

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS CONCEITOS DE CRIME CONTRA A HUMANIDADE E DE GENOCÍDIO

THE HISTORICAL CONSTRUCTION OF THE CONCEPTS OF CRIME AGAINST HUMANITY AND GENOCIDE

Sidney Guerra¹

Fernanda Figueira Tonetto²

Resumo: Este artigo analisa a construção dos contornos do crime contra a humanidade e do genocídio enquanto categorias de crimes internacionais, tanto no seu aspecto formal, quanto no seu aspecto material. Enquanto graves violações ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito internacional penal, esses crimes são estudados do ponto de vista do seu desenvolvimento histórico na ordem jurídica internacional, sobretudo até sua chegada ao Estatuto de Roma, e posteriormente os mesmos são abordados sob a ótica dos direitos nacionais brasileiro e francês. Tal estudo tem como objetivo compreender os diferentes processos por que passaram as respectivas construções do conceito de crime contra a humanidade e de genocídio, para tanto sendo utilizado o método comparativo de abordagem.

Palavras-chave: crimes internacionais – crime contra a humanidade – genocídio – direito internacional – direito nacional.

Abstract: This article analyzes the construction of the contours of crime against humanity and genocide, as international crimes in their formal and material aspects. Initially, these crimes are analyzed from the point of view of the historical development of international law, until the Rome Statute, and later they are analyzed from the point of view of French and Brazilian comparative law. This research seeks to understand the different process of construction of the crimes against humanity and genocide, by using the comparative method.

Keywords: international crimes – crime against humanity – genocide – international law –

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado no Rio de Janeiro. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

²Doutora em Direito na Université Paris II Panthéon-Assas - France. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria – Brasil. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul nos Tribunais Superiores em Brasília – Brasil. Contato: fernandafigueiratonetto@gmail.com

national law.

INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta nas próximas linhas versa sobre um estudo a respeito dos crimes internacionais, mais especificamente dos crimes contra a humanidade e do genocídio, partindo de sua definição formal e material, assim como de sua construção histórica até a chegada a sua fórmula atual, contida no Estatuto de Roma, mas ainda em constante aprimoramento.

A definição de crime internacional se torna mais precisa após um processo que tem lugar ao longo do século XX, de um lado sob a impulsão da prática de violações cada vez mais atrozes que se tornam conhecidos de todos graças às novas tecnologias e, de outro lado em razão do desenvolvimento do direito internacional.

Nesse novo quadro, o direito penal conhece um movimento de internacionalizaçãoⁱ, inicialmente pelo pilar do direito internacional costumeiro e a seguir por meio do direito internacional convencional, na medida em que o direito internacional chama para si a competência da responsabilização penal, graças à identificação de ofensas graves que ultrapassam os limites da criminalidade tradicional.

Essa identificação é decisiva para desencadear o processo que irá definir a noção de crimes internacionais pelo direito internacional (I), dando início em seguida a um novo processo, desta vez partindo do direito internacional em direção aos Estados, no sentido de que certas convenções internacionais lhes impõem obrigações positivas, dentre as quais se encontra a obrigação de harmonizar o direito nacional em relação ao direito internacional, sabendo-se que em matéria de violação ao direito das gentes, como é o caso dos crimes de massa, o princípio da subsidiariedade do direito penal não é aplicável em decorrência do desaparecimento da margem de apreciação nacional.

Para se desincumbir das obrigações positivas impostas pelo direito internacional, os Estados colocam em prática novas disposições a fim de harmonizar o direito e de permitir a investigação e o processamento no quadro das jurisdições nacionais, o que inaugura a existência de um sistema jurisdicional dualista em matéria de crimes internacionais.

Deste fato, os crimes internacionais ganham uma abordagem de direito comparado (II), o que permite avaliar os diferentes estágios de evolução de cada direito nacional no que concerne ao cumprimento de suas respectivas obrigações positivas. A título ilustrativo, a análise

repousará aqui sobre o direito brasileiro e o direito francês.

I - A DEFINIÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E DO GENOCÍDIO PELO DIREITO INTERNACIONAL

Os crimes internacionais, dos quais são espécie o crime contra a humanidade e o genocídio, podem ser analisados a partir de duas concepções. A primeira concepção é de natureza formal, segundo a qual os crimes internacionais são violações previstas e descritas por uma convenção internacional. A segunda concepção, de natureza material, considera uma perspectiva diferente, segundo a qual os crimes internacionais são infrações que portam uma lesão aos valores de toda a humanidade, valores, portanto, comuns a todas as sociedadesⁱⁱ.

