações e redução de justificativas para negação de prestação de assistência jurídico-penal³²¹.

Passando para discussão mais específica acerca do funcionamento contemporâneo dos mecanismos de cooperação em matéria penal que resultam da harmonização de políticas criminais em nível internacional, duas grandes convenções podem servir de introdução: a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, e a Convenção para Supressão do Terrorismo, de 1999. Antes, porém, de analisar estes documentos, é importante ressaltar, ainda que sob pena de certa insistência, que a horizontalidade do desenvolvimento do direito penal transnacional, em contraposição com a verticalidade analisada quando se tratou do direito penal comunitário e da criação de tribunais penais internacionais, assim como o forte pragmatismo em que se baseiam, fazem com que os *instrumentos de cooperação internacional em matéria penal se tornem uma das vias de expansão do processo de internacionalização mais significativa dos últimos anos*³²².

da doutrina da “cegueira deliberada”. Sobre o tema: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

³²⁰ “Dissociar a lavagem de dinheiro do tráfico de drogas, mediante a ampliação do rol de crimes antecedentes, constitui um dos principais alvos da atividade do GAFI.” (MACHADO, Maira Rocha. *Op. cit.*, p. 151) O Brasil, por meio da Lei n. 12.683/2012, eliminou o rol taxativo de delitos que poderiam anteceder a apreciação do delito de lavagem, permitindo, na leitura atual do art. 1º da Lei n. 9.613/98, que qualquer crime ou contravenção penal figure como delito antecedente. Cabe destacar que o Brasil já havia alcançado a “plena adequação” às recomendações do Gafi, segundo o relatório emitido pelo próprio órgão, no ano de 2000.

³²¹ MACHADO, Maira Rocha. *Op. cit.*, p. 156.

³²² Justamente por conta desse traço de horizontalidade, os mecanismos de cooperação aceleram e facilitam o processo de internacionalização do direito penal, mesmo lá onde a via “original” utilizada foi a construção de um sistema supranacional (ou comunitário), como é o caso da União Europeia. Neste sentido, Maria F. Palma assevera que “o Direito Penal comum constrói-se em duas

Pois bem, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988³²³, prevê a “mais ampla assistência jurídica recíproca nas investigações, julgamentos e processos” (art. 7.1), alistando um rol exemplificativo dessas formas de assistência nos processos que envolvem os delitos alistados na convenção. Além disso, estipula limitações para recusa de um Estado a prestar assistência legal, reduzindo essa possibilidade a quatro hipóteses: (i) se o requerimento não estiver em conformidade com a previsões do texto da Convenção; (ii) se a legislação do país requerido não permitir a realização da ação solicitada com relação a qualquer ofensa similar que esteja sob sua jurisdição; (iii) caso seja contrário ao sistema de cooperação mútua da parte requerida; e (iv) se a solicitação, segundo apreciação do país requerido, puder resultar em ameaça para sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais.

Outra Convenção que merece destaque na análise da cooperação internacional em matéria penal é a Convenção para Supressão do Terrorismo, de 1999³²⁴. Esta prevê assistência na investigação criminal, inclusive para obtenção de provas e proíbe a negação de cooperação com base no sigilo bancário (art. 12.2). Prevê ainda que os delitos previstos na convenção não poderão ser tratados como “meros delitos fiscais” ou como crime político ou inspirado em motivação política, o que inibiria uma série de mecanismos de cooperação, inclusive a extradição, segundo a legislação da maioria dos países.

Essas duas convenções já demonstram, exemplificativamente, o propósito central dos mecanismos de cooperação internacional em matéria penal: eliminar os obstáculos criados pelo direito internacional público “clássico”, ou seja, pela forma “tradicional” de relacionamento jurídico entre os Estados.

Denise Neves Abade define cooperação penal internacional como um “conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira na esfera criminal”³²⁵. Raúl

velocidades, a mais lenta de harmonização e integração dos Direitos e a mais célere do reconhecimento mútuo de decisões judiciais...” (PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, p. 20).

³²³ Internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

³²⁴ Internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.640, de 26 de dezembro de 2005.

³²⁵ ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

Cervini possui definição mais analítica³²⁶. O professor uruguaio traz também à tona o fato de que a cooperação penal internacional manifesta-se hoje em distintos níveis, demandando diferentes graus de requisitos de admissibilidade, tomando em conta não apenas as normas de direito internacional público, mas, de modo enfático, os princípios e garantias fundamentais que visam resguardar o concernido em matéria de persecução penal internacional. São, então, três os níveis que o autor apresenta. O primeiro deles compreende as “medidas de assistência leve ou simples”, conceituadas como de mero trâmite, instrutórias, de averiguação, traslado voluntário de pessoas a prestar depoimento etc. Um segundo, que engloba as medidas suscetíveis de causar “gravame irreparável” aos bens do concernido, como sequestros, embargos, interdições (comunicação), quebra de sigilos e medidas semelhantes a estas. Por fim, um terceiro nível abarca as medidas de cooperação extrema, capazes de causar “gravame irreparável aos direitos e liberdades próprios” dos que são alcançados pela cooperação. Este nível ficaria, em princípio, restrito aos processos de extradição³²⁷. Note-se ainda que, para Cervini, os documentos que cuidam da execução de penas estrangeiras não entrariam no escopo do que se quer tratar quando se faz alusão à cooperação penal internacional em sentido estrito, mas apenas quando se toma esta expressão em sentido bastante amplo, uma vez que nestes casos o que se têm é apenas a operacionalização de relações diplomáticas de menor calibre em termos de afetação de direitos fundamentais do concernido (até

³²⁶ “Um conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza, dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau de projeção intrínseco do auxílio requerido.” Cervini adiciona a seguinte afirmação, de elevado acerto epistemológico: “nesse frágil equilíbrio dinâmico, entre eficiência da prestação assistencial e garantias dos concernidos, se encontra precisamente a funcionalidade legitimante da moderna cooperação penal internacional, a qual deve ser concebida frente a um Direito de raiz antropocêntrica e garantidor de Direitos Humanos” (CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 50-51).

³²⁷ O art. 19 do Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América, “documento de vanguarda com sistematização inédita da matéria”, estabelece as seguintes modalidades de cooperação internacional em matéria penal: “I – citação, intimação e notificação judicial; II – realização de provas e obtenção de informações; III – investigação conjunta; IV – comparecimento temporário de pessoas; V – transferência de processo e de execução penal; VI – eficácia e execução de decisão penal estrangeira; VII – extradição; VIII – medida judicial penal de urgência”. Além disso, o Capítulo IV prevê os seguintes “Procedimentos de Cooperação Interjurisdicional”: *auxílio mútuo, carta rogatória, ação e incidente de impugnação da eficácia de decisão estrangeira, procedimento de execução de decisão estrangeira, procedimento de medida judicial de urgência e procedimento de extradição* (DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. **A defesa na cooperação jurídica internacional penal: o auxílio direto e a atuação por meio de redes**. São Paulo: IBCCRIM, 2016. p. 33).

porque materializam, em sua maioria, interesses do próprio concernido, como o de poder cumprir a sentença em sua pátria de origem). Por último, mas não menos importante, é preciso salientar a tendência crescente para se considerar a extradição, não como uma das formas ou níveis de cooperação penal internacional, mas como tema de distinta natureza jurídica, política e até sociológica, argumentando-se pela necessidade desta separação para uma correta apreciação dos requisitos e princípios que devem guiar os “genuínos” mecanismos de cooperação penal internacional. Cervini alerta para os perigos desta abordagem, salientando que ela pode resultar em relativização das garantias do concernido quando em debate os níveis anteriores de cooperação, uma vez que somente a extradição, como medida extrema, mais violenta, demandaria, naquela visão, a maior preocupação com os direitos fundamentais do concernido³²⁸.

Estas considerações se tornam ainda mais importantes quando se percebe que a demanda por cooperação penal internacional dá origem, sobretudo, a instrumentos que pretendem reduzir as exigências que permeiam as formas “tradicionais” de cooperação, conforme já mencionado. O exemplo do que ocorre na União Europeia é bastante ilustrativo. O princípio de *reconhecimento mútuo* serve, precipuamente, para *eliminar o requisito de dupla incriminação e judicialização* de determinados procedimentos em se que baseavam os pressupostos de admissibilidade daquelas formas cooperação³²⁹.

Porém não é somente na Europa que os instrumentos de cooperação internacional em matéria penal produzem esse efeito. O Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América³³⁰ prevê, além da não exigência de

³²⁸ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 68-70.

³²⁹ “El objetivo político-criminal es un reconocimiento prácticamente automático: se pretende eliminar, en lo posible, los requisitos y obstáculos para el reconocimiento, desarrollándose los procedimientos de reconocimiento del modo más fácil y rápido posible. [...] Los requisitos tradicionales de la extradición y de la asistencia judicial, como, por ejemplo, la doble incriminación, desaparecen del mismo modo que obstáculos tradicionales a la extradición o asistencia jurídica, como, por ejemplo, la no extradición de nacionales.” (VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005. p. 122)

³³⁰ Elaborado pela Comissão de Revisão da Proposta de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América [Ada Pellegrini Grinover, Brasil; Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Brasil; Abel Augusto Zamorano, Panamá; Angel Landoni Sosa, Uruguay; Carlos Ferreira da Silva, Portugal; Eduardo Vescovi, Uruguay; Juan Antonio Robles Garzón, Espanha; Luiz Ernesto Vargas Silva, Colômbia; Roberto Omar Berizonce, Argentina]. Aprovado na Assembleia Geral do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, ocorrida no dia 17 de outubro de 2008, por ocasião das XXI Jornadas Ibero-americanas de Derecho Procesual, em Lima, Peru. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/codigo-modelo-de-cooperacao-interjurisdicional-para-iberoamerica>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

reciprocidade, a absoluta igualdade entre nacionais e estrangeiros, rejeitando a regra de não extradição de nacionais³³¹. Além disso, a crescente substituição do uso de cartas rogatórias pelo “auxílio direto”³³² (mais célere, sem necessidade de dupla incriminação e, assim, mais interessante do ponto de vista da apropriação da prova no processo penal) alarga, sob a lógica do pragmatismo que já se acentuou como traço característico do processo de internacionalização, essa relativização de exigências³³³.

Outra questão sensível em matéria de cooperação penal internacional, antes que se possa analisar a experiência brasileira de modo mais direto, é o atinente à escassa previsão de utilização dos mecanismos de cooperação por parte da defesa, o que enfraquece o princípio do contraditório e da ampla defesa por quebrar por completo a paridade de armas, pressuposto de um processo penal democrático e justo. Viviane Del Grossi faz uma importante análise deste problema a partir das Convenções e dos Tratados sobre Assistência Mútua (MLAT na sigla em inglês – *Mutual Legal Assistance Treaties*) ratificados pelo Brasil e chega à conclusão de que

³³¹ “Art. 2 Princípios gerais – A cooperação interjurisdicional de que trata este Código está sujeita aos seguintes princípios:

[...]

III – igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não, tanto no acesso aos tribunais quanto na tramitação dos processos nos Estados requerente e requerido, assegurando-se a gratuidade de justiça aos necessitados;

³³² Auxílio direto: “modalidade cooperativa pela qual a solicitação de cooperação se dá entre a autoridade central estrangeira e aquela brasileira (Ministério da Justiça), contemplando cooperações que demandem atuação judicial ou de órgãos administrativos ou, ainda, da conjugação de ambos, concretizando um modelo cooperante mais ágil se comparado às formas tradicionais de cooperação” (CHOUKR, Fauzi H. A justa cooperação penal internacional: aspectos dos desafios brasileiros na construção normativa e prática. **Ius Gentium**, v. 8, 2017. p. 105). Esta modalidade é prevista hoje pelo vigente Código de Processo Civil brasileiro (arts. 28-34) e está contemplada no Projeto do Novo Código de Processo Penal (art. 694, IV). Superada, assim, a discussão havida no Supremo Tribunal Federal sobre a legitimidade desta forma de cooperação e a necessidade de homologação de sentenças estrangeiras para cumprimento de atos executórios no Brasil.

³³³ Não sem razão o assunto foi objeto de grande debate no Poder Judiciário brasileiro: “No Brasil, a questão já foi mais tormentosa, em decorrência de haver previsão constitucional sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a concessão de *exequatur* às rogatórias, no que a utilização do mecanismo de auxílio direto configuraria usurpação da competência do STJ para tanto, já tendo sido inclusive declarada a sua inconstitucionalidade. [...] mesmo após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no HC 85.588, que preconiza a necessidade de carta rogatória, o Superior Tribunal de Justiça manteve entendimento pela concessão do auxílio direto, referindo, inclusive, a jurisprudência anterior daquela Corte [...] Afim de regulamentar o instituto, o Superior Tribunal de Justiça elucidou a questão na Resolução 9, de 04.05.2005, posteriormente revogada pela Emenda Regimental 18, de 17.12.2014, que acrescentou o § 2º ao art. 216-O do Regimento interno da Casa, com a seguinte redação: ‘§ 2º – Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados de carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto’” (DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. *Op. cit.*, p. 49-50).

há uma “diferença significativa no tratamento entre os litigantes”, em especial pela previsão de que, enquanto o próprio Ministério Público está autorizado a decidir sobre a pertinência da efetivação de mecanismos de cooperação internacional, a defesa precisa entregar esta decisão às mãos de um juiz³³⁴. Mais do que isso, alguns tratados preveem de modo expresso a proibição para que a defesa se utilize dos mecanismos de assistência para produção de prova a seu favor³³⁵.