Se atualmente a expressão *crimes internacionais* advém de transgressões penais que são previstas no Estatuto de Romaⁱⁱⁱ, tais como o crime de genocídio, o crime contra a humanidade, o crime de guerra e o crime de agressão, e que são portanto definidos por um instrumento único de direito internacional tendo por objetivo, ao menos em teoria, a proteção de valores do conjunto das comunidades humanas, considerando o fato de que se trata de uma jurisdição internacional permanente com vocação universal, essas definições foram construídas de maneira diferente ao longo da história.

Por essa razão, faz-se necessário inicialmente analisar o processo que levou à identificação dos crimes internacionais (A), para em seguida verificar como o direito internacional se ocupa desses conceitos atualmente (B).

A - A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES INTERNACIONAIS

A primeira definição de crime internacional concerne à edificação do conceito de crime de guerra, devido em grande parte ao desenvolvimento do direito internacional humanitário, cujo nascimento remonta à preocupação da comunidade internacional em reduzir os danos causados pelas guerras.

Seu principal instrumento jurídico é a constituição da Liga das Nações consagrada pelo Tratado de Versalhes de 1919, redigido no prolongamento das conclusões da *Commission sur la responsabilité des auteurs de la guerre et sur l'application des peines*^{iv}, bem como pelas Convenções de Haia de 1899 e de 1907 e sobretudo pelas quatro Convenções de Genebra.

As Convenções de Haia são as fundadoras do denominado “direito de Haia”, encarregado notadamente de estabelecer as regras concernentes aos conflitos armados, tais como a proibição

de utilização de certas armas ou métodos de combate, enquanto as Convenções de Genebra, portando criação ao “direito de Genebra”, fundam um regime jurídico de proteção de pessoas concernidas pelas hostilidades^v.

Tanto o direito de Haia quanto o direito de Genebra serão as principais fontes de inspiração da definição dos crimes de guerra. A concepção de crime de guerra servirá de aparato para a construção do conceito de crime contra a humanidade, porquanto a aparição deste último na cena internacional remonta igualmente às convenções de Haia de 1899 e de 1907, notadamente por meio da definição da cláusula Martens que foi o primeiro texto jurídico a evocar a existência de normas uniformes de proteção dos indivíduos “*sob a proteção e a regulamentação dos princípios do direito internacional, uma vez que estes resultam dos costumes estabelecidos entre povos civilizados, dos princípios da humanidade e dos ditames da consciência pública*”.

Em seguida, após o massacre dos armênios na Turquia ocorrida em 1915 e por ocasião da Conferência de Paz de Paris em 1919, uma comissão foi nomeada a fim de examinar as responsabilidades decorrentes dos atos cometidos durante a Primeira Guerra Mundial, inclusive o genocídio armênio. Esses atos foram qualificados como crimes contra a humanidade, mas nunca foram incluídos no Tratado de Sèvres, posteriormente substituído pelo Tratado de Lausanne, que nada previu a propósito dos crimes contra a humanidade.

Assim, mesmo que o direito internacional tenha conhecido algumas referências às ofensas às *leis da humanidade*, o fato é que a primeira definição do crime contra a humanidade decorre do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, criado pelo Acordo de Londres em 1945.

À diferença dos conceitos de crime de guerra, a noção de crime contra a humanidade foi concebida de forma casuística com a finalidade de responder às atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial. O Estatuto de Nuremberg funda portanto a noção jurídica de um crime extremamente grave e que não poderia ser qualificado como sendo um crime de guerra segundo o direito internacional humanitário.

Ao mesmo tempo em que o Estatuto de Nuremberg rompeu os paradigmas tais como a desconstrução do elo que ligava o indivíduo ao seu Estado de forma a impedir a sua responsabilização internacional, a primeira definição de crime contra a humanidade foi igualmente objeto de numerosas críticas, tais como a de ser qualificada como instrumento de justiça dos vencedores e de violar os princípios da legalidade e da primazia do direito penal.

Apesar das críticas, o fato é que esta primeira definição de crimes contra a humanidade tornou possível o desenvolvimento do conceito de valores protegidos por meio das diferentes convenções internacionais que lhe sucederam.