Passando a olhar mais especificamente para experiência brasileira em matéria de cooperação penal internacional, é preciso admitir que o pesquisador depara-se com uma grande ambivalência: de um lado, percebe que o Brasil assumiu um número muito significativo de compromissos internacionais relacionados à questão criminal, firmados por meio de Convenções, Tratados e Acordos internacionais e, de outro, enfrenta um não menos significativo “vazio de legalidade estrita”, ou seja, um vácuo normativo no que diz respeito à operacionalização interna dos compromissos assumidos³³⁶. Não é preciso muito esforço para perceber, por exemplo, em relação a este último aspecto, que o Brasil não possui uma lei de cooperação que regule de modo específico os procedimentos atinentes aos mecanismos e formas de cooperação, ficando tal função regulatória a cargo dos próprios documentos internacionais ratificados ou de normas contidas nos Regulamentos dos Tribunais, ou outros elementos de hierarquia legal inferior³³⁷. Esta situação poderá se alterar com a

³³⁴ Ou de um “órgão central”. Desde a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1991, consagrou-se o sistema de autoridades centrais designadas, segundo Del Grossi, a “receber os pedidos de assistência mútua e atendê-los se tiverem competência legal (execução direta dos pedidos), ou receber e remeter tais solicitações às autoridades competentes para seu atendimento (execução indireta)” (DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. *Op. cit.*, p. 58). A autora ainda elucida que na maior parte dos tratados de assistência em matéria penal firmados pelo Brasil, o órgão que desempenha esse papel é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão pertencente à Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça. No plano de cooperação internacional *passiva*, o papel central fica a cargo do Centro de Cooperação Jurídica Internacional (CCJI), da Procuradoria-Geral de República. Cabe lembrar que no Projeto do Novo Código de Processo Penal se estabelece, em sua atual redação, no art. 693, § 2º, que a autoridade central será definida por “lei, tratado ou decreto, cabendo ao Ministério da Justiça o exercício desta função, na ausência de designação específica”.

³³⁵ Assim, por exemplo, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul (Protocolo de San Luis), internalizado pelo Brasil por meio do Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000 (art. 1º, 2), bem como os tratados bilaterais de assistência mútua em matéria penal firmados pelo Brasil com os Estados Unidos, Colômbia, Espanha, Suriname, Ucrânia, Peru e outros.

³³⁶ Para Fauzi H. Choukr “falta-nos, aqui, amadurecer aquilo que se pode denominar de *o devido processo cooperatório em matéria penal*” (CHOUKR, Fauzi H. A justa cooperação penal internacional: aspectos dos desafios brasileiros na construção normativa e prática. **Ius Gentium**, v. 8, p. 99-112, 2017. p. 103 – grifos do original)

³³⁷ Cabe fazer menção ao Anteprojeto Brasileiro de Lei Geral de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, que prevê as seguintes modalidades de cooperação a serem reguladas pela lei em gestação: *I – carta rogatória; II – ação de homologação de decisão estrangeira; III – auxílio*

entrada em vigor de um futuro Código de Processo Penal, hoje em fase de lenta maturação³³⁸. Neste mesmo sentido, a discussão decorrente da competência bipartida para apreciação dos mecanismos de cooperação³³⁹ e a questão atinente à possibilidade de afastamento do controle de admissibilidade pelo Superior Tribunal de Justiça, quando em pauta medidas não sujeitas à reserva de jurisdição, ainda parecem dificultar a implantação suave de medidas de cooperação internacional em matéria penal no Brasil.

Feitas estas observações sobre os desafios enfrentados, cabe apontar um breve retrato da assunção, pelo Brasil, de compromissos internacionais de cooperação em matéria penal. O país firmou um grande número destes compromissos desde o seu processo de redemocratização, em 1988³⁴⁰. A semelhança no texto destes documentos é bastante significativa e revela um elevado consenso acerca da imprescindibilidade da cooperação frente ao fenômeno delitivo transnacional e acerca das virtudes intrínsecas do auxílio mútuo em matéria penal, em especial focadas na necessidade de combater a “histórica impunidade” em relação a delitos de espectro internacional. Dos muitos focos de análise que podem ser utilizados para estudar estes documentos, interessou em especial a este trabalho a avaliação dos limites nacionais oferecidos para cooperação. Da pesquisa, concluiu-se que, como regra, três são as razões fundantes básicas capazes de restringir o ímpeto de cooperação

*direto; IV – transferência de processos penais; V – extradição; e VI – transferência de pessoas apenadas. A comissão para elaboração do anteprojeto iniciou seus trabalhos em 2004. Não foi possível encontrar a numeração do PL ou notícias mais recentes sobre sua movimentação nas casas legislativas. Sobre este anteprojeto: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional. **Revista de Processo**, n. 129, 2005. p. 133-160. CHOUKR cita ainda os projetos PL n. 1982/2003 e PLS n. 326/2007 como tentativas malsucedidas de efetivar a regulação supramencionada (CHOUKR, Fauzi H. A justa cooperação penal internacional: aspectos dos desafios brasileiros na construção normativa e prática. **Ius Gentium**, v. 8, p. 99-112, 2017. p. 104).*

³³⁸ Em sua redação mais recente, o novo CPP prevê, em seu Livro V, intitulado “Da Cooperação Jurídica Internacional”, como instrumentos de cooperação jurídica internacional, os seguintes (art. 694): “I – extradição; II – ação de homologação de sentença estrangeira; III – carta rogatória; IV – auxílio direto; V – transferência de pessoas condenadas; VI – transferência de processos penais”.

³³⁹ Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004, o STJ passou a ser competente para julgar a “homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias” (art. 105, I, “i”), enquanto o STF permanece competente para apreciar os requerimentos de extradição (art. 102, I, “g”).

³⁴⁰ Durante a pesquisa, foram identificados mais de 80 Acordos, Convenções e Tratados internacionais versando sobre cooperação em matéria penal, firmados pelo Brasil entre 1988 e 2017. A principal base de dados para consulta da lista dos documentos ratificados foi o *site* do Ministério Público Federal (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/tratados/tratados-de-mutual-legal-assistance-auxilio-juridico-mutuo-em-materia-penal>>. Acesso em: 5 jan. 2019).

internacional em matéria penal: a inaplicabilidade dos mecanismos quanto em pauta delitos políticos e militares; a exigência de dupla incriminação; a restrição diante da possibilidade da aplicação de pena de morte, de penas cruéis ou degradantes. Sem prejuízo de outras limitações que por ventura possam ser identificadas, essas aparecem de modo expresso em grande parte dos documentos analisados.

Tratando da primeira limitação, raramente poderão ser encontrados acordos e convenções internacionais em matéria de cooperação penal ratificados pelo Brasil que não tragam a exceção aos delitos com motivação política ou cuja definição esteja prevista unicamente na codificação penal militar. Assim, o Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000, que promulgou em nosso país o Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais entre os Governos da República Federativa do Brasil, da República da Argentina, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai determina, em seu art. 5.1, incisos *a* e *b*, que a cooperação poderá ser denegada quando se tratar de delitos tipificados na legislação militar, mas não na legislação ordinária, ou quando o Estado requerido considere a conduta como delito político ou delito comum conexo com delito político (ou ainda com finalidade política).

De igual forma, os diversos acordos de extradição mencionam limitação no mesmo sentido. Como exemplo, veja-se o que determinam os arts. 5 e 6 do Decreto n. 4.975, de 30 de janeiro de 2004, que promulgou o acordo de extradição entre os Estados do Mercosul. No primeiro, lê-se que não se concederá extradição no caso de delitos que o Estado requerido considere ser políticos ou relacionados a outros delitos de natureza política. No segundo, simplesmente se diz que não se concederá extradição por delitos de natureza exclusivamente militar.

A definição de crimes políticos traz consigo suas próprias dificuldades³⁴¹. Interessante notar que o acordo citado no parágrafo anterior, em seu art. 5, alista um

³⁴¹ Entre as principais dificuldades estão a dicotomia crimes políticos puros *versus* relativos (ou crimes políticos próprios *versus* crimes políticos impróprios) e a adoção da teoria objetiva ou subjetiva (exigindo dolo específico). O STF vem seguindo, majoritariamente, a teoria subjetiva, entendendo que as definições trazidas pela Lei n. 7.170/82 (Lei de Segurança Nacional) permitem a configuração de crime político a que se refere o art. 109, IV, da CF/88. Neste sentido, o recente RC n. 1.473/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, reforça esta posição do Supremo quando define que: “1. Crimes políticos, para os fins do artigo 102, II, b, da Constituição Federal, são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais e, por conseguinte, definidos na Lei de Segurança Nacional, presentes as disposições gerais estabelecidas nos artigos 1º e 2º do mesmo diploma legal. 2. Da conjugação dos arts. 1º e 2º da Lei n. 7.170/83, extraem-se dois requisitos, de ordem subjetiva e objetiva: i) motivação e objetivos políticos do agente, e ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito”.

rol de delitos aos quais nunca se concederá a categorização como delitos políticos, como, por exemplo, o assassinato de um Chefe de Estado ou o genocídio. Na mesma linha, o Decreto n. 5.639, de 26 de dezembro de 2005, que promulgou o Convenção Interamericana contra o Terrorismo, determina (no art. 11) que os delitos previstos no art. 2, que elenca uma série de instrumentos internacionais que criminalizam condutas englobadas pelo significante “terrorismo”, não poderão ser submetidos a exceção de incidência dos termos de cooperação elencados na Convenção mediante alegação de se tratarem de delitos políticos.

Naturalmente, documentos que determinam a cooperação penal internacional em relação a delitos específicos, como a “criminalidade organizada”, a corrupção, o tráfico de entorpecentes e de pessoas ou a lavagem de capitais não se submetem às limitações apontadas neste tópico. Na realidade, estes são os documentos aos quais um menor número (quase inexistente) de limitações é previsto de forma explícita.

Indo adiante, a questão da dupla incriminação, já comentada acima em virtude de sua relativização mais recente, continua sendo um critério importante na definição da admissibilidade de implantação dos instrumentos de cooperação. A dupla incriminação significa, em termos práticos, que os mecanismos de cooperação somente poderiam ser ativados quando em jogo uma conduta que é tipificada em ambos os Estados envolvidos na instrumentalização dos referidos mecanismos. Esta limitação aparece de forma mais abundante em acordos de extradição. Assim, o Decreto n. 6.056, de 6 de março de 2007, que promulga o Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a Federação da Rússia (escolhido neste momento para exemplificar a exigência em virtude das notórias diferenças entre os sistemas jurídicos dos dois países) determina, no art. 3.1, *b*, que a extradição somente ocorrerá nos casos em que o ato é definido como crime, tanto pela legislação da parte requerente quanto pela legislação da parte requerida. Redação praticamente idêntica pode ser encontrada em quase todos os tratados de extradição firmados pelo Brasil desde 1988.

Alguns documentos de cooperação penal internacional, não atinentes à extradição de forma específica, relativizam ou afastam de modo explícito esta exigência. É o caso do Decreto n. 862, de 9 de julho de 1993, que promulgou o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana. Neste, em seu art. 2.1, estabelece-se que os mecanismos de cooperação serão colocados em prática mesmo quando os fatos que deram origem

ao processo não constituam crime perante a lei da parte requerida. Em contrapartida, o Decreto n. 6.462, de 21 de maio de 2008, que promulgou o Acordo de Cooperação Judicial em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba, estipula, em seu art. III, que os pedidos de assistência poderão ser recusados se os fatos ou omissões alegadas, que deram origem à solicitação, não constituírem um delito previsto na legislação da parte requerida. Igualmente, o Decreto n. 5.721, de 13 de março de 2006, que promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República da Coreia sobre assistência judiciária mútua em matéria penal, dispõe que a cooperação poderá ser denegada se a conduta objeto da investigação, ação ou processo penal na parte requerente não constituir um delito nos termos da lei da parte requerida (art. 4.1, d)³⁴².

Também nesse caso os documentos que determinam a cooperação penal internacional em relação a delitos específicos, inclusos os tratados que versam sobre corrupção, tráfico de entorpecentes, lavagem de capitais ou terrorismo não se submetem às limitações relativas à dupla incriminação.

Por fim, é válido tecer breves comentários sobre a terceira limitação aventada, ou seja, a impossibilidade de efetivação de cooperação (aqui, em regra, extradição ou outros mecanismos de execução da pena em outro país) quando exista a possibilidade de decretação de pena de morte ou submissão a penas cruéis e degradantes. O Decreto n. 8.315, de 24 de setembro de 2014, que promulgou o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul, condiciona, no art. 3º.5, a transferência de pessoa condenada a que a condenação imposta não seja a pena de morte nem a prisão perpétua. Na mesma

³⁴² Ana Maria de Souza Belotto, Antenor Madruga e Mariana Tumbiolo Tosi trazem a seguinte divisão: “O Brasil possui acordos bilaterais de Cooperação Jurídica em matéria penal com 14 diferentes países, além dos tratados multilaterais sobre o tema. No acordo firmado com a Espanha, por exemplo, há a expressa previsão de que a ausência de tipificação dos fatos no Estado Requerido não impede o auxílio. O mesmo entendimento pode ser extraído do tratado celebrado com o Canadá que, embora não exclua expressamente o requisito da dupla tipificação, dispõe que a cooperação abrangerá ‘investigações ou processos judiciais relativos a qualquer crime previsto por uma lei de um dos Estados contratantes’. No extremo oposto, os acordos celebrados com China, Coreia, Cuba, França e Portugal preveem a hipótese de recusa de cooperação nos casos em que os fatos investigados/processados não constituam delitos nos Estados requeridos. Situação diferente é aquela dos demais acordos bilaterais (Colômbia, Estados Unidos, Itália, Peru, Suíça, Suriname e Ucrânia), segundo os quais, embora a dupla incriminação não constitua, *a priori*, óbice à cooperação, as medidas de auxílio direto (principalmente algumas medidas coercitivas), poderão ser limitadas, caso os fatos não sejam criminalizados em ambos os países” (BELOTTTO, A. M. S.; MADRUGA, A.; TOSI, M. T. Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 237, ago. 2012).

linha, o Decreto n. 7.595, de 1º de novembro de 2011, que promulgou o Tratado de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, estabelece, no art. 8.1, *h*, que poderá ser denegada a cooperação jurídica internacional quando o pedido de cooperação jurídica internacional se referir a delito que seja punível com a pena de morte. Relevante ainda a menção do texto utilizado pelo Tratado de Extradução entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, internalizado pelo Decreto n. 99.340, de 22 de junho de 1990, que decreta, no art. VI.2, que quando a infração determinante do pedido de extradição for punível com pena de morte, prisão perpétua ou penas atentatórias à integridade física, tratamentos desumanos ou degradantes, o Estado requerido poderá condicionar a extradição à garantia prévia, dada pelo Estado requerente, por via diplomática, de que, em caso de condenação, tais penas não serão aplicadas, convertendo-se as duas primeiras na pena máxima privativa de liberdade prevista na legislação do Estado requerido.

Outros documentos, embora não expressem de modo específico a negativa de cooperação quando presente a possibilidade de aplicação de pena de morte ou de penas degradantes, colocam essa limitação em termos mais genéricos ou por via indireta. Por exemplo, o Decreto n. 8.431, de 9 de abril de 2015, que promulgou o Tratado de Extradução entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China, impõe, como restrição às possibilidades de extradição, a situação em que a pena a ser imposta pela Parte requerente à pessoa reclamada conflitar com os “princípios fundamentais do direito da Parte requerida”.

Vale destacar que o Brasil já teve pedidos de extradição negados em virtude de alegação de cumprimento de pena em condições degradantes em seu território. O caso do holandês *Ronald van Coolwijk*, em 2013, ficou conhecido neste sentido. A justiça italiana negou, na ocasião, a extradição ao Brasil, sob argumento da defesa de que a extradição acarretaria a imposição de tratamento cruel e degradante na execução da pena. No caso *Pizzolato*, também envolvendo a justiça italiana (com quem, aliás, o Brasil se indispôs em virtude do caso *Battisti*), o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, enviaram uma carta a Itália dando garantias de que Pizzolato cumpriria a sentença em condições dignas, com o fim de que o pedido de extradição fosse concedido, o que de fato ocorreu.

Além das limitações acima alistadas, é presença marcante nos documentos internacionais tratando de cooperação em matéria penal ratificados pelo Brasil uma cláusula de reserva baseada em “interesses” da parte requerida, na “ordem pública” ou na “segurança”. Com estes elementos, de porosa definição, os mecanismos de cooperação mantêm intacta uma das principais características do direito internacional: a quase submissão do jurídico ao político, ou seja, o estabelecimento de uma margem de manobra política significativa, permitindo que negociações pontuais e acordos de conveniência possam se sobrepor às rígidas exigências de um sistema solidamente edificado em termos jurisdicionais.

Essa característica torna o exercício de um poder punitivo transnacional bastante problemático, uma vez que os limites próprios que o direito concretizou como forma de restrição ao arbítrio penal podem ser convenientemente afastados sob o manto de argumentos retóricos calcados nos termos aludidos. Assim, à taxatividade penal opõe-se o costumeiro *political approach* do direito internacional, já referenciado no Capítulo 1 deste trabalho. Em verdade, assevera-se, no plano internacional, o fundamental problema da seletividade do poder de punir, conforme leciona Dissenha:

Essa questão é muito mais aguda no plano internacional, onde a separação de poderes simplesmente não existe. A consequência é a impossibilidade de um “Estado de direito internacional”, segundo Köchler, dado o fato de que, nesse âmbito, o “poder político entra em jogo e o ‘supremo interesse nacional’ toma o lugar dos grupos de lobby e de pressão”. Nesse contexto, seria ingênuo imaginar que a atuação da justiça penal no plano internacional estaria isenta desses interesses políticos e, assim, seria capaz de garantir o *rule of law*. [...] a justiça penal repressiva padece de problemas provocados pela estrutura em que se localiza. De fato, no plano internacional, onde não existe um poder central colocado em posição hierárquica claramente superior, o exercício de poder punitivo não segue a proposta tradicional do Direito Penal moderno, que demanda verticalização. Mais do que isso, ao depender de uma construção horizontal para que a existência da pena internacional seja possível, a materialização da justiça penal torna-se dependente de um jogo de forças que pode desnaturar a proposta penal e, mais do que isso, pode torná-la um mero exercício de poder antidemocrático³⁴³.

Além desta relevante percepção, que permite encaminhar este capítulo para seu desfecho³⁴⁴, ao conectá-lo com o que se verá a seguir, é válido mencionar a

³⁴³ DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 172; 194.

³⁴⁴ Havia pretensão, inicialmente, de se abordar neste capítulo ainda, uma terceira via de manifestação do processo de internacionalização do direito penal, a qual denominaríamos de via dogmático-instrumental. Tratava-se de analisar a importação de conceitos, teorias e gabaritos jurisprudenciais forjados no estrangeiro e aplicados de forma acrítica e automatizada em nosso país. Esta tendência,

afirmação de Fauzi H. Choukr, ao defender a necessidade do desenvolvimento daquilo que poderia ser considerado a “devida cooperação internacional em matéria penal”:

A necessidade do enfrentamento da criminalidade transnacional não pode ser descurada. Mas, da mesma forma, não se pode cumprir esse papel de enfrentamento às custas da fragilização do Estado de Direito, no âmbito interno e dos direitos fundamentais, desde que sejam tidos como balizas essenciais às relações internacionais na construção de uma ordem internacional justa³⁴⁵.

trasvestida, por vezes, de “direito comparado”, mas utilizada, regra geral, como mero argumento de autoridade, tem crescido em número de aparições e seriedade dos efeitos produzidos. Apenas alguns exemplos: o uso da *teoria do domínio do fato* (para bem longe de sua fundamentação e seus objetivos originais) no julgamento da AP n. 470/STF (mensalão) e julgados posteriores; o uso da *teoria da cegueira deliberada* no julgamento do caso do roubo do Banco Central (AC n. 5.520/CE, 2005.81.00.014586-0), da própria AP n. 470/STF e dos casos que envolvem a afamada “Operação Lava Jato”; o uso de *mecanismos de justiça penal negociada*, sem a devida regulamentação no país (apesar da previsão formal normativa de aplicabilidade) e em cenário de elevada seletividade e amplitude descabida das condições de negociação por parte do Ministério Público, numa tentativa confusa de combinação do *patteggiamento* italiano (que é muito mais um acordo sobre a confissão e sobre a sentença) e o *plea bargain* norte-americano (que é um acordo sobre admissão de culpa e não exatamente um sistema de colaboração para obtenção de provas); o uso do “comparatismo” como fundamentação (argumento de autoridade) para aprovação da possibilidade de *execução da pena antes do trânsito em julgado* (em clara afronta ao que dispõe a Constituição Federal brasileira) no HC n. 126.292/SP e ratificado em decisões posteriores. Sobre a teoria do domínio do fato ver: LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 106, ano 22, jan.-fev. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014; GRECO, Luís [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Sobre a teoria da cegueira deliberada: SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. Sobre a delação (colaboração) premiada no Brasil, por muitos: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe [orgs.]. **Delação premiada**: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. da; MANDARINO, Renan Posella [orgs.]. **Colaboração premiada**: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. Sobre o uso de comparatismo no julgamento do HC n. 126.292/SP, em que o STF alterou sua jurisprudência para autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado, por muitos: INCOTT JÚNIOR, Paulo R.; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Relativização da presunção de inocência: a decisão do STF no HC 126.292/SP. In: COELHO, Luiz Fernando [org.]. **Hard cases**: argumentação jurídica em casos difíceis. Curitiba: Instituto Memória, 2018, v. 1, p. 39-72; INCOTT JÚNIOR, Paulo R. Por uma perspectiva culturalista de direito comparado: apontamentos sobre a visão de Pierre Legrand e o uso do comparatismo no HC 126.292/SP. In: TOMAZINI, Larissa Ribeiro; RAMOS, Samuel Ebel Braga; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas [orgs.]. **Jurisdição e processo na contemporaneidade**. Curitiba: CRV, 2018, v. 1, p. 89-108.

³⁴⁵ CHOUKR, Fauzi H. A justa cooperação penal internacional: aspectos dos desafios brasileiros na construção normativa e prática. **Ius Gentium**, v. 8, p. 99-112, 2017. p. 109.

3 RISCOS POLÍTICOS E NORMATIVOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO: A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL MARGINAL

Ao iniciar este terceiro capítulo, é preciso reafirmar a percepção de que o processo de internacionalização do direito penal possui, em seus objetivos declarados, suas “promessas”, potencial positivo para a lida com conflitos sérios que transbordam as fronteiras políticas dos Estados soberanos. Significa dizer que qualquer síntese dos riscos que este processo traz, como se fará na sequência, não significa a negação deste potencial e muito menos a defesa intransigente e anacrônica pelo retorno a posições isolacionistas. Antes, o que se pretende é retratar, ainda que sumariamente, preocupações profundas que perturbam aqueles que notam a real possibilidade de que esse processo resulte não apenas num reforço (expansão) perigoso do poder punitivo, ao se desembrenhar de suas amarras políticas “tradicionais” (no sentido de controle democrático), mas também na criação de uma nova via para o sempre presente impulso de colonização de interesses por parte dos Estados com maior capacidade de decisão no cenário político global³⁴⁶.

Ao longo dos primeiros dois capítulos, esses riscos foram sendo direta e indiretamente referenciados, mas cumpre aqui um papel importante para discussão proposta tentar condensar alguns dos pontos sensíveis dessas inquietações.

Em primeiro lugar, é forçoso reconhecer que a proposta de uniformização de políticas criminais e mesmo a aproximação (harmonização) normativa em termos de criminalização, por qualquer de suas vias, é capaz de gerar uma indesejável “pasteurização”³⁴⁷. A aplicação de “gabaritos penais” para o tratamento dos conflitos sociais neutraliza a possibilidade de abordagens tópicas menos gravosas e até mais eficazes em algumas situações, o que traz dificuldades substanciais. Por um lado, o resultado político e social da aplicação do produto desta pasteurização produz *consequências nocivas díspares, desproporcionais*, conforme o local de sua concretização. Por outro, a inibição de soluções locais para algumas formas de desvio, em detrimento de uma abordagem de “combate” internacional, pode resultar em

³⁴⁶ Esta última preocupação ocupa de forma mais enfática as páginas deste capítulo.