Desta forma, desde Nuremberg, o direito internacional experimentou um novo desenvolvimento, a começar pelo advento da Convenção pela prevenção e a repressão do crime de genocídio, em que este crime foi nomeado pela primeira vez em um instrumento jurídico^{vi}. A essa convenção sobrevêm a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e do crime contra a humanidade (1968), assim como a Convenção para a eliminação e a repressão do crime de apartheid (1973), a Convenção contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (1984) e a Convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (2006). Mesmo se essas convenções não precisaram os contornos do crime contra a humanidade, elas tornaram possível a sua evolução no sentido de que os conceitos por elas construídos foram utilizados no desenho da atual noção de crime contra a humanidade.

Embora no seio das Nações Unidas tenha havido um comitê encarregado de codificar o direito relativo aos crimes internacionais, é verdade que esta evolução de construção de conceitos experimentou uma desaceleração sobretudo no período da guerra fria, apenas retomando seu desenvolvimento a partir dos fatos que desencadearam a criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia em 1993 e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda em 1994.

Quanto aos estatutos e à jurisprudência desses tribunais, os mesmos aportaram novos elementos à definição do crime contra a humanidade, ligado inicialmente à necessidade de um contexto de existência de um conflito armado (TPII) e à existência de uma intenção discriminatória geral (TPIR).

Em uma derradeira etapa, a evolução da definição do crime contra a humanidade chega ao Estatuto de Roma, criador do Tribunal Penal Internacional, cujo artigo 7 não exigirá mais a existência de um conflito armado, confirmando a noção de que crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempo de guerra ou de paz.

B – OS CRIMES INTERNACIONAIS NO ESTATUTO DA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Apesar de o Estatuto da Corte Penal Internacional não ter vocação de ser definitivo no que se refere ao conceito dos crimes internacionais, visto a existência de outras jurisdições de caráter internacionalizado e os projetos de novas convenções internacionais^{vii}, no Estatuto de Roma se encontram as definições dos crimes internacionais ao mesmo tempo como resultado

de um longo processo de construção histórica e de uma forma mais completa, se comparado a outros estatutos.

Nesse sentido, seu artigo 6 prevê como crime de genocídio a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometendo atos tais como o homicídio de membros do grupo, ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo, a submissão intencional do grupo a condições de existência que levem a sua destruição física total ou parcial, a prática de medidas visando a impedir nascimentos no seio do grupo ou a transferência forçada de crianças do grupo a um outro grupo.

Os crimes contra a humanidade, conforme definidos no artigo 7, são considerados como aqueles cometidos no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra população civil, por meios como homicídio, extermínio, redução em escravidão, deportação ou transferência forçada de população, aprisionamento ou outra forma de privação grave da liberdade física, tortura, estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outra forma de violência sexual de gravidade comparável, perseguição do grupo por motivos de ordem política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa ou sexista^{viii}, desaparecimentos forçados, *apartheid* e outros atos desumanos de caráter análogo causando intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou psíquica ou à saúde física ou mental.

Em seguida, o artigo 8 define o crime de guerra como sendo, de um lado, as violações das convenções de Genebra, compreendendo os conflitos armados não-internacionais, e de outro lado, outras violações graves às leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados internacionais conforme ao que dispõe o direito internacional, desde que os crimes se inscrevam em um plano ou uma política ou façam parte de uma série de crimes análogos cometidos em grande escala. O crime de guerra e o crime contra a humanidade separam-se definitivamente enquanto categorias jurídicas, especialmente por força da jurisprudência internacional que deixara de exigir a existência de uma guerra para a configuração do crime contra a humanidade.

O Estatuto de Roma ainda se ocupa de conceituar o crime de agressão, enquanto categoria de crime internacional. Sua definição e o exercício da competência da Corte, no entanto, ainda não se encontram sedimentados, refletindo uma maior lentidão na construção convencional e jurisprudencial dos contornos do crime, porquanto somente em 2010, por ocasião da conferência de revisão de Kampala, que o artigo 8 *bis* foi anexado ao Estatuto de Roma, definindo o crime de agressão como sendo a planificação, a preparação, o desencadeamento ou o fato de se engajar no ato de um Estado de utilizar a força militar contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado.