³⁴⁷ DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, ano 26. São Paulo: RT, set. 2018. p. 831.

acomodação dos agentes políticos nacionais, que deveriam trabalhar pela solução dos problemas estruturais que geram esses conflitos, além de permitir um *uso retórico dos compromissos internacionais* firmados com o fim de *afastar uma crítica incisiva das políticas públicas efetivamente utilizadas* na lida com a situação em pauta. Não só. O uso de gabaritos forjados internacionalmente pode não garantir os melhores resultados (quer em termos de prevenção, quer em termos de solução concreta) e, em alguns casos, pode *asseverar de forma drástica a produção de efeitos colaterais severos no ambiente em que estão sendo implantados*. Esse parece ser o caso da política criminal internacional voltada ao combate do comércio ilegal de substâncias psicotrópicas. A “guerra às drogas”, como ficou conhecida a política criminal de orientação norte-americana, estruturada em meados do século XX e que rapidamente se alastrou para boa parte do globo, trazendo consigo, de arrasto, uma série de outros desdobramentos em termos de política criminal internacional, demonstra as terríveis consequências da pasteurização aqui comentada³⁴⁸. Somente em tempos mais recentes, alguns países³⁴⁹ passaram, de modo vanguardista, a substituir a lógica genocida desta abordagem por políticas alternativas de descriminalização, informação, investimento em programas de saúde, redução de danos, prevenção pedagógica, apoio social e outras formas de tratamento para a questão do consumo problemático e comércio de substâncias psicotrópicas.

Um segundo risco que precisa ser evidenciado no debate sobre o processo de internacionalização do direito penal diz respeito às consequências da aproximação de soluções dogmáticas oriundas de sistemas jurídicos cuja matriz social e filosófica é bastante diferente. Essa aproximação, ainda que necessária e capaz de aumentar a “eficiência” de um sistema punitivo global, tende a desestabilizar categorias da teoria

³⁴⁸ Para uma análise do tema, com algumas obras levando em conta a experiência brasileira: CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2016; THORNTON, Mark. **Criminalização**: análise econômica da proibição das drogas. São Paulo: LVM Editora, 2018; HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014; VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016; RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Editora Desatino, 2016.

³⁴⁹ No cenário global, o destaque é a experiência de Portugal, que desde 2001 tem trabalhado na lógica da descriminalização de todos os tipos de substâncias psicotrópicas e para Holanda, com sua política de redução de danos (fornecimento de instrumentos seguros para usuários, com o objetivo de reduzir os custos sociais e econômicos da *overdose* e da manipulação de agulhas e seringas contaminadas). Na América Latina, o debate tem ficado restrito ao cultivo e consumo da *maconha*, com destaque para o Uruguai, que em 2013 regulamentou o ciclo do consumo e para o Chile, que em 2007 estabeleceu critérios objetivos para diferenciação entre o cultivo e o consumo para proveito próprio do tráfico.

do delito que servem como dique de contenção para o exercício do poder punitivo e ferramenta de racionalização importante em sua aplicação. Conforme já brevemente mencionado³⁵⁰, o uso crescente de teorias construídas a partir de uma lógica funcionalista de direito penal, que toma em conta a experiência europeia ou norte-americana, pode produzir efeitos distintos e maléficos quando implantados em países com uma configuração de sistema penal³⁵¹ bastante diferente do que se observa na origem destas teorias³⁵². Apenas para enfatizar os exemplos mencionados, o uso da teoria do domínio do fato, da cegueira deliberada, da delação premiada e do comparatismo na questão da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância em tempos recentes não deixa dúvida, do ponto de vista da experiência brasileira, do sério impacto que este processo de “importação” ou “transplante” pode trazer, notadamente quando utilizado como argumento de autoridade capaz de permitir um *alargamento da incidência da norma penal ou a relativização de garantias do acusado*.

Um terceiro risco, de cunho eminentemente político, do processo de internacionalização do direito penal, é o uso de seus mecanismos ou vias de aplicação com *propósitos fortemente imperialistas*, como forma de *controle político, econômico e social* por parte das nações “do centro” em relação às nações periféricas ou marginais³⁵³. Já se apontou anteriormente o fato de que os EUA possuem forte

³⁵⁰ Ver, em especial, a nota n. 336, mas também as discussões dogmáticas oriundas presentes em cada uma das vias de manifestação do processo de internacionalização.

³⁵¹ Adota-se, para esta análise, o conceito de sistema penal conforme trabalhado por Eugenio R. Zaffaroni e José H. Pierangeli, segundo o qual sistema penal refere-se a todo o “controle social punitivo institucionalizado”, categoria capaz de abarcar não apenas a teoria penal ou os meios de sua aplicação jurídica, com o poder legislativo e judiciário, mas também as agências de repressão em geral, levando em conta, inclusive, o “direito penal subterrâneo”, ou seja, a aplicação de “penas” sem processo, “execuções” sem processo e demais manifestações de poder punitivo corrompido, ilegítimo, bastante comum na experiência latino-americana (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70-71).

³⁵² “A adoção desequilibrada de racionalizações penais estrangeiras como forma de solução de problemas penais arrisca uma desnaturação dogmática e epistemológica da própria ciência penal. A “germanização” do Direito Penal brasileiro é reconhecida há muito e pode produzir dificuldades teóricas graves ao substituir conceitos importantes reconhecidos na lei, doutrina e jurisprudência nacionais por outros construídos sob a ótica estrangeira, dando novo sentido, alcance e dimensão a estruturas tradicionais da dogmática.” (DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. *Op. cit.*, p. 837)

³⁵³ Assimilando, desde já, a percepção trazida pelos autores da filosofia da libertação, classificando como “do centro” as nações do norte da América, com destaque para os EUA, e as mais poderosas nações europeias, como França, Alemanha, Inglaterra, Espanha e Itália, entre outras. Importa ter em conta que os países marginais ou periféricos encontram-se, mais claramente, na América Latina, na África e no continente asiático. *A condição “marginal” está relacionada com os processos (antigos e atuais) de colonização extrativista, exploração de mão de obra escrava, submissão econômica,*

influência na definição da pauta de inúmeras políticas criminais com pretensões universalizantes. O exemplo do “combate” à lavagem de capitais é didático³⁵⁴. Sem um espaço verdadeiramente democrático, do ponto de vista transnacional, para acomodação das propostas e exame das idiossincrasias de cada Estado participante dos projetos de criação de uma política criminal genuinamente internacional, o que se produz é uma *hegemonia de interesses e não um consenso argumentativo*³⁵⁵. Esses interesses, não raro, vão criar uma *gestão diferencial do delito*, de modo a *permitir as ilegalidades estruturais* necessárias para consecução dos planos político-econômicos de nações com capacidade de impor a sua pauta valorativa e *restringir as ilegalidades que podem comprometer esses planos*. O modo como se tem configurado o debate em torno dos protocolos de *proteção ambiental*, com a inegável resistência dos EUA e de outros países em adotar restrições internacionalmente defendidas, a resistência para adoção da *competência do TPI* e a saída de alguns países em decorrência de seu exercício excessivamente seletivo, o fechamento de olhos para o *uso de trabalho infantil e escravo* por grandes empresas sediadas nos países centrais, empresas que fornecem gigantesca receita tributária para esses países, além do ganho proveniente do *lobby* político em épocas de campanha eleitoral, o *tratamento diferencial* na persecução da *criminalidade econômica*, em especial relacionada com a *questão falimentar de instituições financeiras e ilícitos nas operações de crédito*, são exemplos do típico *duplo binário com que a internacionalização do direito penal acaba se*

negação de participação efetiva no processo político global, constrição bélica rígida e demais *mecanismos de manutenção de uma relação de dominação ou de paternalismo*.

³⁵⁴ Vale repetir a percepção de Maíra Rocha Machado de que o impulso pela implementação de estratégias transnacionais de combate à lavagem de capitais pode “assumir formas fortemente despóticas [...] tratados e convenções internacionais, memorando de entendimento (MOUs), instrumentos *soft law*, sanções e contramedidas combinam-se para garantir que todos os países que possuem centros financeiros adotem o mesmo modelo de atuação estatal em face da lavagem de dinheiro... sustentando, portanto, que lavagem de dinheiro é a criminalização do capital que não pode atestar uma origem lícita” (MACHADO, Maíra Rocha. *Op. cit.*, p. 120-144). Também a análise do Professor Joachim Vogel, que afirma que “deve considerarse que la política criminal estadounidense es la más influyente a escala planetária” (VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005. p. 118).

³⁵⁵ Com aporte em Gramsci, Ludwig conceitua *hegemonia*, dentro da ideia de política como hegemonia, como “uma teia de relações institucionais e crenças organizadas pelos próprios grupos detentores do poder numa dada sociedade, o que é feito pelos intelectuais orgânicos”. Nota-se que o conceito de hegemonia abarca a ideia de consentimento, mas exclui a de consenso argumentativo, obtido pelo diálogo racional entre participantes do discurso em igualdade de condições, dentro de uma ética do discurso, conforme defende Habermas (LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia política da libertação: reflexões sobre alguns aspectos a partir da filosofia de Enrique Dussel. **Problemata – Revista Internacional de Filosofia**, v. 7, n. 3, 2016. p. 18).

manifestando. Se esta ambiguidade é inevitável, conforme apontam os autores discutidos no tópico 1.1, ao menos deve ser sempre levada em conta no momento de efetivação das vias de manifestação da internacionalização do poder punitivo³⁵⁶.

Por fim, como último ponto deste resumo esquemático e bastante singelo dos riscos que devem ser conhecidos e debatidos acerca do processo de internacionalização, sem a mínima pretensão de descrever um rol taxativo destes, deve-se mencionar a dificuldade para o desenho de uma *gestão penal internacional legítima de proteção de direitos humanos* pretensamente universais. Por dois motivos: um primeiro, relacionado ao *pluralismo axiológico* que está na base de qualquer *concepção de direitos humanos* que não deseje retratar uma visão eurocêntrica de mundo. Assim como a tentativa de definir a categoria do bem jurídico penalmente relevante com base em sua coincidência com a Constituição³⁵⁷ fracassa em termos

³⁵⁶ É nesse sentido a conclusão de Rui Dissenha ao defender a necessidade de uma política criminal universal, uma vez que seria inviável, em sua visão (fortemente calcada na doutrina de Koskenniemi e Zaffaroni), no âmbito internacional, um plano normativo capaz de sanar a incrustada indeterminação, seletividade, relativização de direitos e manifestação de poder político “cru” em que está embebida a aplicação da pena internacional: “Todavia, é imperioso reconhecer, como resultado dessa indeterminação estrutural, que a solução de conflitos internacionais não é meramente jurídica ou baseada em normas assépticas, mas é sempre dependente da política. Na disputa entre as proposições em conflito no plano ‘jurídico’ internacional – como em uma corte internacional, por exemplo, mas também em qualquer órgão que trate de solução de conflitos internacionais – a decisão pela melhor argumentação é sempre feita com base na política, e não apenas na lei. [...] Não se pode esquecer, afinal, que se um *rule approach* no Direito Internacional é tanto necessário quanto impossível, no plano da justiça penal internacional essa condição é ainda mais delicada, pois a repressão penal tem caracteres próprios que tornam o exercício do poder punitivo internacional uma quimera que arrisca os direitos do indivíduo de forma limítrofe” (DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 286; 289).

³⁵⁷ Conforme elucida Luís Greco, a doutrina que define o bem jurídico com arrimo na Constituição fracassa em se utilizar deste elemento como critério limitador do exercício de poder punitivo ou mesmo como baliza de garantia para efetivação do princípio da *ultima ratio*, porque as Constituições possuem caráter aberto, impreciso e, necessariamente, plural, o que significa que estão plasmados em seus enunciados valores, por vezes, conflitantes. Além disso, há nas Constituições um rol de direitos bastante extenso (em especial em Constituições prolixas, como a brasileira), o que torna relativamente simples encontrar respaldo para criação de quaisquer normas incriminadoras no texto constitucional – quase tudo poderia ser “protegido” por meio da lei penal. Desse modo, apontar para Constituição com o fim de afirmar que os bens jurídicos penalmente relevantes podem ser extraídos dela diz demais e de menos ao mesmo tempo – diz demais no sentido que nem tudo o que está reconhecido na Constituição como relevante ou merecedor de cuidado pelo Estado pode ser considerado um bem jurídico *merecedor de tutela sob ameaça de pena*; diz de menos quando substitui a tentativa de configuração de um conceito material de delito por um *novo formalismo*, ainda mais perigoso do que o que ocorreu com o positivismo clássico, uma vez que este discurso sobre bens constitucionalmente validados reveste-se de caráter metafísico, incapaz de ser discutido criticamente com base na realidade concreta do conflito social que se quer regular (GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, São Paulo: RT, jul.-ago. 2004. p. 92-93). O mesmo ocorre com a *gramática de direitos humanos* – *bastará afirmar a necessidade de proteção de um direito humano universal para legitimar uma série de mecanismos penais de caráter internacional*, sendo possível sacar esse mesmo argumento para todos “os lados”,

de criação de um elemento material capaz de legitimar a incidência da pena, o argumento em torno da proteção de direitos humanos por meio do direito penal internacionalizado é demasiadamente aberto e manipulável *ad hoc*, não sendo capaz de fornecer um dado realmente seguro sobre o limite da atuação aceitável dos mecanismos de persecução penal internacional. Dificilmente será possível, por exemplo, resolver a questão sobre os limites para interceptação de comunicação e aumento da vigilância transnacional sobre uso da internet apenas com base no discurso de proteção de direitos humanos. Assim, ainda que se reconheça que a universalização de um rol de direitos inalienáveis no segundo pós-guerra, com crescente ampliação deste escopo de garantias com o passar dos anos, tenha possivelmente servido para o reforço da segurança (prevenção) frente a experiências de crassa violação contra grupos específicos (como os ocorridos na Segunda Guerra), os maiores atentados contra direitos humanos hoje ainda são sistêmicos, orgânicos, resultantes da estrutura política, econômica e social que rege os recursos globais, negando a uma grande parte da população mundial acesso ao mínimo necessário para manutenção de uma existência digna, enquanto premia de forma abundante e excessiva um pequeno número de atores privilegiados³⁵⁸. Acontece, porém, que estas violações não despertaram o poder punitivo global em nenhum instante até o presente momento.

Não bastasse, um segundo problema permeia a teoria de proteção suficiente de direitos humanos como base de legitimação para internacionalização do direito penal: seu histórico de uso ideológico e seu inexorável paradoxo de proteção global. Conforme aponta Boaventura de Sousa Santos, “durante muitos anos, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram parte integrante da política da Guerra Fria”. E arremata: “Duplos critérios na avaliação das violações de direitos

ou seja, quer para autorizar a administração de uma pena severa, quer para inibir essa severidade. Como exemplo simples, na tentativa de reforçar este argumento: autorizar a tortura por parte de forças militares da ONU para obtenção de informações sobre a atuação de células terroristas fere direitos humanos ou os garante, na medida em que sejam imprescindíveis para impedir um ataque a um alvo civil de grandes proporções? Se a resposta for deixada a cargo do amparo na retórica acerca dos direitos humanos, é difícil prever a solução que será dada. Não é por menos que surgem, no Brasil, vozes imbuídas pelo desejo de relativização de garantias individuais no processo penal sob o lema de “direitos humanos para humanos direitos”, o que no final é o retrato despudorado desta tentativa de manipular o conceito de acordo com interesses persecutórios (punitivistas) contingentes.

³⁵⁸ LUDWIG, Celso Luiz. Direitos humanos: fundamentação transmoderna. In: SILVA, Eduardo Farai; GEDIEL, José Antonio Peres; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina [orgs.]. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 31.

humanos, complacência para com ditadores amigos, defesa do sacrifício dos direitos humanos em nome dos objetivos do desenvolvimento – tudo isto tornou os direitos humanos suspeitos enquanto guião emancipatório³⁵⁹. Mesmo quando a gramática de direitos humanos foi assumida por pautas progressistas, conforme aponta o mesmo autor, seu desenho se manteve fortemente “moderno” e, portanto, colonialista. Além disso, a proteção global de direitos humanos gera um paradoxo aparentemente insanável: direitos humanos estão fortemente conectados à cultura e ao respeito de escolhas existenciais, ou seja, ao reconhecimento de um âmbito em que os Estados não podem entrar senão para salvaguardar estas escolhas e seu significado cultural. Ao mesmo tempo, a demanda por proteção internacional (penal) destes direitos humanos (sem ignorar sua evolução em dimensões ou gerações) clama por uma normatização, o que no final significa a padronização castrante das diferenças culturais e escolhas existenciais em prol da hegemonia fundamental (e fundante) da norma³⁶⁰.

Diante desses e de outros riscos sérios e merecedores de uma atitude prudente, crítica, surge a necessidade de debate em torno da questão acerca das *formas de constranger o processo de internacionalização do direito penal, para que se desenvolva dentro de um molde apto a: (i) respeitar a dignidade humana; (ii) estar aberto à incidência de uma constante revisão crítica, externa ao funcionamento de seus mecanismos; (iii) oferecer alguma dissuasão concreta (e não meramente simbólica) contra o cometimento de graves violações a direitos fundamentais para existência humana (prevenção); (iv) ser formatado por uma ciência penal comprometida com valores plurais e com a restrição do uso da sanção penal ao absolutamente necessário; (v) permitir a participação em condições simétricas para os Estados que deste processo sofrem consequências.*

Não se tem a pretensão, neste momento, de estruturar um desenho pronto das condições de possibilidade para esta constrição, mas interessa oferecer uma reflexão sobre a matriz filosófica e os princípios normativos basilares para essa operação de filtragem. Essa reflexão se dará, neste espaço, a partir da *filosofia da libertação*, por

³⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, jun. 1997. p. 11-32.

³⁶⁰ Note-se que foi tomado o cuidado em utilizar o conceito de norma e não de lei. Norma como algo anterior, cronológica e axiologicamente, à lei. Norma que, como se sabe, tem sua origem etimológica no uso que os romanos faziam de um instrumento similar ao esquadro e também remonta a ideia de “normal”, ou seja, padrão, dentro do esquadro, adequado ao molde, ao exemplar, ao regular, à medida, ao semelhante e *não* ao diferente.

um motivo claro: a filosofia da libertação parece fornecer o melhor aporte teórico (estratégico) para criação de ferramentas argumentativas que tomem *a realidade latino-americana como norte valorativo a ser levado seriamente em conta no debate acerca do processo de internacionalização do direito penal*³⁶¹. Busca-se, com isso, quebrantar as possibilidades de um processo hegemônico que parta unicamente dos interesses das nações centrais e forçar a inclusão das especificidades da vida concreta em países marginais na pauta valorativa que serve de base para as discussões acerca das políticas criminais internacionais.

Antes, porém, de tentar retratar de modo breve o conteúdo daquilo que se denomina como filosofia da libertação e estabelecer a conexão necessária com a política criminal internacional, duas observações devem ser feitas. A primeira diz respeito à opção pelo *foco na política criminal*. Como se viu durante o desenvolvimento deste trabalho, o processo de internacionalização afeta todos os ramos da ciência penal, quer seja no campo do direito material, como os impactos que causa na teoria do delito, quer seja no campo processual, com ênfase nos mecanismos de cooperação jurídica internacional, além de outros tantos efeitos discutidos no Capítulo 2. A opção por tratar do tema dos fundamentos para criação das condições de possibilidade para construção desse processo a partir da política criminal precisa, deste modo, ser justificada.

Essa justificativa está calcada na percepção, já mencionada inclusive³⁶², de que a configuração do direito penal (*lato sensu*) dentro do processo de internacionalização se dá, hoje, em termos eminentemente pragmáticos, fundados numa perspectiva funcionalista da ciência penal. Destarte, se tomarmos por base a lúcida conclusão de Claus Roxin (já na década de 1970)³⁶³, um dos funcionalistas mais respeitados da doutrina de direito penal hoje, de que o “caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do

³⁶¹ Conforme elucida Enrique Dussel, “a filosofia política não propõe nem os projetos, nem as transformações concretas, empíricas. Isso é tarefa de cientistas sociais, de partidos políticos e dos movimentos sociais, nos níveis econômico, ecológico, educacional, da saúde, etc. Aqui se trata de enunciar os princípios, os critérios fundamentais de transformação...” (DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 131).

³⁶² Ver nota n. 84.

³⁶³ Não se faz aqui um juízo valorativo desta conclusão, que é apresentada por Roxin como inegociável. O que se faz é concordar com esta “inegociabilidade” a partir do retrato que se obteve sobre a forma como o processo de internacionalização vem se manifestando. A tendência ao pragmatismo, acentuada fortemente após os eventos ocorridos nos EUA em 11 de setembro de 2001, não deixa espaço para outra coisa senão a funcionalização da ciência penal com o propósito de atingir uma maior eficácia e simplificar a aproximação entre os sistemas penais nacionais.

direito penal”³⁶⁴ e aliarmos isso com a constatação de Rui Carlo Dissenha, apoiado na obra de Koskenniemi e de Zaffaroni, de que “o Direito que se faz no plano internacional é, essencialmente, uma manifestação política” e de que “a pena internacional ... sempre tem natureza evidentemente política”³⁶⁵, não será difícil concluir pela *necessidade de concentrar o debate sobre o processo de internacionalização do direito penal nas formas de conformar o conteúdo da política criminal internacional aos moldes já apontados*.

A segunda observação tem que ver com os *pressupostos para uma política criminal internacional* apta a salvaguardar direitos fundamentais e, sobretudo, respeitar a pluralidade, garantindo a dignidade humana como bem maior. Se a política criminal representa o “conjunto de princípios e recomendações que orientam a atuação estatal no trato da criminalidade” e seu “papel é essencial para o direcionamento contido do poder punitivo”³⁶⁶, e se estamos tratando dos processos de internacionalização deste poder punitivo, imperioso é reconhecer que a política criminal que almeje respeitar os valores acima definidos no plano global deverá ser o produto de um *espaço de diálogo argumentativo amplo, aberto, em igualdade de condições entre as nações participantes*. Assim, só haverá política criminal global legítima se forem levados em conta não só os princípios conformadores da ciência penal, ou aqueles pensados por Alessandro Baratta para configuração de um direito penal mínimo e antropocentricamente direcionado³⁶⁷, mas se forem *participantes da configuração dessa política criminal todos os que dela sofrerão efeitos reais*³⁶⁸. Fazer

³⁶⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

³⁶⁵ DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 287. O autor ainda menciona, quatro páginas à frente desta citação, que “é por meio de uma política criminal eficiente e desenhada de acordo com os fins constitucionais a que almeja um Estado que se consegue regular adequadamente a questão criminal e garantir a coexistência social pacífica. Todavia, pelo efeito que pode ter, uma política criminal representa a tênue linha entre a necessária regulação criminal e o uso exagerado da repressão como instrumento de controle”.

³⁶⁶ DISSENHA, Rui. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 291.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 297-299.

³⁶⁸ Conforme bem coloca Celso Luiz Ludwig, com aporte na obra de Dussel, “a política necessita de princípios normativos sem os quais o poder se fetichiza”. Isso é especialmente verdadeiro quando se leva em conta o real estado de coisas nos países marginais e seu fracasso na implantação dos fundamentos materiais da revolução liberal, além de sua frágil capacidade de imposição de interesses no cenário globalizado. Ainda com Ludwig: “na América Latina, na África, na Ásia, como na Europa oriental (desde 1989) o estado de direito é sumamente precário, e sequer a mera sobrevivência material está assegurada para a grande parte da população...” (LUDWIG, Celso.

referência à centralidade do ser humano e aos direitos humanos “universais” não parece ser suficiente se a intenção é impedir que o direito penal internacionalizado adquira feição (ainda mais) colonialista (*americanização* e *europização* do direito penal) porque, regra geral, o “ser humano” desta gramática ainda é o homem europeu “ilustrado”. Será necessário, então, dar voz a quem até aqui não a teve. Sobre isso, a filosofia da libertação tem muito a dizer, motivo pelo qual se passa a seguir à tentativa de esboçar alguns de seus conceitos fundamentais, para depois conectar esse conteúdo com o tema deste capítulo, na busca por diretrizes para uma política criminal internacional legítima.

3.1 Filosofia da libertação como matriz filosófica fundante de uma política criminal internacional legítima

A filosofia da libertação parte de uma constatação fundamental: o paradigma filosófico da modernidade precisa ser superado, uma vez que produtor de uma visão de mundo severamente eurocêntrica, imperialista e incapaz de incorporar, em seu projeto de emancipação, a exterioridade, o Outro. Mesmo após a virada linguística e a superação do paradigma da consciência, não se efetivou a construção de um paradigma capaz de dar voz àqueles que haviam sido silenciados pelo processo civilizador moderno. O consenso ainda ficou restrito a um “nós” hegemônico, não inclusivo, não pensado a partir da exterioridade, do Outro, mas a partir da unidade da comunidade de comunicação pressuposta. É preciso, então, tomar o “outro como condição *a priori* de possibilidade de toda argumentação”³⁶⁹. Nessa premissa se baseia a estruturação da filosofia da libertação³⁷⁰.

Enrique Dussel, principal expoente desta corrente de pensamento, analisa a história da filosofia a partir dos paradigmas do ser, da consciência, da linguagem e oferece um novo paradigma: *o paradigma da vida concreta de cada sujeito como*

Filosofia política da libertação: reflexões sobre alguns aspectos a partir da filosofia de Enrique Dussel. **Problemata – Revista Internacional de Filosofia**, v. 7, n. 3, 2016. p. 16).

³⁶⁹ LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 107.

³⁷⁰ Dado o espaço reduzido para explanação acerca das categorias e conceitos trabalhados pela filosofia da libertação, parte-se do pressuposto de que o leitor tenha acesso ao significado desses conceitos, de modo a poder trabalhar com eles neste tópico de modo um tanto livre, sem a necessidade de explicar cada um destes pormenorizadamente. As obras citadas, assim como toda a produção teórica de Enrique Dussel, estão amplamente acessíveis, inclusive em meio eletrônico.

modo de realidade. Antes de delinear o significado desse paradigma e seu impacto para filosofia política, é preciso assentar a necessidade de superação do paradigma da consciência, fundamento da *racionalidade moderna* que, como se viu (cap. 1), *está na base do processo de internacionalização do direito*.