Resta estabelecido que os atos de agressão compreendem a invasão, a ocupação militar e a anexação pelo emprego da força e o bloqueio de portos ou de costas, os quais, por sua natureza, sua gravidade e sua amplitude, são considerados como graves violações da Carta das Nações Unidas, desde que o autor da agressão seja uma pessoa em medida de controlar ou dirigir uma ação política ou militar de um Estado.

Por meio do artigo 8 *bis*, essa definição preenche uma lacuna no Estatuto de Roma do ponto de vista formal, sem no entanto incluir a possibilidade de exercício efetivo e imediato da competência do Tribunal Penal Internacional por crimes de agressão, porquanto a competência somente poderá ser exercida a partir de 2017, conforme definido pelo artigo 15 *bis* e isto após a ratificação da emenda por pelo menos trinta Estados^{ix}.

Em virtude da nova regra, o indivíduo protagonista de um ataque armado, sem legítima defesa ou sem autorização prévia do Conselho de Segurança das Nações Unidas, poderá ser submetido à Corte, o que acrescenta um caráter de natureza política ao crime de agressão, sobretudo porque o Conselho de Segurança é competente para dar seu acordo em relação à abertura de uma investigação pelo cometimento do crime ou de conceder ao juiz sua anuência sobre a admissibilidade da ação em relação ao ato imputável.

Assim, algumas dificuldades impedem a consolidação da competência da Corte Penal Internacional em relação ao tratamento do crime de agressão e, por consequência, a definição de seus contornos pela jurisprudência. Nada impede no entanto que esses crimes sejam caracterizados pelos direitos domésticos, o que permitiria o exercício da jurisdição nacional, que, aliás, possui primazia em relação à jurisdição internacional.

II – A DEFINIÇÃO DOS CRIMES INTERNACIONAIS NO DIREITO COMPARADO

Se de um lado o desenvolvimento do direito internacional penal criou um novo regime jurídico ao encontro dos crimes internacionais, de outro lado o fato de proteger valores concernentes à comunidade humana em seu conjunto, essas convenções internacionais adquirem um caráter de *ius cogens*, de forma a impor aos Estados sua observância. O direito internacional se encontra, portanto, na origem da imposição de algumas obrigações positivas aos Estados, dentre as quais se encontra a obrigação de adequar o direito nacional, o que permite a elaboração de uma análise dos crimes internacionais sob a perspectiva do direito comparado.

Para fazê-lo, o direito brasileiro (A) e o direito francês (B) serão aqui cotejados no que diz respeito ao cumprimento dessa obrigação positiva.

A – OS CRIMES INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Apesar de o Brasil ter ratificado o Estatuto de Roma, por meio do Decreto nº 4.388/2002, seu direito penal interno não é acompanhado da adoção de um processo legislativo que preveja e caracterize os crimes contra a humanidade, os crimes de genocídio, os crimes de guerra e tampouco os crimes de agressão.

Desde a internalização do Estatuto da Corte Penal Internacional pelo direito nacional brasileiro, alguns esforços legislativos tiveram ainda lugar a fim de adaptar e harmonizar o respectivo sistema de justiça, sem sucesso, no entanto.

A despeito da criação de um grupo de trabalho nomeado pelo Ministério da Justiça brasileiro e encarregado de elaborar um projeto de lei, não existe nenhum avanço no que concerne à entrada em vigor das disposições do Estatuto de Roma pela via de um instrumento jurídico que permita caracterizar esses crimes, criar infrações penais no seio do direito nacional, adaptar as normas de processo e regular as formas de cooperação com a Corte.

A esse respeito, no domínio penal, as normas contidas nos tratados internacionais assim como a promulgação do tratado pelo decreto presidencial não são suficientes para orientar a elaboração do direito nacional, sabendo-se que não se admite a aplicação direta das previsões de um tratado internacional ao encontro dos princípios *nullum crimen sine lege praevia*, *nullum crimen sine lege stricta*, *nullum crimen sine lege scripta* *nullum crimen sine lege*, consagrados pela Constituição brasileira no quadro do princípio da legalidade, tão caro ao direito brasileiro a que os penalistas possuem ainda tanto apego, sem consideração a outros valores.

Por consequência, segundo entendimento dominante, os crimes devem ser caracterizados, em todas as suas circunstâncias, pela lei interna, promulgada conforme ao devido processo legislativo, desimportante o teor do direito internacional e do *ius cogens*. De outro lado, as normas internacionais possuem valor de fonte de interpretação, conforme a decisão exarada no julgamento do Habeas Corpus nº 70389 pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, que utilizou a Convenção das Nações Unidas sobre a repressão do crime de tortura como sendo uma norma de integração, porquanto não existia à época uma lei brasileira específica para a repressão da tortura^x.