O método fundante da modernidade eurocêntrica é o *ego cogito* de Descartes³⁷¹. Essa *consciência* monológica em movimento de dúvida forma o ponto de partida e o limite da *totalidade* da razão instrumental que forja a ideologia e, conseqüentemente, a *práxis* política e a própria estruturação do Direito nos séculos XV-XVIII (no Ocidente obviamente). O “radical dualismo” (sujeito-objeto) e o afastamento da facticidade, para dar primazia ao pensamento, acaba por erigir a *consciência* ao patamar de “fundamento da certeza” e a *razão* (instrumental) ao altar supremo, como novo ente metafísico (objetivado), cominando com o idealismo hegeliano e sua concepção de saber absoluto, categoria máxima da expressão da *totalidade*, da “unificação do sujeito e do objeto, o triunfo da verdade e a captação do conceito”³⁷². Essa centralidade do sujeito, da consciência e da razão esteve na base das ideias de “renascimento”, “esclarecimento” (a *aufklärung* kantiana), “emancipação”, saída das trevas medievais e “desenvolvimento”³⁷³, que animaram o espírito dos séculos XV ao XVIII. Esteve presente também na gramática colonialista que opunha o europeu civilizado ao Outro “bárbaro”, legitimando o processo civilizador (violento)³⁷⁴.

O que interessa em especial a este tópico é essa percepção de que a *matriz filosófica da modernidade está intrinsecamente conectada ao espírito de conquista, de imposição de padrões, de encobrimento e exclusão do Outro*. Aponta Dussel de forma cristalina, sintetizando um ponto de suma relevância, pelo que se justifica a

³⁷¹ “A modernidade se funda e age a partir dos parâmetros paradigmáticos do sujeito.” (LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 39)

³⁷² Ibidem, p. 42-60.

³⁷³ Embora *desenvolvimento* pareça ser uma palavra mais atrelada já à Revolução Industrial e, portando, parte da gramática do século XIX, é interessante notar que sua origem vem do latim *volvere* (rolar, fazer girar) e descreve um ato de “desenrolar, permitir a saída ou aparecimento de algo que estava tolhido”, uma concepção bem em consonância com esse espírito desbravador e clarificador com que a racionalidade moderna se apresentou.

³⁷⁴ “Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se necessário for, para destruir os obstáculos dessa modernização (a guerra justa colonial). [...] Para o moderno, o bárbaro tem uma ‘culpa’ (por opor-se ao processo civilizador) que permite à ‘Modernidade’ apresentar-se não apenas como inocente mas como ‘emancipadora’ dessa ‘culpa’ de suas próprias vítimas.” (DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 30)

citação longa:

O *ego cogito* moderno foi antecedido em mais de um século pelo *ego conquiro* (eu conquisto) prático do luso-hispano que impôs sua vontade (a primeira “Vontade-de-poder” moderna) sobre o índio americano. A conquista do México foi o primeiro âmbito do *ego* moderno. A Europa (Espanha) tinha evidente superioridade sobre as culturas asteca, maia, inca etc., em especial por suas armas de ferro – presentes em todo o horizonte euro-afro-asiático. A Europa moderna, desde 1492, usará a conquista da América Latina (já que a América do Norte só entra no jogo no século XVII) como *trampolim* para tirar uma “vantagem comparativa” determinante com relação a suas antigas culturas antagônicas (turco-muçulmana etc.). Sua superioridade será, em grande medida, fruto da acumulação de riqueza, conhecimentos, experiência etc., que acumulará desde a conquista da América Latina. A Modernidade, como novo “paradigma” de vida cotidiana, de compreensão da história, da ciência, da religião, surge ao final do século XV e com a conquista do Atlântico. O século XVII já é fruto do século XVI; Holanda, França e Inglaterra representam o desenvolvimento posterior no horizonte aberto por Portugal e Espanha. A América Latina entra na Modernidade (muito antes que a América do Norte) como a “outra face”, dominada, explorada, encoberta.

Do ponto de vista da filosofia política, o paradigma moderno fundado na consciência *restringe o poder à ideia de dominação* e reduz sua *legitimação a um processo meramente formal*, enaltecendo a vontade de poder daquele que domina e negligenciando a vontade de vida (pressuposto material da política enquanto condição de possibilidade para o exercício digno das intersubjetividades dentro das estruturas de poder, ou seja, para produção e manutenção de vida) daqueles que serão, por força daquela vontade, oprimidos (vítimas), uma vez que não receberão a oportunidade de se tornarem participantes das decisões que operarão efeitos sobre sua própria existência³⁷⁵. O *projeto político moderno é um projeto totalizante*, no sentido que pretende universalizar um modelo de vida (erótico, pedagógico e político na linguagem dusseliana) por meio da imposição violenta de sua “ética” e negação de qualquer exterioridade digna de participação ativa na construção da ordem normativa³⁷⁶. Dito de outro modo, a “filosofia política pensada até o presente desde a Europa e Estados Unidos... indica não só o lugar de onde se pensa, mas o modo de pretender elevar a perspectiva europeia à condição de interpretação universal...”³⁷⁷. *É este o molde em que se forja e se desenvolve o processo de internacionalização do*

³⁷⁵ DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 17; 25 e 26.

³⁷⁶ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 112-116.

³⁷⁷ LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia política da libertação: reflexões sobre alguns aspectos a partir da filosofia de Enrique Dussel. **Problemata – Revista Internacional de Filosofia**, v. 7, n. 3, 2016. p. 12.

direito.

Para superar este momento político de negação da exterioridade do projeto moderno, rumo a um projeto *transmoderno*³⁷⁸, Dussel, ao trabalhar os desdobramentos de sua *ética* da libertação para a *política* da libertação, estabelece uma arquitetônica marcada por princípios normativos, pela qual “não se pretende formular um sistema fechado. Pelo contrário, trata-se de um marco teórico dos temas mais urgentes, mais pertinentes, exigidos pela experiência global e planetária do início do século XXI”³⁷⁹ que seja capaz de inaugurar uma nova racionalidade para o exercício da *potestas* (exercício de poder delegado do poder político institucionalizado).

Ao erigir esta arquitetônica, Dussel deixa claro que o poder político³⁸⁰, categoria fundamental de sua tese, pertence sempre e exclusivamente ao povo³⁸¹. Assim, não se trata de estruturar um projeto de tomada do poder, nem mesmo de emancipação (insuficiente porque intrassistêmica)³⁸². Trata-se, antes, de estabelecer uma nova

³⁷⁸ Conforme elucidado por Ludwig, o projeto *transmoderno* diz respeito às “*utopias factíveis* criativamente formuladas pelos *dissensos* legitimamente obtidos pelas diversas e heterogêneas *comunidades de vítimas* e, ao mesmo tempo, subsume o caráter emancipatório do projeto da modernidade, rejeitando, todavia, seu conteúdo *negativo e mítico* de justificação de uma práxis irracional e violenta” (ibidem, p. 40 – grifos do autor).

³⁷⁹ Tradução livre de: “Se trata de una *Arquitectónica*. Con ello no proponemos un sistema teórico *cerrado*; por el contrario, se trata de un *marco teórico* de los temas más urgentes, más pertinentes, exigidos por la experiencia global, planetaria al comienzo del siglo XXI” (DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. v. II: la arquitectónica. p. 13).

³⁸⁰ “... o político é o desenvolvimento do poder político em todos os seus momentos”. Dussel divide os momentos da política em material, formal e factível. Ao desenvolvimento destes momentos na política em vigor se opõe a crítica, igualmente voltada a estes mesmos momentos (DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 29).

³⁸¹ “Povo” é outra categoria (política, não sociológica nem econômica) fundamental para Dussel. Ele busca sua definição, como gênero do qual a “classe” do marxismo ortodoxo será apenas uma espécie, dentro da noção de “bloco” histórico ou social de que falou Gramsci, entendendo que a categoria povo “estabelece uma fronteira ou fratura interna na comunidade política” geral, transformando-se em “ator coletivo político”, formado por aqueles que são excluídos na passagem da *potentia* (poder político ainda latente) para o exercício da *potestas* (poder delegado do poder político institucionalizado). Por ser um bloco, o “povo” comporta contradições internas, sem que isso faça com que perca sua capacidade de representar uma comunidade coerente de “vontades”, fundadas da “tendência originária” – a vontade de vida (ibidem, p. 92-95).

³⁸² Ludwig afirma que “a exterioridade assim posta, além do horizonte da totalidade, requer em cada nível um projeto de libertação e não meramente de emancipação, pois a emancipação consiste num caminho dialético progressivo na busca de um ‘novo lugar’, situado no interior da totalidade vigente. Admitindo-se que uma determinada totalidade vigente é estruturalmente injusta, a emancipação não rompe com a injustiça” (LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 137). Dussel aponta para o fato de que a revolução liberal falava em liberdade, mas seus postulados foram insuficientes. “É necessário, agora, subsumindo-a [a liberdade dos revolucionários burgueses], referir-se à *libertação*... como processo, como negação de um ponto de partida, como uma tensão até o ponto de chegada... devemos transformá-los [isto é, os postulados da revolução burguesa – liberdade, igualdade, fraternidade], na rebelião dos povos oprimidos e excluídos da

racionalidade para a *potestas*, baseada na ideia de *mandar obedecendo*, e um *novo norte valorativo* para a tomada de decisões dentro do *campo político*. Este norte valorativo necessita ser pensado a partir de um *sujeito histórico concreto* e ser dotado de um conteúdo originário, um *princípio material fundante*.

Para Dussel, frise-se, o sujeito histórico legitimado a levar avante esse projeto político libertador é o povo, formado, no sentido empregado pelo autor, pela *comunidade de vítimas*, identificando-se essas da seguinte maneira: “vítimas são vítimas porque: não podem viver plenamente (momento material); porque foram excluídas da participação das decisões que sofrem (momento formal de não legitimidade), e porque manifestam em seu próprio sofrimento ou em reivindicação insatisfeita que o sistema não é eficaz”³⁸³. O princípio material fundante³⁸⁴ da política pensada a partir desse sujeito emerge do *acontecimento*³⁸⁵ que faz transparecer a crise (caos) vigente e possui como conteúdo a *afirmação da vida humana*, ou seja, a satisfação da vontade de vida, ordenando ao campo político que se organize e se dirija precipuamente para “trabalhar em favor da reprodução e aumento de vida de todos os cidadãos”³⁸⁶. Compreendendo que o “querer viver é a tendência originária” e que esse querer se manifesta numa “intrincada e complexa rede de intersubjetividades, com múltiplas relações de poder”, é possível chegar à conclusão de que a “vontade de viver, como marco originário, é determinante para fundamentação de uma filosofia política de libertação”³⁸⁷. O *postulado político* decorrente disso, subdividido em suas dimensões (ecológica, econômica etc.), estará sempre atrelado a este princípio material e deverá estabelecer um horizonte ou um

periferia em suas lutas pela Segunda Emancipação, no *novo* postulado: Alteridade, Solidariedade, Libertação!” (Ibidem, p. 164 – grifos do autor).

³⁸³ Ibidem, p. 104.

³⁸⁴ Ainda que se aponte, a seguir, a importância do princípio *formal* para conformação da política global aos critérios de legitimidade elencados, é preciso priorizar – tratar por primeiro literalmente – o aspecto material que guia a política da libertação, com o intuito de escapar ao “vício” moderno de legitimação estritamente formal (e/ou procedimental) da política (LUDWIG, Celso. Filosofia política da libertação: reflexões sobre alguns aspectos a partir da filosofia de Enrique Dussel. **Problemata – Revista Internacional de Filosofia**, v. 7, n. 3, 2016. p. 15).

³⁸⁵ “El *acontecimiento* como eclosión, como erupción, supone un *lugar*, que abre una *situación* crítica. El sub-jecto pasivo cae inevitablemente en un cierto escepticismo, en un *nhilismo* ante el antiguo orden cuyos valores se derrumban ante sus ojos; se trata de una ruptura. A esto le sigue, cuando hay efectivamente un *acontecimiento* que es creador («aparece» la *potestas*), un «poner nuevos valores» (usando la expresión del *Zarathustra* de Nietzsche), como el poder de una Voluntad que tiene la capacidad de inaugurar intersubjetivamente, como generación originante, una tradición distinta, un orden nuevo.” (DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. v. II: la arquetónica. p. 74-75)

³⁸⁶ DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 105.

³⁸⁷ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 20.

norte valorativo (dentro dos ditames dos demais princípios, conectados ao aspecto formal – de legitimidade – e ao factível – de possibilidade empírica) apto a realizar as transformações necessárias.