Se comparado ao Estatuto de Roma, o sistema jurídico brasileiro possui algumas previsões esparsas, sendo algumas distintas e outras semelhantes à definição dada pelo direito internacional. Tal se produz, por exemplo, em relação a alguns dispositivos legais de crimes

como o genocídio, a tortura, o racismo ou a prática de violências sexuais. Em relação a outros crimes, inexistem qualquer disposição de direito nacional.

Quanto ao crime de genocídio, a Lei n° 2.889/56 o define como sendo o fato de matar membros de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, provocando graves lesões à integridade física ou mental desses membros, ou ainda de submetê-los intencionalmente a condições de vida que os leve à destruição física total ou parcial, bem como adotar medidas visando a impedir nascimentos no seio do grupo ou a transferência forçada de crianças do grupo a outro grupo, com a intenção de destruí-lo, total ou parcialmente.

Assim sendo, o genocídio é o crime internacional previsto pelo direito brasileiro que possui maior simetria com o Estatuto de Roma. No entanto, a lei faz menção às penas previstas para o crime de homicídio do Código Penal e pelo artigo 20 do Código Penal Militar (para o crime cometido em tempo de paz, cuja pena é de 15 a 30 anos) e pelos artigos 401 e 402 também do Código Penal Militar para os crimes cometidos em tempo de guerra, cuja previsão é de imposição da pena de morte.

Quanto aos crimes contra a humanidade, o direito nacional ainda não caracterizou os atos previstos pelo artigo 7 do Estatuto de Roma. Se é verdade que a lei penal brasileira possui em numerosos dispositivos a previsão de crimes cuja descrição se aproxima das previstas pelo Estatuto de Roma, as mesmas são geralmente aplicadas a práticas individuais e não a situações de ataques generalizados ou sistemáticos contra a população civil no quadro de uma política de Estado ou de uma organização, oficial ou não, conforme previsto pelo direito internacional^{xi}.

Igualmente, o sistema jurídico brasileiro possui disposições gerais incriminando crimes como o racismo, a escravidão, a violência sexual, a tortura e o tráfico de pessoas. No entanto, o *ataque generalizado ou sistemático contra a população civil* não está previsto na descrição de cada um desses crimes.

O crime de tortura, por exemplo, teve sua primeira definição na lei de Abuso de Autoridade (Lei n° 4.898/65), passando por uma disposição no Estatuto da Criança e do Adolescente, chegando à previsão feita pela Lei n° 9.455/97 que, no entanto, não atribuiu a esse crime o caráter de crime internacional.

O mesmo ocorre no que concerne à previsão do crime de racismo. Definido por meio da Lei n° 7.716/89, ela consagra figuras típicas simples que se resumem a atos de degradação ou perturbação da livre entrada de pessoas em lugares o que se encontra longe da abordagem feita pelo crime de *apartheid*.

Pode-se concluir nesse sentido que não existe no direito brasileiro uma definição de crime contra a humanidade.

Esse contexto não se modifica quando se considera a definição dos crimes de guerra em direito interno: o Brasil ratificou os principais tratados de direito internacional humanitário, em particular as quatro Convenções de Genebra, além da Convenção de Nova York sobre a proibição ou a limitação do emprego de armas que causem danos excessivos, bem como o Tratado de Ottawa proibindo a utilização, estocagem, produção e transferência de minas. No entanto, os crimes previstos nesses convenções não foram regrados por uma lei interna específica.

O Código Penal Militar dispõe de algumas figuras típicas de crimes militares cometidos em tempo de guerra, mas eles são fundamentalmente diferentes dos fatos considerados como infrações graves às Convenções de Genebra. O Código menciona a necessidade de declarar oficialmente a guerra, enquanto as situações de conflitos armados previstos nessas convenções não exigem essa circunstância. Não obstante, o Brasil ratificou as quatro Convenções de Genebra de 1957, ocasião em que o Estado se engajou a tomar as medidas legislativas necessárias para tipificar o crime de guerra.

Além disso, o chamado *direito em tempo de guerra* chama à necessidade da eficácia da proteção das forças armadas e das operações militares muito mais do que à proteção das pessoas implicadas no conflito, o que se verifica pela caracterização da ordem de prioridade dada aos crimes previstos, como a traição e a espionagem, ambos passíveis de aplicação de pena de morte, muito afastando-se, assim, dos princípios finalísticos que sustentam a definição de um crime internacional, que é justamente de proteger os interesses jurídicos que se encontram além dos Estados-nacionais e que concernem aos indivíduos que sofrem os danos ocasionados pelo conflito armado.

Por fim, no que toca ao crime de agressão, o Brasil sequer ratificou o artigo 8 *bis* incluído no Estatuto de Roma por ocasião da Conferência de Kampala .

Apesar de o Brasil ter adotado o princípio da não-agressão constante da Carta das Nações Unidas, fazendo-o pela disposição contida no artigo 4º de sua Constituição, em que são explicitados princípios tais como a autodeterminação das relações internacionais, a não-intervenção e a defesa da paz, não existe nenhuma disposição no direito interno sobre a qualificação do crime de agressão. A esse respeito, pode-se apenas mencionar o Projeto de Lei nº 6.764/2002 que trata da prática de crimes contra o Estado Democrático de Direito, dentre eles os crimes de agressão à soberania, a traição e a violação do território, os quais conforme o caso podem ser considerados como crimes de agressão.

Contrariamente ao que ocorre no direito penal brasileiro que exige a necessidade de uma lei específica, no que toca ao direito francês se faz suficiente seja a previsão de dispositivos internos incriminando os crimes internacionais seja um texto internacional integrado pelo direito interno. No entanto, subsiste a compreensão comum segundo a qual o costume internacional não substitui a ausência de textos incriminando os crimes internacionais^{xii}.

Por consequência, face à jurisdição francesa uma pessoa pode ser processada por crimes internacionais como o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, os quais são formalmente previstos pelo direito penal francês. Por outro lado, o crime de agressão não pode ser reprimido na França porquanto não é previsto pela lei francesa e notadamente porque a emenda ao Estatuto de Roma ainda não foi ratificado por disposição interna.

Se o direito francês for analisado em ordem cronológica, a primeira previsão de crimes contra a humanidade foi feita pela Lei de 26 de dezembro de 1964, contendo a esta época a noção segundo a qual os crimes contra a humanidade eram uma espécie de crime de guerra. Essa lei os retratou segundo a descrição feita pelo Estatuto de Nuremberg, reconhecendo sua imprescritibilidade, de forma a lhes atribuir um estatuto diferente ao de direito comum.

Atualmente, a repressão penal francesa dos crimes internacionais pode ser dividida em crime contra a humanidade e crime de guerra, sendo o genocídio uma espécie do primeiro, o que é uma particularidade da legislação nacional.

Na decisão de 20 de dezembro de 1985, conhecida como *affaire Barbie*, a Corte de Cassação empregou expressões do Estatuto do Tribunal de Nuremberg para determinar os elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade, apoiando-se sobre as noções de atos desumanos e perseguições que não poderiam ser ligadas à criminalidade nacional.

É de se sublinhar que a Lei de 26 de dezembro de 1964 restringiu seu campo de aplicação aos crimes cometidos pelos membros dos Governos dos países europeus do Eixo durante a Segunda Guerra Mundial, não se aplicando nem às forças japonesas (levando em conta que a França não havia ratificado o Estatuto de Tóquio), nem aos crimes cometidos fora do âmbito da Segunda Guerra Mundial, pois a lei francesa não previa criminalização geral de crimes contra a humanidade.

Nesse sentido, a Câmara Criminal francesa estimou que não seria possível qualificar como crime contra a humanidade os atos cometidos durante a guerra da Indochina, adotando a mesma solução no que concerne aos atos cometidos durante a guerra da Argélia.

Posteriormente, o Código Penal de 1992, que entrou em vigor em 1º de março de 1994, previa a incriminação dos crimes contra a humanidade, portando suas características gerais,

inscrevendo-os no Título I dos crimes contra a pessoa, especificamente nos artigos 211 e seguintes do Código Penal.

Em seguida, por meio da Lei n° 2010-930 de 9 de agosto de 2010, o Código Penal francês adotou o Estatuto de Roma, de forma a tornar a legislação nacional simétrica ao direito internacional, cumprindo com sua obrigação positiva de harmonização.