Como último aspecto relevante a ser tratado no escopo deste tópico a respeito da filosofia política da libertação, cabe analisar aquilo que Dussel define como o princípio (momento) formal desta política. Esse aspecto interessa a presente reflexão por estar conectado de modo ainda mais direto à questão da criação de condições de possibilidade para a forma de se pensar uma política (criminal) global legítima.

O elemento fundamental gerador de legitimidade da ação política (global) deverá ser sempre a *possibilidade de participação efetiva na tomada de decisão* (consenso esclarecido). Dussel disserta:

Para que algo valha *praticamente* para alguém, é necessário que esse “alguém” tenha condições de, livre e autonomamente (estas são as condições kantianas e liberais, que muitas vezes se opõem à justiça), aceitar as razões (não os atos ou “pressões” contra sua vontade por violência ou força física pura) que são oferecidas a seu consentimento, a sua aceitação racional. As condições da “aceitabilidade” das questões a serem decididas praticamente de maneira racional são, intersubjetivamente, as condições de validade e, na política, de legitimidade³⁸⁸.

Tomando esta concepção fundamental sobre o princípio fundante do momento formal de legitimidade da política da libertação, pode-se chegar ao postulado político que lhe corresponde nos seguintes moldes:

Devemos operar politicamente sempre de tal maneira que toda a decisão de toda ação, de toda organização ou das estruturas de uma instituição (micro ou macro)... no exercício delegado do poder obediencial, seja fruto de um processo de acordo por consenso no qual possam da maneira mais plena *participar os afetados* (dos que se tenha consciência); tal acordo deve decidir-se *a partir de razões* (sem violência) com o *maior grau de simetria* possível dos participantes, de maneira pública e segundo a institucionalidade (democrática) acordada de antemão. A decisão assim tomada se impõe à comunidade e a cada membro como um *dever político*, que normativamente

³⁸⁸ Tradução livre de: “Para que algo *valga prácticamente* para alguien, es necesario que ese «alguien» haya podido de una manera libre, autónoma (éstas son las condiciones tanto kantianas como liberales, que frecuentemente se oponen a la justicia), aceptar las razones (no los actos o «presiones» contra su voluntad de la violencia o de la pura fuerza física) que se le ofrecen a su consentimiento, a su aceptación racional. Las condiciones de la «aceptabilidad» de cuestiones a ser decididas prácticamente de manera racional son, intersubjetivamente hablando, las condiciones de la validez, y, en política, de la legitimidad” (DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. v. II: la arquitectónica. p. 269 – grifos do original).

ou com exigência prática (que subsume como político o princípio moral formal) *obriga legitimamente* o cidadão³⁸⁹.

A este postulado formal da política se alia um outro, de igual importância, tomando corpo já a partir da razão política crítica: “devemos alcançar *consenso crítico*, em primeiro lugar, *pela participação real e em condições simétricas dos oprimidos e excluídos*, das vítimas do sistema político, porque são os mais afetados pelas decisões tomadas institucionalmente no passado”³⁹⁰.

Internalizando esses postulados, subsumidos nestes os princípios mencionados, pode-se realizar a tentativa de transportá-los simetricamente para a *construção da matriz teórica que servirá de baliza na edificação de uma política criminal internacional legítima*. De modo esquemático, as diretrizes básicas poderiam ficar assim delineadas: (i) possuirá pretensão de legitimidade a política criminal internacional que tome por norte valorativo a busca pela otimização da produção e manutenção de vida dos cidadãos (em contrapartida será ilegítima a política criminal internacional que revelar desprezo ou despreocupação com o impacto que sua implantação causará nas possibilidades de produção ou manutenção de vida dos afetados)³⁹¹; (ii) possuirá pretensão de legitimidade a política criminal internacional que permita a máxima participação simétrica de *todos* os que serão por sua implementação afetados, devendo ser garantido um espaço livre de qualquer coação para manifestação de cada Estado envolvido no projeto de harmonização político-normativa, num espaço internacional de influência o mais equidistante possível³⁹²; (iii) a pretensão de legitimidade delineada no ponto anterior estará subordinada à

³⁸⁹ DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007. p. 82 – grifos do original.

³⁹⁰ Ibidem, p. 111 – grifos do original.

³⁹¹ Assim, uma política criminal internacional de combate ao comércio e consumo de determinadas substâncias que produza, em razão de sua implantação, a negação de um grande número de vidas (e, pior, sua concreta destruição em massa, com elevado nível de violência sistêmica), em número muito superior inclusive ao que poderia ser afetado pelo consumo efetivo destas substâncias, com especial efeito sobre as vidas “nuas” (Agamben) das populações pobres e marginais, não passaria nem mesmo por este primeiro critério e precisaria ser substituída por outra racionalidade política, quer no plano internacional, quer no plano nacional, ainda que em dissonância com o projeto de internacionalização (o critério de legitimidade precisa ser analisado para além da internacionalização, já que essa não é um fim em si mesma).

³⁹² Do ponto de vista das instituições, a ONU parece fornecer o único espaço viável para esta parametrização de influências. Naturalmente, para que cumpra esse papel, precisará ser repensada profundamente em sua estrutura, uma vez que são hoje conhecidas as fortes determinações que a organização sofre por parte de certos países, especialmente dos EUA, cuja interferência desmedida nas decisões do Conselho de Segurança é bastante explícita.

necessidade de que o consenso seja obtido como fruto de um acordo fundamentado na razão argumentativa, com oportunidade ampla para o oferecimento do dissenso arrazoado, verificada a efetiva abertura dada às nações periféricas (marginais) para contraporem seus interesses aos das nações centrais; (iv) a decisão tomada desta forma, sob esses princípios e sob esses pressupostos materiais e formais de estruturação, obrigará os Estados à efetiva implementação da política criminal delineada (criminalização de condutas e adequação da sanção penal, efetivação de mecanismos de cooperação internacional etc.), sem a possibilidade de se opor reservas ao acordo, permitindo, porém, dentro de limites hermenêuticos bem assentados, certa margem de apreciação nacional que esteja calcada em argumentos de factibilidade racionalmente fundamentados³⁹³ e não contrários ao princípio material afirmado.

Naturalmente, essas diretrizes não esgotam todas as balizas que podem ser retiradas da matriz político-filosófica em que foram baseadas. De igual forma, não se acredita que a filosofia da libertação seja a única fonte capaz de oferecer uma resposta viável e legítima para adequação do processo de internacionalização do direito penal e enfrentamento dos riscos aventados³⁹⁴. Pretendeu-se, dentro do

³⁹³ Assim, por exemplo, caso o Brasil ratifique um acordo acerca da perseguição penal de determinada conduta que estabeleça aos Estados acordantes a recomendação de aplicação da pena perpétua, sua implementação sofrerá a relativização deste conteúdo em decorrência da ausência de factibilidade de aplicação desta forma de sanção penal em nosso Estado, em virtude das regras fundantes de sua estruturação político-jurídica (a Constituição Federal).

³⁹⁴ Parece bastante promissor realizar uma *aproximação entre a filosofia política da libertação e o realismo marginal*, tratado especialmente por Eugenio Raúl Zaffaroni, na tentativa de aprofundar o embasamento teórico e adensar os argumentos em prol de uma visão latino-americana de política criminal. Sobre realismo marginal e o sistema penal: ZAFFARONI, E. R. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores, 1993; **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Editorial Temis, 1988; **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2010; **Crímenes de masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010.

É interessante também notar que uma relevante produção acadêmica, dentro das ciências criminais, já vem sendo produzida com base num *olhar latino-americano* (alguns com clara inspiração na filosofia da libertação), notadamente no ramo da *criminologia*, mas também na *dogmática penal*. Dentro do âmbito da criminologia podem ser citados, entre muitos: CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005; BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2011; OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004; ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da desilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

Do ponto de vista da dogmática penal, também entre muitos exemplos, devem ser mencionadas as tentativas de construção de critérios para análise da *culpabilidade* do agente a partir do cenário latino-americano, em um esforço importante para superação de um conceito fundamentado entre os extremos da falácia do livre-arbítrio (metafísico), do determinismo sociológico, da responsabilização por modo de condução de vida (direito penal de autor) e da normatização extremada (próxima da responsabilidade objetiva e fundada numa visão eurocêntrica de “papéis sociais”). Neste sentido, ver a proposta de Zaffaroni, primeiro trabalhando com o conceito de *oculpabilidade* e depois substituindo esse pela noção de *vulnerabilidade* (ZAFFARONI, E. R.

espaço e das limitações inerentes a esta pesquisa, apenas delinear uma possível base teórica relevante para o estabelecimento do norte valorativo e dos pressupostos materiais e formais desta adequação necessária e urgente.

Derecho Penal – Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2008; ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015). Ver também a proposta de Marco Aurélio Florêncio Filho, baseada na filosofia de Bakhtin, buscando criar uma teoria de culpabilidade que leve em conta o *entorno* do agente, fazendo alusão à “polifonia” típica de sociedades multiculturais (fato asseverado pelo abismo econômico em países marginais), em que o cidadão é submetido de forma profunda a uma profusão de estímulos (valores) destoantes, formando sua consciência acerca da licitude e do valor global do injusto a partir destas discrepâncias, fato que precisa ser levado em conta na aferição da responsabilidade penal individual (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Culpabilidade:** crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017).

CONCLUSÃO

A tentativa de obter uma visão mais clara do processo de internacionalização do direito penal por meio da pesquisa das demandas ideológicas e práticas por trás de seus primeiros impulsos, em comparação com aquelas que se apresentam como as condições mais diretamente conectadas com a forte propulsão que esse processo vivenciou nas últimas três décadas, gerou resultados profícuos, que procuraram ser retratados de forma concisa neste trabalho.

Em primeiro lugar, ficou claro que as sensibilidades, valores, visões e necessidades que estiveram na base do internacionalismo, que surge, ainda incipiente, no século XV e ganha corpo (em termos jurídicos principalmente) nos séculos XVII a XVIII, correspondem de modo claro aos ideais do projeto moderno de colonização europeu, retratando uma cosmovisão que pode ser resumida no mote de “processo civilizador” ou de se tornar a “consciência jurídica do mundo ocidental” e que animou uma série de pensadores, em diversas áreas (filosofia, teologia, sociologia, direito), durante essa época. E ainda que as forças que se apresentam como motor de projeção contemporânea do processo de internacionalização do direito penal estejam conectadas com demandas muito mais pragmáticas, foi possível desnudar sinais de permanência não insignificantes, capazes de permitir a conclusão de que este processo se mantém, em medida relevante, suscetível ao ímpeto colonizador das nações com maior poder de influência no cenário global. Mantém-se, no final das contas, coerente com a matriz filosófica do projeto moderno eurocêntrico. A ambivalência com que se manifesta boa parte do arcabouço teórico que fundamenta o processo de internacionalização fornece amostra clara de como seus desdobramentos operacionalizam interesses bem precisos e claramente referenciáveis a determinados atores globais, quer no passado, quer no presente.

A análise que se fez dos riscos, verificados com base no exame acerca das vias de manifestação deste processo de internacionalização do direito penal, procurou destacar o aspecto mencionado acima e revelar a necessidade de uma política criminal pensada internacionalmente, de modo a concretizar ideais de humanização e democraticidade, em especial levando em conta o impacto que esse processo produz nos países “marginais”. Ainda que se tenha reconhecido de forma clara e honesta as potenciais vantagens que o movimento de internacionalização do poder punitivo pode trazer em termos de proteção global harmonizada contra graves

violações de direitos fundamentais, a incoerente forma de se enxergar essas violações e o extenso uso feito da gramática de direitos humanos para justificar uma gestão seletiva da violência (negação de vida em diversos níveis) fizeram com que se tornasse necessário manifestar-nos pela urgência na concretização de condicionantes teóricas e práticas para estruturação de uma política criminal internacional não excludente, não colonialista, respeitadora dos princípios conformadores da ciência penal (antropocentricamente direcionados) e, mais do que isso, capaz de revestir de legitimidade esse processo ao conformá-lo a critérios de humanização, dignificação e libertação (no sentido trabalhado no Capítulo 3, voltado para concepção de máxima participação simétrica de todos os que serão afetados pela política criminal internacional intentada).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**: extradição, assistência jurídica, execução se sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AMARAL, Luciano. Crises financeiras: história e actualidade. **Revista Relações Internacionais**, Lisboa, n. 23, set. 2009.
- AMBOS, Kai. A absolvição de Jean Pierre Bemba e a responsabilidade do superior. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 308, ano 26, jul. 2018.
- _____. **A Parte Geral do direito penal internacional**: Bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Article 25: Individual Criminal Responsibility** (December 14, 2011). Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court, second edition, p. 743-770, O. Triffterer, ed., München, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1972186>>. Acesso em: 7 nov. 2018.
- _____. Da "teoria do delito" de Beling ao conceito de delito no direito penal internacional. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 3, Coimbra, ano 16, jul.-set. 2006.
- _____. **Derecho y proceso penal internacional**: ensayos críticos. México: Distribuciones Fontamara, 2008.
- _____. Estado y futuro del derecho penal comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 140, fev. 2018.
- _____. Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel [coord.]. **Persecução penal internacional na América Latina e na Espanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- _____. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. **Journal of International Criminal Justice**, v. 5, n. 1, Oxford: Oxford University Press, p. 159-183, 2007.
- _____. **Pena sem soberano? *ius puniendi* e função do direito penal internacional**: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional. Trad. Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró, Julia Magalhães Jeuken. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- _____. The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): a comprehensive analysis of legal issues. **International Criminal Law Review**, v. 12, 2012.
- _____. Superior Responsibility. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, p. 805-854 (versão eletrônica utilizada), p. 823-872, 2002, v. 1.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANNONI, Danille; MENDONÇA, Dabrowski de Araujo. Tribunais mistos: uma análise do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35.1, p. 101-133, jan.-jun. 2015.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica. Os hábitos e as virtudes – Os dons do Espírito Santo – Os vícios e os pecados – A Lei antiga e a Lei nova – A graça**. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. IV. I Seção da II Parte – Questões 49-114.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARATTA, Alessandro. I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva. In: MOCCIA, Sergio. **Diritti dell’Uomo e Sistema Penale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, v. I.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Quaestio Iuris**, v. 11, n. 03, Rio de Janeiro, 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2011.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**. Barueri: Manole, 2004.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Terra e Paz, 1999.