A partir de então, o artigo 211-1 do Código Penal francês caracteriza o crime de genocídio como « *le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, racial, ethnique ou religieux, ou d'un déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe les actes suivants : atteinte volontaire à la vie, atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique, soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe, mesures visant à entraver les naissances et transfert forcé d'enfants* ». Além disso, o seu artigo 211-2 prevê como crime a prática de provocação pública e direta, por todos os meios, a cometer genocídio.

Nomeando-os como “outros crimes contra a humanidade, o artigo 212-1 refere-se à prática de atos cometidos, em conformidade a um plano concertado contra um grupo de população civil no quadro de um ataque generalizado ou sistemático tais como: a ofensa voluntária à vida, a exterminação, a redução em escravidão, a deportação ou transferência forçada de população, o aprisionamento ou outra forma de grave privação da liberdade física, a tortura, o estupro, a prostituição forçada, a gravidez forçada, a esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável, a perseguição de qualquer grupo ou qualquer comunidade identificável por motivos de ordem política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa, de gênero ou com base outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, a prisão, detenção ou sequestro de pessoas seguido por seu desaparecimento, atos de segregação cometidos como parte de um regime opressivo e outros atos desumanos de natureza similar causando grande sofrimento.

Como consequência do regime de tratamento diferenciado reservado aos crimes contra a humanidade, o artigo 213-5 do Código Penal francês prevê igualmente a imprescritibilidade da ação pública e das penas, sabendo-se que esta imprescritibilidade se estende também à ação civil de reparação de danos^{xiii}.

A Lei n° 2010-930, de 9 de agosto de 2010 igualmente harmonizou o direito penal francês ao Estatuto de Roma no que tange aos crimes de guerra, em lhes inserindo nos artigos 461-1 e seguintes do Código Penal sob o título « *des crimes et des délits de guerre* », contendo as mesmas definições do direito internacional.

É assim que o Código Penal francês atualmente caracteriza de um lado os crimes e delitos de guerra cometido nos conflitos armados internacionais e não-internacionais, nos quais se incluem: as ofensas à pessoa, os delitos de guerra ligados à conduta das hostilidades (crimes de guerra relacionados aos meios e aos métodos de combates proibidos pelo direito internacional) e os grupos formados com vistas a preparar a prática de crimes de guerra. De outro lado, o Código prevê os crimes e delitos de guerra próprios a determinados tipos de conflitos armados, próprios aos conflitos armados internacionais e próprios aos conflitos armados não-internacionais.

O direito penal francês prevê igualmente o direito de legítima defesa à França (artigo 462-11) e a prescrição da pena em 30 anos para os crimes e 20 anos para os delitos, o que o distingue do Estatuto de Roma. Essa distinção afirmaria a necessidade de marcar a diferença entre um crime contra a humanidade, que é o crime mais grave dos crimes, e o crime de guerra, o que é uma particularidade do direito francês.

No que concerne ao crime de agressão, a França ainda não ratificou em seu direito interno o artigo 8 *bis* do Estatuto de Roma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As graves violações dos direitos humanos que se processaram especialmente no curso do século XX conduziram ao desenvolvimento de um novo sistema jurídico em relação ao tratamento dos crimes de massa, a partir da compreensão do fato de que esses crimes pertencem a uma categoria especial de violações que ofendem interesses que ultrapassam os Estados.

Essa nova concepção impulsionou o desenvolvimento de um direito situado ao mesmo nível desta categoria especial de violações, acima dos Estados, portanto, tornando necessário que o estabelecimento de regras concernentes fossem tratadas pelo direito internacional, o que anunciou uma mudança de paradigma no que tange à responsabilidade penal.

Esses crimes são identificados pelo direito internacional como sendo os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, os crimes de genocídio e os crimes de agressão, mas essa identificação não foi possível senão após um longo processo construtivo que remonta às origens do direito internacional e que tem seu apogeu na adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Esse processo fundou um novo direito internacional, ou mesmo um direito internacional penal banhado pelo direito internacional dos direitos humanos, impulsionando, além disso, o desenvolvimento dos respectivos direitos nacionais e, por consequência, o advento de um

direito comparado em matéria de crimes internacionais.

Nesse sentido e com o fim de analisar dois sistemas jurídicos que alcançaram um diferente grau de evolução, como é o caso do direito penal francês e brasileiro, pode-se concluir que o tratamento dos crimes internacionais, especialmente do genocídio e dos crimes contra a humanidade, apresenta disparidades substanciais.