_____. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELOTTO, A. M. S.; MADRUGA, A.; TOSI, M. T. Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 237, ago. 2012.

BIGI, Giulia. Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Senior Political and Military Leaders: The Krajišnik Case. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, v. 14, p. 51-83, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDAN, Attila. Individual Criminal Responsibility in the Execution of a “Joint Criminal Enterprise” in the Jurisprudence of the *ad hoc* International Tribunal for the Former Yugoslavia. **International Criminal Law Review**, n. 6, p. 63-120, 2006.

BOITEUX, Luciana. Os princípios penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano [coord.]. **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRITO, Laura Souza Lima e. **O conceito de direitos humanos: um diálogo com Mireille Delmas-Marty**. 2015. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BUERGO, B. M. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

CAEIRO, Pedro. A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu. **O espaço de liberdade, segurança e justiça UE: desenvolvimentos recentes**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013.

_____. A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos [orgs.]. **Estudos em homenagem do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Portugal: Coimbra, 2012. V. III – Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo.

_____. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia**. Braga: Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos, Universidade do Minho, dez. 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. **Temas de política externa brasileira II**. 1994. v. 1.

_____. Dilemas e desafios da proteção internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 1, 1997.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

CERVINI, Raúl. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A justa cooperação penal internacional: aspectos dos desafios brasileiros na construção normativa e prática. **Ius Gentium**, v. 8, 2017.

_____. A reforma do CPP e a cooperação jurídica internacional. In: PAGLIARINI, Alexandre Couto; CHOUKR, Fauzi Hassan [coords.]. **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____; AMBOS, Kai [orgs.]. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Política criminal transnacional na sociedade em rede: regimes de proibição legal, margem de apreciação, princípio da norma mais favorável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CORREIA, Alexandre. O conceito de *ius naturale, gentium et civile* no direito romano. São Paulo: Odeon, 1934.

COSTA, José Faria de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal? In: D'ÁVILA, Fabio Roberto [Org.]. **Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Congresso Internacional em Direito Penal, 8º Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

CRAVELLI, Urbano. A democracia nos estados islâmicos: variáveis determinantes da compleição no limiar do século XXI. **Revista de Informação Legislativa**, n. 194, Brasília, a. 49, p. 173-203, abr.-jun. 2012. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496585/000952694.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. **A defesa na cooperação jurídica internacional penal**: o auxílio direto e a atuação por meio de redes. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**: do Código Penal aos direitos humanos. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005.

_____. **Direito penal do inumano**. Trad. Renata Reverendo Vidal Kawano Nagamine. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Por um direito comum**. Trad. Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Três desafios para um direito mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. A influência do direito comparado sobre a atividade dos Tribunais Penais Internacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESSE, Antonio [orgs.]. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

_____; CASSESSE, Antonio [orgs.]. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 147, ano 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2018.

DISSENHA, Rui. Anistias como prática do direito internacional criminal e a complementaridade do Tribunal Penal Internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 1, n. 1, Curitiba, jan.-jun. 2005.

_____. A influência do direito comparado sobre a atividade dos Tribunais Penais Internacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESSE, Antonio [orgs.]. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

_____. **Por uma política criminal universal**: uma crítica aos tribunais penais internacionais. Tese (Doutorado na Área de Direitos Humanos da Faculdade de Direito, do setor de Ciências Jurídicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DUSSEL, Enrique. **1492 – o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

_____. Europa, modernidade e eurocentrismo. **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

_____. **Política de la liberación**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. v. II: la arquetónica.

ESER, Albin. **Hacia un derecho penal mundial**. Colección Estudios de derecho penal y criminología. Granada: Comares, 2009.

ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe [orgs.]. **Delação premiada**: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. **Integração regional e direito penal**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó [org.]. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. **Culpabilidade**: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. da; MANDARINO, Renan Posella [orgs.]. **Colaboração premiada**: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GRECO, Luís [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2004.

GUAZZALOCA, Bruno; PAVARINI, Massimo. **Corso di Diritto Penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

GUERRA, Gustavo R.; BEZERRA MARCOS, Henrique J. O drible continental: a margem de apreciação nacional na decisão de convencionalidade do crime de desacato pelo superior tribunal de justiça. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 63, n. 2, Curitiba, p. 169-189, maio-ago. 2018.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Lecciones sobre la filosofía de la historia universal**. Trad. José Gaos. Madri: Revista de Occidente, 1974.

HERNÁNDEZ, Ramon. **Francisco de Vitoria: vida y pensamiento internacionalista**. Universidade de Michigan: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**. Coimbra: Almedina, 2012.

INCOTT JÚNIOR, Paulo R. Por uma perspectiva culturalista de direito comparado: apontamentos sobre a visão de Pierre Legrand e o uso do comparatismo no HC 126.292/SP. In: TOMAZINI, Larissa Ribeiro; RAMOS, Samuel Ebel Braga; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas [orgs.]. **Jurisdição e processo na contemporaneidade**. Curitiba: CRV, p. 89-108, 2018, v. 1.

_____.; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Relativização da presunção de inocência: a decisão do STF no HC 126.292/SP. In: COELHO, Luiz Fernando [org.]. **Hard cases: argumentação jurídica em casos difíceis**. Curitiba: Instituto Memória, p. 39-72, 2018, v. 1.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dogmática del derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. possibilidades e desafios de adequação do estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. [orgs.]. **Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JOHNSON, Larry D. The *Lubanga* Case and Cooperation between the UN and the ICC: Disclosure Obligation v. Confidentiality Obligation. *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, n. 4, p. 887-903, 1 set. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jicj/mqs048>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

KELSEN, Hans. **Direito internacional e Estado soberano**. Org. Mario G. Losano. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the raise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge, 2004.

_____. The politics of international law – 20 years later. **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/20/1/1785.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. The politics of international law. **The European Journal of International Law**. v. 1, n. 1, 1990. Disponível em: <<http://ejil.org/pdfs/1/1/1144.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. **Direitos humanos: um percurso no direito no século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, jan.-fev. 2014.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. O direito de guerra e a legitimidade da guerra justa segundo Alberico Gentili. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 3; n. 2, 2012.

LIMA, Raquel da Cruz. **O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014.

LIMA, Renata Montovani de. **Tribunais híbridos e justiça internacional penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES SALADANHA, Jânia Maria; MORAIS BRUM, Márcio. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XV, p. 195-238, 2015.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LUDWIG, Celso. Direitos humanos: fundamentação transmoderna. In: SILVA, Eduardo Farai; GEDIEL, José Antonio Peres; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina [orgs.]. **Direitos humanos e políticas públicas**. Curitiba: Universidade Positivo, 2014.

_____. Filosofia política da libertação: reflexões sobre alguns aspectos a partir da filosofia de Enrique Dussel. **Problemata – Revista Internacional de Filosofia**, v. 7, n. 3, 2016.

_____. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MACEDO, Paulo E. V. B. **O nascimento do direito internacional**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena**. São Paulo: Editora 34, 2004.

MAIA, Vitor Bastos. **A autoria mediata na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Público). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MELIÁ, Manuel Cancio. Internalización del derecho penal y de la política criminal: algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo. **Revista Jurídica**, n. 28, set. 2009.

MONBIOT, George. Neoliberalism – the ideology at the root of all our problems. **The Guardian**, 15 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/books/2016/apr/15/neoliberalism-ideology-problem-george-monbiot>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.

NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. **Rev. Direito GV**, v. 8, n. 2, São Paulo, jul.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200014>. Acesso em: 4 jun. 2018.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PALMA, Maria Fernanda. O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa [coords.]; RAMOS Vânia Costa [colab.]. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: conferências**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PECEGUEIRO, Carolina. Entrega ao Tribunal Penal Internacional: uma perspectiva brasileira. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa [coords.]; RAMOS Vânia Costa [colab.]. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: conferências**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PISIER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Barueri: Manole, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 14, n. 62, São Paulo, set.-out. 2006.

REISS, Michel W. **Tribunal Penal Internacional: construindo o direito internacional penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2016.

ROUDOMETOF, Victor. **Glocalization: a critical introduction**. New York: Routledge, 2016.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANCHEZ, B. F. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, n. 7, maio-ago. 2011.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 24, 1998.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa [org.]. **A globalização e as ciências sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 48, jun. 1997. p. 11-32. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 27 maio 2018.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e da insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 47, ano 12, mar.-abr. 2014.

SCALCON, Raquel Lima. Crítica à teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Podemos manter o legislador ordinário penal na prisão? **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**, v. 1, n. 1, Porto Alegre, jul. 2009.

SCHÄFER; Gilberto; PREVIDELLI, José E. A.; SILVEIRA GOMES, Jesus Tupã. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 2. 2018.

SEAL OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. **Strategy to Combat Transnational Organized Crime: addressing convergin**. EUA, 2013.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional. **Revista de Processo**, n. 129, p. 133-160, 2005.

STEER, Cassandra. **Translating Guilt: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes**. Springer International Publishing AG: Asser Press, 2017.

STEINER, Sylvia Helena de F.; BADARÓ, Gustavo H. R. I.; MOURA, Maria Thereza R de A.; JARDIM, Tarciso Dal Maso. Relatório Elaborado pelo IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel [coords.]. **Persecução penal internacional na América Latina e na Espanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

STIGLITZ, Joseph E. More instruments and broader goals: moving toward the post-Washington Consensus. **Revista de Economia Política**, v. 19, n. 1 (73), jan.-mar. 1999.

_____. **Why globalization fails?** Entrevista disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sV7bRLtDr3E>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

THORNTON, Mark. **Criminalização: análise econômica da proibição das drogas**. São Paulo: LVM Editora, 2018.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Tese de Livre-Docência (Direito Internacional). São Paulo: Universidade de São Paulo. 2012.

VOGEL, Joachim. **Derecho penal y globalización**. Trad. Manuel Cancio Melia. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 9, Madrid, 2005.

_____. La internacionalización del derecho penal y del proceso penal. **Revista Penal**, n. 22, 2008.

VON HIRSCH, Andrew; BOTTOMS, Anthony E.; BURNEY, Elizabeth; WIKSTRÖM, P-O. **Criminal deterrence and sentence severity: an analysis of recent research**. Oxford: Hart Publishing, 1999.

WHITE, Hayden. **Topics of discourse: essays and cultural criticism**. London: The John Hopkins University Press, 1978.

WILT, Harmen van der. Joint Criminal Enterprise: possibilities and limitations. **Journal of International Criminal Justice**, n. 5. Oxford: Oxford University Press, p. 91-108, 2007.

ZAFFARONI, E. R. **Crímenes de masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010.

_____. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Temis, 1988.

_____. **Derecho Penal – Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas: Monte Avila Editores, 1993.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAPPALA, Salvatore. **¿Qué es la justicia penal internacional?** Espanha: Proteus, 2010.

ZEN, Cassio Eduardo. **As companhias militares privadas e o direito internacional criminal: o reconhecimento da responsabilidade criminal e da personalidade jurídica dos dirigentes corporativos segundo o Estatuto de Roma**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

ZIMMERMANN, Frank. **Comparing the Criminal Liability of Political Decision-Makers: a Comparative Perspective**. Springer International Publishing AG, 2017.

ZOLO, Danilo. Peace through criminal law? **Journal of International Criminal Justice**, n. 2, 3. Oxford: Oxford University Press, p. 727-734. 2004. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jicj/2.3.727>>. Acesso em: 4 jan. 2019