Apesar da existência de algumas discordâncias em relação ao direito internacional, o direito penal francês teve êxito em harmonizar seus dispositivos em seguimento ao que dispõe o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de forma a tornar possível o exercício da jurisdição nacional de encontro aos autores de graves violações aos direitos humanos e às leis e costumes de guerra, em cumprimento ao princípio da complementariedade.

Por outro lado, ainda existem graves lacunas no direito brasileiro no que concerne à definição dos crimes internacionais, culminando em imperfeições no exercício da jurisdição nacional. Face à ordem jurídica internacional, a lei penal brasileira apresenta largas omissões, impedindo a investigação, processamento e punição de crimes de massa.

Se de um lado os sistemas jurídicos nacionais são ainda assimétricos no tratamento punitivo de graves violações a direitos da humanidade e se o direito penal doméstico de alguns Estados caminha a passos lentos, como é o caso do Brasil em que o direito é afastado do direito internacional, como se existissem duas ordens diversas, ao mesmo tempo é possível considerar o futuro como sendo o de um novo paradigma rumo à jurisdição universal capaz de julgar violações aos interesses da comunidade humana como um todo. Embora lento, esse é um processo inexorável.

Apesar de todas as adversidades que essa nova justiça encontra e mesmo que não seja razoável concluir que esses novos paradigmas da justiça penal permitirão reduzir a criminalidade internacional, é verdade que esse modelo conheceu um avanço significativo capaz de conferir maior estabilidade à justiça em âmbito mundial, consolidando a existência de dois sistemas penais paralelos de jurisdição, o da Corte Penal Internacional e o dos Estados.

Resta a questão de saber de que maneira o direito penal, ancorado sobre os princípios de base do direito internacional dos direitos humanos, se orientará em direção a esse novo padrão de vocação cosmopolita.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Persecução Penal Internacional na América Latina e Espanha*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

BETTATI, Mario. Droit humanitaire. Paris, Dalloz, 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille & CASSESE, Antonio (Orgs). *Crimes internationaux e Jurisdições Internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri, Manole, 2004.

FOUCHARD, Isabelle. Crimes Internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international. Bruxelles, Bruylant, 2014.

The American Journal of International Law, Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1920).

REBUT, Didier. Droit pénal international. Paris, Dalloz, 2012.

ⁱ FOUCHARD, Isabelle. Crimes Internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international. Bruxelles, Bruylant, 2014.

ⁱⁱ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?* In DELMAS-MARTY, Mireille & CASSESE, Antonio (Orgs). *Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri, Manole, 2004.

ⁱⁱⁱ Apesar de o Estatuto de Roma não ter utilizado o termo “crime internacional”, seu artigo 1º faz referência aos “crimes mais graves que possuam alcance internacional”.

^{iv} A Comissão sobre a responsabilidade dos autores da guerra e sobre a aplicação das penas permitiu a redação de artigos que dizem respeito às reparações previstas pelo Tratado de Versalhes (artigos 231 a 244), em que o Estado alemão e seus aliados reconhecem sua responsabilidade por todas as perdas e violações sofridos pelos Estados vencedores. Ver: Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties. The American Journal of International Law, Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1920).

^v BETTATI, Mario. Droit humanitaire. Paris, Dalloz, 2012.

^{vi} A convenção foi proposta por Raphael Lemkin, a quem foi atribuída a criação da expressão genocídio em resposta oficial a Winston Churchill sobre os « crimes sem nome » cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. Ver: REBUT, Didier, Droit pénal international. Paris, Dalloz, 2012, p. 617.

^{vii} Como é o caso da *Convention internationale sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité*.

^{viii} Ou, segundo o artigo 7, em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inadmissíveis em direito internacional.

^{ix} Esta exigência fora satisfeita em 26 de junho de 2016 com a ratificação da emenda pelo Estado da Palestina.

^x A Lei nº 9455/97 que prevê os crimes de tortura no Brasil entrou em vigor em 1997.

^{xi} AMBOS, Kai. *Persecução Penal Internacional na América Latina e Espanha*. São Paulo: IBCCrim, 2003, p. 41.

^{xii} REBUT, Didier. *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2012, p. 612.

^{xiii} Crim. 1^{er} juin 1995, *Bull. crim*, n° 202.